

PAUTAS PARA LA JUSTICIABILIDAD DE DESC.
APROXIMACIÓN DESDE LAS OBLIGACIONES DEL ESTADO

Laura Márquez Martínez

Invocar los derechos económicos, sociales y culturales¹ o la posibilidad de estudiarlos en una sentencia judicial genera, inmediatamente, una reacción de duda sobre los juzgadores y, en general, en los juristas. Aunque ya en Argentina, Colombia, Sudáfrica, Costa Rica y en México se han dictado fallos que estudian tales derechos, lo cierto es que aún es un tema en debate respecto al cual no existe una clara tendencia predominante.

Existen profundas discusiones respecto a su concepto, su contenido y si éste es determinado o no, se cuestiona si su positivización en la constitución los convierte solo en derechos “sobre papel”² o si, en cambio, implican una nítida obligación de protección³. Se debate su exigibilidad ante un poder judicial “poco legitimado” para dialogar con el legislativo en estos tópicos⁴ o si sólo son exigibles ante ciertas circunstancias⁵. Tales problemáticas y las múltiples propuestas de soluciones constituyen modelos que permiten justificar y definir esos derechos, lo cual trasciende necesariamente en su aplicación, alcances y en cómo pueden hacerse exigibles.

Sin embargo, no se pretende desentrañar ni resolver tales cuestiones sino que, con base en la normatividad y estudio de sentencias mexicanas se propone una forma para estudiar los derechos económicos sociales y culturales a la par de los derechos civiles, político, electorales⁶ en una sentencia. En esencia, se procura explicar que, bajo ciertas

¹ En adelante DESC

² Que no cumple con tres requisitos: a) ser susceptibles de tutela jurisdiccional, b) ser ejercitados o reivindicados frente a un sujeto determinado y c) tener un contenido u obligación de conducta bien definida, al igual que el sujeto que era su titular.

³ CRUZ PARCERO, Juan Antonio. “Los derechos sociales y sus garantías: un esquema para repensar la justiciabilidad”, en ESPINOZA DE LOS MONTEROS, Javier; ORDOÑEZ, Jorge. *Los derechos sociales en el estado Constitucional*. México: Tirant Lo Blanch, 2013, pp. 61-74.

⁴ GARGARELLA, ROBERTO. Justicia dialógica y derechos sociales. LOS DERECHOS SOCIALES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL, p. 109.

⁵ LAPORTA, Francisco J. “Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema”, en ELÍAS DÍAZ, Jerónimo Betegón; LAPORTA, Francisco J.; DE PÁRAMO, Juan Ramón y PRIETO SANCHÍS, Luis [coordinadores] *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004 pp. 297-325

⁶ En adelante DCPE

premisas y condiciones, las obligaciones que tiene el Estado hacia los derechos humanos presenta una perspectiva útil para abordar tanto a los DESC como a los DCPE en un fallo judicial, que las obligaciones entendidas en el derecho internacional y en el derecho mexicano pueden compatibilizarse con la teoría de Alexy como un insumo interpretativo para potenciarlas y entenderlas y, finalmente, se citan casos prácticos en los que se advierte la utilidad de tal propuesta que diluye la diferencia entre DESC y DCPE y que permite hacerlos justiciables en una sentencia.

Para explicar lo anterior se describen, en primer lugar, las premisas **(1)** sobre las que se sostiene la propuesta; posteriormente se plantea la aproximación a los derechos humanos a partir de las obligaciones del Estado **(2)** subdividiendo dicho apartado para exponer cómo es que el Estado tiene las mismas obligaciones respecto a todos los derechos (2.1), cómo se armoniza y es útil la teoría de Alexy con los conceptos relativos a las obligaciones del Estado (2.2), y cuáles son los criterios que deben seguirse para determinar qué obligación abordar (2.3). Finalmente, se resumen ejemplos de casos prácticos **(3)** que ilustran cómo se diluyen las diferencias entre los DESC y DCPE a partir de su estudio en fallos abordados a partir de la obligación de garantizar (3.1), proteger (3.2) y respetar (3.3) interpretadas a la luz de clasificaciones tomadas de la teoría de Alexy. A partir de ello se esbozan las conclusiones reflexivas **(4)**.

1) PREMISAS.

Para que sea útil, la propuesta se sostiene siempre que existan ciertas condiciones y premisas que en el presente trabajo se sustraen del contexto normativo y jurisprudencial mexicano –aunque también se dan en países como Costa Rica y Sudáfrica–, consistentes en: las obligaciones que del Estado respecto a los derechos humanos (1.1), la positivización de los DESC como principios y como reglas (1.2) y los mecanismos de defensa que tienen los justiciables (1.3).

La primera premisa (1.1) es que el Estado mexicano ha adoptado en su Constitución la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar todos los derechos humanos sin distinción; es decir, incluyendo el derecho a una vivienda digna, salud, alimentación,

derechos culturales y deportivos, acceso, disposición y saneamiento de agua⁷, educación⁸ y al trabajo digno y socialmente útil⁹.

Una segunda premisa (1.2) consiste en que el contenido de tales derechos se dibuja de acuerdo con la Constitución y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos de los que México es parte y, aunado a ello, existen leyes secundarias para cada uno de estos derechos que constituyen un entramado legislativo que acota, en gran medida, las obligaciones que se hacen exigibles al respecto.

Así, se parte de que los derechos humanos establecidos como principios en la ley suprema mexicana¹⁰, entendidos como normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible “mandatos de optimización”, paralelamente están positivizados en leyes secundarias, en reglas que establecen o determinan cómo protegerlos y articulados en organismos y políticas para hacerlos fácticamente posibles.¹¹ En este sentido la indeterminación que podrían tener los principios adquiere un contorno a través las reglas en la normatividad mexicana (parámetro de regularidad constitucional) y su interpretación.

Como una tercera premisa (1.3) tenemos que existen mecanismos de control como el amparo que permite exigir el cumplimiento e impugnar la violación de derechos humanos e, inclusive, se establece la posibilidad de impugnar omisiones legislativas¹² al respecto. La Suprema Corte de México ha aceptado expresamente la exigibilidad de los mismos; por ejemplo, ha desarrollado el contenido de DESC y condenado al Estado y a particulares en sentencias relativas al derecho a la Salud¹³, a la vivienda¹⁴ y –aunque marginalmente– a la educación¹⁵. Además, ha reconocido y abundado en cuanto a las

⁷ Artículo 4º de la Constitución mexicana.

⁸ Artículo 3º de la Constitución mexicana.

⁹ Artículo 123 de la Constitución mexicana.

¹⁰ De acuerdo con el artículo 133 de la Constitución mexicana.

¹¹ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales, 1993. Pp. 63-69.

¹² Artículo 103 de la Constitución. Es un tema cuyo alcance aún se debate en la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

¹³ Casos AR 378/2014, AR 351/2014, AR 350/2014, AR 349/2014, entre otros.

¹⁴ Casos ADR 2441/2014, ADR 3516/2013 y ADR 1200/2014.

¹⁵ De manera marginal– permitiendo la legitimación de organizaciones que argumentaba la errónea administración de recursos en perjuicio de tal derecho. Amparo en revisión 323/2014

obligaciones del Estado respecto a tales derechos, dicho de otro modo, existe un mandato explícito de salvaguardarlos en sede jurisdiccional.

2) APROXIMACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS A PARTIR DE LAS OBLIGACIONES DEL ESTADO

Para puntualizar la propuesta sobre una aproximación para estudiar derechos humanos en un fallo jurisdiccional es necesario: describir cómo el Estado tiene las mismas obligaciones respecto a todos ellos (2.1); explicar las obligaciones del Estado tomando como insumo interpretativo conceptos de la teoría de Alexy (2.2); y mencionar los criterios para seleccionar la obligación a partir de la cual debe abordarse un derecho en una sentencia (2.3).

2.1 Obligaciones del Estado respecto a todos los derechos humanos.

Todos los derechos –sin distinción– generan las mismas obligaciones para el Estado; el contenido o límites de las diferencias de grado¹⁶ o costo se estudiarán caso por caso pero, invariablemente, todos son justiciables y generan obligaciones para el Estado¹⁷.

En este punto, se coincide con la postura que ha adquirido cierto consenso¹⁸ en cuanto a que en el sentido de que los derechos implican, de igual manera, obligaciones positivas y negativas para el Estado y que la diferencia radical entre ambos es falaz. La falsa oposición consistente en que a diferencia de los DCPE sólo los DESC implican

¹⁶ Contreras Peláez sostiene que -a diferencia de los derechos civiles y políticos- para los derechos sociales, la prestación estatal representa verdaderamente la sustancia, el núcleo, el contenido esencial del derecho; en casos como el derecho a la asistencia sanitaria o a la educación gratuitas, la intervención estatal tiene lugar todas y cada una de las veces que el derecho es ejercitado; la inexistencia de prestación estatal supone automáticamente la denegación del derecho. (afirmación que no comparto del todo pero que ilustra cómo es que los derechos implican un diferente grado –únicamente en grado- en las obligaciones del Estados). Véase. Contreras Peláez, F., Derechos sociales : teoría e ideología, Madrid (1994) p. 21

¹⁷ Artículo 1º Constitucional.

¹⁸ COURTIS, Christian. Los derechos sociales como derechos [en línea, consultado el 20 de agosto de 2015]

http://www.campanaderechoeducacion.org/justiciabilidad/downloads/documentosCLAVE/documentosanaliticos/derechos_sociales_como_derechos_christian_courtis.pdf

obligaciones prestacionales, ha generado un falso dilema que toma lo análogo por contradictorio¹⁹.

Así lo ha sostenido la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, al considerar que si bien los DESC pudieran requerir un mayor grado de inversión, lo cierto es que los DCPE también requieren inversiones para lograr su plena efectividad, como un sistema judicial que funcione, un sistema penitenciario que respete condiciones de vida mínimas para los reclusos, asistencia letrada, elecciones libres e imparciales, entre otras.²⁰ De igual manera, todos exigen que el Estado se abstenga de interferir en las libertades individuales, como las sindicales o el derecho a elegir el trabajo que se desee.

Laporta señala que los derechos implican libertades, prestaciones, derechos a ciertas posiciones y a la existencia de estados de cosas buenas o deseables; tales categorías convergen en los derechos sociales. Así, se presentan como un microcosmos cuyos componentes son una especie de “sub-derechos” –libertades, de prestación, etc- que se han llegado a llamar “derechos racimo” por los diversos ingredientes que conllevan.²¹ En todo caso, estimo que deben verse más como un conjunto interrelacionado e inseparable, como una esfera que puede verse desde diferentes perspectivas consistentes en las obligaciones que se generan ante ese “mandato de optimización”.

Aunque por caminos diferentes, Bernal Pulido²² también llega a la conclusión de no existe una diferencia radical pues ambos derechos buscan satisfacer necesidades básicas²³, se atribuyen al individuo que se convierte en su titular y se ejercen frente al Estado y los demás particulares; aclara que sus diferencias radican, en todo caso, en su

¹⁹ VAZ FERREIRA, Carlos “Lógica viva”, en ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta. 2013. Pp. 163-165

²⁰ Cfr página oficial del Alto Comisionado. <http://www.ohchr.org/SP/Issues/ESCR/Pages/AreESCRfundamentallydifferentfromcivilandpoliticalrights.aspx>

²¹ LAPORTA, Francisco J. op cit. p. 300

²² BERNAL PULIDO, Carlos. *Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales Una crítica a “¿Existen derechos sociales?” de Fernando Atria*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. [en línea, consultado el 23 de agosto de 2015] <http://www.cervantesvirtual.com/obra/fundamento-concepto-y-estructura-de-los-derechos-sociales-una-critica-a-existen-derechos-sociales-de-fernando-atr-0/>

²³ Los derechos civiles y políticos: la necesidad individual de ejercer la libertad privada y la autonomía política; los derechos sociales: la necesidad de disponer del mínimo existencial y de los medios para el ejercicio efectivo de las libertades.

grado de indeterminación.²⁴ Por su parte, Alexy menciona que todos los derechos fundamentales limitan la competencia a del legislador, cuya competencia presupuestaria no es ilimitada ni absoluta pues los derechos individuales pueden tener más peso que las razones de política financiera.²⁵

Ambas clasificaciones de los derechos requieren que el Estado los respete, proteja, promueva y garantice, todos los derechos requieren la no intervención del Estado en algunos casos (respeto), el reconocimiento del derecho (promoción), la protección del Estado frente a terceros para que los individuos puedan ejercer el derecho (protección) y que el Estado genere una serie de actos ya sean normativos o fácticos (garantía) que en mayor o menor medida implican una carga económica para el Estado. Así, no es una cuestión de oposición sino de grado, en donde los mismos derechos van adquiriendo nuevos matices.

Tal postura se ha corroborado y se sigue observando con el paso del tiempo pues, aunque históricamente estos derechos surgieron separados y diferenciados, desde la creación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de manera paralela (pero separada) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el derecho contemporáneo cada vez se estudia desde una perspectiva más social, como el derecho a la igualdad, respecto al cual se han generado y estudiado numerosas acciones afirmativas tanto en el poder legislativo como en el judicial; o el derecho a la investigación en caso de tortura, respecto al cual se ha determinado la obligación –por vía judicial- de aplicar, invariablemente, el Protocolo de Estambul cuando el indiciado mencione que fue torturado.²⁶ Y viceversa, por ejemplo, el derecho al trabajo –

²⁴ “la diferencia específica de los derechos sociales parece estar en la manera en que se determina su objeto: una prestación a cargo del Estado, y en la manera en que se precisa cuándo existe una vulneración de estos derechos. Todos los derechos fundamentales tienen un objeto indeterminado, pero el tipo de indeterminación es distinta en unos y en otros. En los derechos sociales, la indeterminación se presenta porque la disposición que establece el derecho no precisa con claridad en todos los casos, cuál es la prestación mediante la cual se satisface el derecho.” Ídem

²⁵ Explica que el Tribunal Constitucional Federal así lo determinó pues, en su decisión sobre el dinero para la vivienda de quienes reciben asistencia social, aumentó, con consecuencias financieras, el círculo de quienes tenían derecho a esta prestación a fin de eliminar una desigualdad de trato y, en una decisión sobre la duración de la prisión preventiva, obligó al estado dar facilitar los medios necesarios para evitar una prisión preventiva desproporcionadamente larga.

²⁶ Al respecto Courtis señala los siguientes ejemplos “La pérdida de carácter absoluto del derecho de propiedad, sobre la base de consideraciones sociales, es el ejemplo más cabal al respecto, aunque no el único. Las actuales tendencias del derecho de daños asignan un lugar central a la distribución social de riesgos y beneficios como criterio de determinación de obligación de reparar. El impetuoso surgimiento de un derecho del consumo ha transformado sustancialmente los vínculos contractuales cuando participan

sindicalización y huelga– se ha estudiado como una obligación negativa, o el derecho a la salud, como la prohibición a la negligencia de los médicos²⁷.

Entonces, si aceptamos que la diferencia entre los DESC y los DCPE es clasificatoria y de grado; analizaremos el sistema jurídico mexicano de acuerdo con el contexto positivo antes descrito con las obligaciones que ambos implican.

2.2 Obligaciones del Estado a partir de conceptos derivados de la teoría de Alexy.

Como se adelantó, el artículo 1º constitucional establece la obligación del Estado Mexicano a través de toda autoridad –en el ámbito de sus competencias– de “promover, respetar, proteger y garantizar” los derechos humanos consagrados en la Carta Magna y en los tratados internacionales²⁸; al respecto, la Convención Americana –vinculante para nuestro país– impone la obligación de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y de garantizar su libre y pleno, inclusive si su ejercicio no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, en cuyo caso los Estados Partes se comprometen a adoptar las medidas necesarias para hacerlos efectivos²⁹

Las obligaciones señaladas se estudian compatibilizándolas³⁰ con la concepción de Alexy³¹ respecto al ámbito de los derechos frente al Estado; de acuerdo con él, existen

de la relación consumidores y usuarios. La consideración tradicional de la libertad de expresión y prensa, ha adquirido dimensiones sociales que cobran cuerpo a través de la formulación de la libertad de información como derecho de todo miembro de la sociedad. La libertad de empresa y de comercio resultan modalizadas cuando su objeto o desarrollo conlleven un impacto sobre la salud o el medio ambiente. El desarrollo contemporáneo del derecho a la intimidad ha generado la exigencia de medidas estatales vigorosas, destinadas a evitar la potencialidad dañosa de la utilización de tecnologías informáticas. En suma, muchos derechos tradicionalmente abarcados por el catálogo de derechos civiles y políticos han sido reinterpretados en clave social, de modo que las distinciones absolutas también pierden sentido en estos casos.” Véase, COURTIS, Christian, Los derechos sociales como derechos, op cit. pp IV-9 y IV-10

²⁷ Sentencia de la Suprema Corte de Justicia Mexicana: amparo directo 51/2013 (independientemente de que, en lo personal, comparta o no esa percepción del derecho a la salud, así lo ha estudiado nuestro máximo tribunal).

²⁸ Tratados Internacionales sobre derechos humanos de los que México sea parte.

²⁹ Artículos 1º y 2º de la Convención Americana de Derechos Humanos.

³⁰ No se pasa desapercibido que Alexy hace múltiples precisiones respecto al concepto de los derechos, a la diferencia entre derechos sociales y derechos de defensa y describe cómo es que tales conceptos se han utilizado en el tribunal constitucional Alemán, sin embargo, bajo la premisa explicada en este trabajo, se utilizan las acciones-omisiones del Estado frente a los individuos por motivo de las normas, de manera análoga a las obligaciones del Estado.

derechos de acciones negativas y positivas, éstas últimas en fases graduales en donde el derecho a las acciones del Estado se extienden desde la protección del ciudadano frente a otros ciudadanos, pasando por la creación de normas de organización y procedimiento hasta llegar a prestaciones en dinero y bienes.

i) Obligación de promover. Implica, por un lado, armonizar el sistema normativo nacional con los estándares internacionales a fin de identificar las obligaciones que emanen para el Estado de dichos instrumentos internacionales y, por otro lado, difundir los derechos para que los individuos los conozcan y estén enterados de los mecanismos para exigirlos.³²

ii) Obligación de respetar. Consiste en la no interferencia (acción negativa) en el ejercicio de los derechos, requiere que el actuar de la autoridad constriña sus facultades a los límites y parámetros que establece la ley³³. El Estado debe abstenerse de ejercer actos que vulneren la integridad de las personas o grupos sociales y evitar poner en riesgo sus libertades y derechos; ello incluye el respeto hacia el uso de los recursos disponibles para que los sujetos de los derechos puedan satisfacerlos por los medios que consideren más adecuados.³⁴ Alexy describe los derechos a acciones negativas dividiéndolos en tres grupos:

a) Derecho a que el estado no impida u obstaculice determinadas acciones del titular del derecho. En esta acción negativa, el impedimento se presenta cuando se crean circunstancias que hacen fácticamente imposible realizar una acción, en cambio, el obstáculo consiste en circunstancias que dificultan una acción, así, la diferencia es de intensidad pues la obstaculización puede convertirse en un impedimento.

³¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2da ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2012, pp. 165-170

³² Vázquez, Daniel, y Domitille Delaplace, “Políticas Públicas con perspectiva de derechos humanos: un campo en construcción ” en *SUR revista internacional de derechos humanos*, vol. 8, núm. 14, junio 2011, pág.43

³³ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Fondo, sentencia de 29 de julio de 1988, serie C, núm. 4, párrs. 162 y 169.

³⁴ CARBONELL, Miguel. *Las obligaciones del Estado en el artículo 1º de la Constitución Mexicana*. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM [en línea consultado el 5 de agosto de 2015] <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/5.pdf>

Veamos, el Estado puede hacer que ciertos actos sean legalmente imposibles, por ejemplo, sin las normas (constitutivas) que permitan jurídicamente un acto, éste sería imposible: sin el derecho matrimonial no sería posible el acto jurídico de la celebración del matrimonio (impedir); el acto jurídico de la presentación de la demanda, sin el derecho procesal (impedir) o cuando ésta se condiciona a tasas muy elevadas (obstaculizar); en el derecho electoral cuando las mesas de votación se ubiquen en un lugar difícilmente accesible (obstaculizar); sin en el derecho a la educación se imponen cuotas inaccesibles (obstaculizar).³⁵

b) Derecho a que el Estado no afecte determinadas propiedades o situaciones del titular del derecho, como la obligación de no afectar la inviolabilidad del domicilio, o la situación de vivir, de estar sano y saludable.

c) Derecho a que el estado no elimine determinadas posiciones jurídicas del titular del derecho. Se refiere a derechos que han surgido o que forman parte de la esfera jurídica de la persona. Por ejemplo, cuando se prohíbe o elimina la posibilidad que se tenía para manifestar determinadas opiniones, o cuando una persona enferma tenía acceso a servicios para combatir cierta enfermedad y posteriormente se elimina tal asistencia.

Estas aproximaciones negativas al derecho, aunque son complejas porque presentan diversas aristas, parecieran no implicar un presupuesto.

iii) Obligación de proteger. Es una obligación positiva pues exige la adopción de medidas necesarias para evitar la violación de derechos humanos por parte de particulares.³⁶ Implica tomar medidas para impedir que otros agentes o sujetos vulneren los derechos fundamentales de los gobernados, para ello no es suficiente con los mecanismos reactivos que afrontan violaciones de derechos humanos (como, por ejemplo, la creación de procesos jurisdiccionales o sistemas de tutela administrativa), sino que es necesario implementar esquemas de carácter preventivo que se deben configurar y aplicar por parte de todas las autoridades –en el ámbito de su competencia–.

³⁵ ALEXY, Robert. op cit.

³⁶ ONU, *Manual Operativo para servidores públicos: Políticas Públicas y Presupuestos con perspectiva de Derechos Humanos*, 1a. edición, México, 2010, pág. 22

El cumplimiento de esta obligación se configura como un proceso que permite la implementación de las medidas a través de diversos esquemas, por ejemplo: reformas en materia legislativa, regulatorias, civiles, administrativas y penales.

Alexy también habla de los derechos de protección que conllevan acciones positivas del Estado proteja de intervenciones de terceros³⁷ que no se limita a permitir o prohibir, sino que exige, cuando menos un medio de protección³⁸ y, si hay sólo un medio efectivo, entonces tiene que utilizarlo. Por ejemplo, derecho a la protección frente al homicidio, para ello el Estado puede valerse de prohibiciones de derecho penal e imposición de sanciones.

Esta vertiente de los derechos a acciones positivas puede ser, de acuerdo con el citado autor, tanto fácticos como normativos. Son fácticos cuando se satisface el derecho independientemente de la forma utilizada para ello, lo relevante es que después de ejecutar la acción se satisfaga el derecho³⁹. Por otro lado, los derechos a acciones positivas normativas implican actos estatales de creación de normas.⁴⁰

iv) Obligación de garantizar. También corresponde a acciones positivas por parte del Estado (tanto fácticas como normativas), que implican el deber de asegurar a todo individuo el ejercicio libre y efectivo de sus derechos humanos. Por consiguiente, impone al Estado tantas obligaciones como acciones se requieran para garantizar el ejercicio del derecho, por ejemplo, la organización del aparato y estructuras gubernamentales⁴¹, acciones positivas en favor de grupos vulnerables, para que todos los sujetos de derechos tengan la oportunidad de disfrutar de ellos y políticas públicas, entendidas como el conjunto de decisiones y acciones estratégicamente realizadas para

³⁷ ALEXY, Robert, op cit. página 398

³⁸ El Estado tiene que emplear, por lo menos, un medio efectivo. Si sólo hay un medio efectivo, tiene que utilizarlo. pp 410

³⁹ Por ejemplo, cuando se considera el derecho del propietario de una escuela privada a recibir subvenciones estatales, el derecho a un mínimo vital.

⁴⁰ Por ejemplo, el derecho a la libertad científica, pues se tendrá derecho a aquellas medidas estatales, también de tipo organizativo, que son indispensables para la protección del ámbito de libertad asegurado por tal derecho.

⁴¹ CDHDF, Programa de Capacitación y Formación Profesional en Derechos Humanos: *La CDHDF en el contexto de la protección de los derechos humanos en México*, 1a. edición, México, 2011, págs. 9-10

solucionar problemas⁴² o deficiencias públicas⁴³ mediante acciones orientadas a obtener el mayor bienestar posible y de la forma más eficiente.⁴⁴

Alexy explica los derechos a acciones negativas en contraposición a aquellos que implican acciones positivas, y también sostiene que éstas últimas pueden reunirse en un grupo llamado “derechos prestacionales” que se divide, por un lado, en derechos prestacionales en sentido estricto y, por otro lado, en derechos prestacionales en sentido amplio. Esta segunda vertiente se divide a su vez en: *a) derechos de protección, b) derechos a la organización y al procedimiento y c) derechos prestacionales en sentido estricto.*⁴⁵

Los *derechos de protección (a)* se expusieron en el apartado anterior. Los de *organización y al procedimiento (b)* implican la obligación de que se establezcan determinadas normas procedimentales⁴⁶ o derechos a una determinada interpretación y/o aplicación concreta de disposiciones adjetivas. Las normas de procedimiento y de organización deben crearse de tal manera que, con suficiente probabilidad y en suficiente medida, el resultado sea acorde con los derechos fundamentales⁴⁷ y comprende el derecho a que el legislador lleve a cabo la acción positiva de atender la validez de dichas disposiciones.

Esto es, comprenden desde una tutela judicial efectiva hasta medidas estatales de tipo organizativo. Por ejemplo, es imposible votar si se carece de todo tipo de organización; por tanto, el Estado debe posibilitar las elecciones por medio de un sistema electoral y también debe garantizar el correcto ejercicio de tales derechos mediante su tutela judicial.

⁴² ASTORGA AGUILAR, *¿Qué son y para qué sirven las Políticas Públicas?*, en Contribuciones a las Ciencias Sociales. Septiembre, 2009. Disponible en: www.eumed.net/rev/cccss/05/aalf.htm

⁴³ LAHERA, Eugenio. *Introducción a las políticas públicas*. En Guía Metodológica para la formulación de políticas públicas regionales. División de Políticas y Estudios. Chile, 2008. pág.10.

⁴⁴ VÁZQUEZ, Luis Daniel y DELAPLACE, Domitille, “Políticas Públicas con perspectiva de derechos humanos: un campo en construcción ” en *SUR revista internacional de derechos humanos*, vol. 8, núm. 14, junio 2011, pág.36.

⁴⁵ Alexy derechos fundamentales op cit.

⁴⁶ Se entiende por procedimientos aquellos sistemas o reglas y/o principios para la obtención de un resultado. Alexy, Teoría sobre los derechos fundamentales op cit.

⁴⁷ Alexy derechos fundamentales op cit

Finalmente, los derechos *prestacionales en sentido estricto (c)* implican que el Estado haga o proporcione algo que “si el individuo tuviera los medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente, podría obtener también de los particulares”. A saber, servicios de salud o de seguridad privada.

Al respecto Guastini sostiene que no es lo mismo atribuir un derecho que garantizarlo; para atribuirlo basta con que una norma lo haga, para garantizarlo no es suficiente proclamarlo sino que es necesario disponer de mecanismos adecuados para ello.⁴⁸

Cabe mencionar que algunos autores⁴⁹ hacen propuestas diversas de clasificación colocando, por ejemplo, la obligación de protección como una vertiente de la de garantizar; sin embargo, considerando que las clasificaciones no son verdaderas ni falsas sino útiles o inútiles, el presente trabajo se apega a la clasificación realizada por el artículo 1° de la Constitución mexicana –desarrolladas también por la Corte Interamericana–, en paralelo a los conceptos que Alexy desarrolló al observar sentencias del Tribunal Constitucional Alemán y que se consideran insumos útiles para interpretar –de manera análoga– las obligaciones del Estado mexicano.

Así, cada derecho es una esfera que puede ser observada desde diferentes aproximaciones que requieren acciones positivas o negativas del Estado. Ello podría ilustrarse con el derecho fundamental al medio ambiente que implica que el Estado omita intervenir en él (respeto), que proteja al titular del derecho fundamental frente a intervenciones de terceros que lo dañen (protección), que permita participar al titular del derecho en procedimientos relevantes para el medio ambiente (procedimiento), e inclusive, que el propio Estado emprenda medidas fácticas tendientes a mejorar el ambiente (prestación fáctica).⁵⁰

Además, tales esferas están íntimamente relacionadas y vinculadas entre sí de acuerdo con los principios de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, pues impactan positiva o negativamente en las mismas obligaciones derivadas de otro

⁴⁸ GUASTINI, Riccardo. Op cit. pp.220

⁴⁹ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y PELAYO MÖLLER, Carlos María. *La obligación de “respetar” y “garantizar” los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana*. Chile: Estudios Constitucionales de Chile Universidad de Talca, Año 10, No 2, 2012 pp. 141-192 (en línea) consultada en <http://www.revistasconstitucionales.unam.mx/pdf/3/art/art4.pdf>

⁵⁰ ALEXY, Robert. Op cit. página 392

derecho. Alexy diría que la estructura de los derechos lleva a una necesaria ponderación; por ejemplo, una intervención en la libertad jurídica –contraria a la obligación de *respetar*–, puede justificarse invocando la necesidad de *proteger* bienes de la comunidad, o a la necesidad de protección de los derechos de terceros.⁵¹

Ahora bien, para determinar cuál de las obligaciones anteriores se está cuestionando ante una autoridad jurisdiccional, es necesario analizar el caso concreto desde una perspectiva pragmática-dialéctica.

2.3 Criterios para seleccionar la obligación a abordar.

Las reglas específicas del juicio de amparo –como ventaja– permiten individualizar los derechos y estudiarlos en una violación concreta (des-socializarlos), lo cual delimita mucho la función del juzgador en el diálogo entre el poder judicial y los demás poderes del Estado.

Al promover un juicio y hacer exigibles los derechos, los argumentos se construyen por dos partes y el criterio de evaluación de los razonamientos es inherente al propio comportamiento de los participantes. Ello cobra una trascendencia especial cuando una parte del proceso es el Estado y, si bien es cierto que el poder judicial como órgano contramayoritario y protector de derechos fundamentales está facultado para estudiarlo, también es cierto que la estructura de división de poderes hace imprescindible que el juzgador tome en cuenta de una manera peculiar los planteamientos de las partes, las reglas jurídicas que rigen el proceso y los elementos aportados en el proceso.

Así, en primer lugar, debe observarse el planteamiento de las partes atendiendo a la causa de pedir y limitando los argumentos persuasivos; es decir, aunque el caso implique DESC o se mencione que el Estado faltó a su obligación frente a tales derechos, no puede darse por sentado que se solicitó el estudio de la idoneidad de medidas en el ámbito de la obligación de garantizar. En cambio, puede ser posible que, en realidad, la parte solicite la protección de un derecho o la no intervención del Estado en el goce de un derecho.

⁵¹ Ídem pp 413 Asimismo, se puede justificar la negación de *protección* a la libertad personal haciendo referencia a la necesidad de *respetar* los derechos de otros o la *protección* de la comunidad.

Lo anterior es trascendente ante el argumento generalizado de que los DESC implican necesariamente el estudio de políticas públicas.

En segundo lugar, debe ceñirse a las reglas jurídicas que rigen el proceso. La sentencia se basa en un procedimiento con reglas previamente establecidas –amparo en caso de México– que permiten hacer justiciables o subjetivizan los derechos mediante reglas comunes y claras. Ahora bien, reiterando que en materia de DESC y en medidas prestacionales se unen funciones de los tres poderes, es importante que el juzgador siga las reglas procesales acotadas por la normatividad mexicana y de manera que no deje en indefensión a los ciudadanos y tampoco imponga cargas exacerbadas al estado. Las figuras jurídicas como “interés legítimo”, “causa de pedir”, “carga de la prueba” y a quién se atribuye ésta última, “suplencia de la queja” y “seguridad jurídica” deberán ser aplicadas e incluso reinterpretadas paulatinamente.

En tercer lugar, debe precisarse que al construir una resolución el juzgador está limitado a los instrumentos propios de su función, como las constancias del expediente, material bibliográfico, hechos notorios, pruebas desahogadas en el proceso, etcétera, limitándose a las particularidades del caso concreto y nunca en abstracto. Es decir, podrá estudiar si las medidas normativas o prestacionales implementadas por el Estado son adecuadas o no y qué aspectos deben considerarse, sin embargo, no puede directamente legislar ni dictar una política pública pues al construir su resolución está limitado a los instrumentos propios de su función.

En ese sentido, la para determinar qué obligación abordar es trascendente en tanto que el estudio de medidas adecuadas para la garantía de un derecho requiere tener material probatorio y argumentos suficientes para analizar efectivamente el planteamiento. En caso de que sea necesario estudiar una política pública, si el juzgador no tiene los elementos suficientes no podrá resolver en el sentido que se le solicita y tendrá que limitarse a los argumentos y pruebas desahogadas.

Finalmente, la postura que el juzgador debe seguir es más pasiva que la del activista (restringido) desde un punto de vista ideológico⁵², debiendo ser moderado tomando en

⁵² ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. Madrid: Trotta, 2013, pp. 84-86

cuenta cómo actúan los grupos en un conflicto y la composición del Estado, es decir, haciendo uso de su facultad como operador jurídico observando la citada dualidad entre el juez contramayoritario y la decisión de los órganos democráticos.

Una vez descritos los elementos que se deben considerar, se analizan sentencias para ejemplificar y corroborar que el Estado tiene las mismas obligaciones para los diferentes derechos, independientemente de su clasificación entre derechos civiles-políticos y económicos-sociales-culturales.

3) EJEMPLOS DE CASOS PRÁCTICOS

El presente apartado ilustra los elementos antes descritos con ejemplos de sentencias dictadas en México y Latinoamérica, haciendo manifiesto cómo es que todos los derechos pueden estudiarse a partir de las obligaciones del Estado. Para ello, se enuncian tres de las obligaciones detalladas: garantizar, proteger y respetar en sentencias en que se hacen justiciables tanto de derechos económicos, sociales y culturales como –de manera paralela– derechos civiles, políticos y electorales.

Estos casos prácticos aclaran como el análisis de las obligaciones respecto a derechos internacionalmente reconocidos como DESC y DCPE permite diluir la diferencia en ambos y advertir su justiciabilidad en los términos propuestos ya no como una mera abstracción sino en casos resueltos.

3.1 Obligación de garantizar

i) Derecho a la salud. (DESC).

Un ejemplo de garantía de un DESC, específicamente el derecho a la salud se advierte en el siguiente caso. En diversas ocasiones, la Suprema Corte mexicana se ha pronunciado en relación con el derecho a la salud; el amparo en revisión 378/2014 es un caso mediático⁵³ en el que se ordenó que, para garantizar el derecho a la salud de los quejosos, habría que construir un pabellón o remodelar un área aislada para las personas

⁵³ Véanse periódicos nacionales como: el economista <http://eleconomista.com.mx/sociedad/2014/10/15/scjn-otorga-amparo-pacientes-vih-juicio-contrainer>, entre otros, como <http://www.animalpolitico.com/2014/10/scjn-ordena-la-ssa-construir-o-remodelar-un-pabellon-en-el-iner-para-atender-pacientes-con-vih/>

que padecen VIH-SIDA o, en su caso, tomar las medidas pertinentes para ello. Para llegar a tal conclusión se estudió la omisión de medidas para garantizar el derecho.

En el 2007, el Estado mexicano⁵⁴ autorizó la solicitud del Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias para el desarrollo del proyecto “*Remodelación y Equipamiento del Servicio Clínico 4*”⁵⁵, en virtud de que el mismo no cumplía con las recomendaciones de la OMS en relación con los pacientes enfermos de VIH/SIDA.⁵⁶ Un año después, el Estado consideró la posibilidad de sustituir dicho proyecto por uno más conveniente de “*Construcción y Equipamiento del Servicio Clínico para pacientes con VIH/SIDA y Co-infección por Enfermedades de Transmisión Aérea*” por el mismo monto autorizado; así, se aprobó la cancelación del proyecto de remodelación y se autorizó la aplicación de recursos para la elaboración del proyecto de construcción, con el cual se procedería únicamente a analizar su viabilidad.

Tres pacientes de dicho hospital promovieron un amparo reclamando la omisión de tomar las medidas presupuestarias suficientes para la protección de su derecho a la salud, específicamente, impugnaron la falta de asignación de fondos para la ejecución del citado proyecto de construcción y equipamiento conocido también como “Pabellón 13”.

La Suprema Corte atrajo el asunto para su resolución y, el 15 de octubre de 2014, amparó a los impetrantes estimando que se vulneró su derecho sin que el Estado demostrara que realizó los esfuerzos y tomó las medidas necesarias para garantizarlo. Para explicarlo desarrolló los siguientes cuatro apartados.

Primero, esbozó el contorno o contenido del derecho a la salud como la obligación del Estado de establecer los mecanismos necesarios para que todas las personas tengan acceso a los servicios de salud encaminados a la obtención de un determinado bienestar general integrado por el estado físico, mental, emocional y social, y su plena realización es un requisito fundamental para desarrollar otros derechos y libertades.

⁵⁴ A través de la institución competente, el Comité Técnico del Fideicomiso del Sistema de Protección Social en Salud

⁵⁵ Por un monto de \$61, 738, 445.00 pesos.

⁵⁶ Los enfermos de VIH/SIDA permanecen más de cuatro semanas en dicho instituto y “su estado de inmunodeficiencia grave les confiere el doble riesgo para ellos y para el personal médico”

El Estado mexicano se encuentra obligado a: **a)** adoptar medidas –tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas–; **b)** hasta el máximo de los recursos de que disponga; **c)** para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, la plena efectividad de los derechos humanos reconocidos en la convención. Para determinar si un Estado lo ha cumplido y si las medidas son "adecuadas" o "razonables" se debe estudiar:

“(I) hasta qué punto las medidas adoptadas fueron "deliberadas, concretas y orientadas al disfrute de los derechos"; (II) "si el Estado ejerció sus facultades discrecionales de manera no discriminatoria y no arbitraria"; (III) si la decisión del Estado de no asignar recursos disponibles se ajustó a la normas internacionales de derechos humanos; (IV) en caso de que existan varias opciones en materia de normas, si el Estado se inclinó por la opción que menos limitaba los derechos reconocidos en el Pacto; (V) el marco cronológico en que se adoptaron las medidas; (VI) si "las medidas se adoptaron teniendo en cuenta la precaria situación de las personas y los grupos desfavorecidos y marginados", si fueron no discriminatorias y "si se dio prioridad a las situaciones graves o de riesgo.”

Precisó que la invocación de indisponibilidad de recursos no constituye en sí misma una justificación para no adoptar medidas y que corresponde al Estado acreditar que ha realizado todos los esfuerzos posibles para utilizar los recursos que están a su disposición.

En segundo lugar, explicó la enfermedad VIH/SIDA y se enfatizó la especial vulnerabilidad que genera al contagio de enfermedades oportunistas que retardan y complican su tratamiento y ponen en riesgo la vida del paciente; de ahí lo indispensable de contar con las medidas apropiadas para evitarlo.

En tercer lugar, analizó si en el caso concertó la atención médica a los quejosos fue apegada al derecho humano al nivel más alto posible de salud. Se valoraron las pruebas y se determinó la irregularidad de las instalaciones del hospital (poca ventilación y camas compartidas) y se observó que las propias autoridades reconocieron lo inadecuado del tratamiento médico, se determinó que no se cumplieron los estándares de calidad internacional⁵⁷ pues incluso concluyeron la necesidad de contar con nuevas instalaciones que no han realizado por la alegada falta de asignación del presupuesto.

⁵⁷ De las constancias del juicio se desprende que al celebrarse la Segunda Sesión Ordinaria del Ejercicio dos mil siete, el referido comité señaló que de la solicitud elevada por el Instituto Nacional de

La Corte explicó que la obligación de adoptar medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud hasta el máximo de los recursos, tiene como excepción la situación particular de cada país; es decir, no existirá una violación si el Estado demuestra que ha utilizado todos los recursos a su disposición en un gran esfuerzo por satisfacer sus obligaciones. Sin embargo, estimó insuficiente la simple afirmación de falta de recursos para la construcción del proyecto, toda vez que no se aportó el material probatorio para comprobarlo.

En consecuencia, se condenó a la autoridad a tomar todas las medidas necesarias para salvaguardar el derecho humano al nivel más alto posible de salud de los quejosos portadores del VIH, considerando qué medida resulta más adecuada para brindarles un tratamiento médico apropiado, ya sea mediante remodelación del Servicio Clínico 4, en donde actualmente son tratados; o bien mediante la construcción de un nuevo pabellón hospitalario. No obstante, se aclaró que la sentencia quedaría cumplida con cualquier otra medida idónea para el tratamiento adecuado de los quejosos.⁵⁸

Ahora bien, en la sentencia recién relatada se aborda la obligación de “garantizar” el derecho humano a la salud en su vertiente “prestacional en sentido estricto”, en términos de Alexy. Se determina que las medidas y condiciones generadas no son adecuadas para proteger tal derecho y que no se han realizado acciones suficientes para mejorarlo, sin que el Estado justifique tal proceder.

Enfermedades Respiratorias “Ismael Cosío Villegas”, se advierte que es un organismo que "sufre las mayores consecuencias de SIDA. Cada año hospitaliza cerca de 170 pacientes con VIH y complicaciones pulmonares", habida cuenta que los enfermos de VIH/SIDA permanecen más de cuatro semanas en dicho instituto y "su estado de inmunodeficiencia grave les confiere el doble riesgo para ellos mismos y en relación que existe entre ellos y el personal médico", siendo que por sus características físicas, el instituto "no cumple con las recomendaciones de la Organización Mundial de Salud del CDC de Estados Unidos, El Centro de Control y Prevención de Enfermedades, entre otros organismos"

⁵⁸Se determinó que “En caso de que se acredite que ninguna de las opciones antes mencionadas resulte compatible con las políticas públicas en materia de salud implementadas por las autoridades responsables, deberán realizar las gestiones que estimen pertinentes para que los quejosos, a satisfacción razonable –calificada por el juzgador–, sean atendidos en algún otro hospital o las clínicas del sector salud en el que puedan recibir su tratamiento en las condiciones adecuadas e idóneas a su enfermedad, a efecto de garantizarles el ya referido derecho a obtener el nivel más alto posible de salud.”

No hay que soslayar que, aunque desarrolla el contenido del derecho a la salud e incluso enuncia las medidas que deben darse para protegerlo, lo cierto es que no se analizó si las medidas que se dieron en el caso –como la orden de realizar un proyecto para verificar la viabilidad de un nuevo pabellón– fueron orientadas al disfrute de los derechos, si el Estado ejerció sus facultades de manera no discriminatoria y no arbitraria y si la decisión de no designar recursos se ajustó a las normas internacionales de derechos humanos, etcétera. Únicamente se resolvió la omisión de las mismas.

Ciertamente, la Corte resolvió con base en los elementos que las partes aportaron al juicio, de manera que no podía exigirse que realizara un estudio de la medida adoptada, ni la idoneidad de la asignación de recursos, pues las partes no le proporcionaron los materiales para ello. En congruencia con tal indeterminación, se condenó al Estado a tomar medidas pertinentes, es decir cumplir con su **obligación de garantizar** el derecho a la salud dándole libertad respecto a la manera de hacerlo, pero señalando lineamientos para ello.

ii) Derecho a la igualdad y no discriminación (DCPE).

En el caso Campo Algodonero vs México, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se estudió la falta del Estado de adoptar medidas positivas –fácticas y prestacionales- en relación con el derecho a la no discriminación; específicamente la violencia contra la mujer como discriminación. En un contexto fáctico consistente en la desaparición continua de mujeres y niñas en Ciudad Juárez, México, la Corte explicó que el Estado tenía la obligación de adoptar todas las medidas positivas necesarias para garantizar los derechos de las niñas desaparecidas, de asegurar que fueran encontradas a la mayor brevedad una vez que se reportó su ausencia⁵⁹, detallando que las medidas normativas tomadas no fueron suficientes sino que era necesaria la implementación de medidas fácticas y prestacionales para satisfacer la obligación⁶⁰, en los siguientes términos:

⁵⁹ Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs México, sentencia de 16 de noviembre de 2009, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Corte Interamericana de Derechos Humanos, párrafo

⁶⁰ Cabe destacar que dentro del razonamiento de la sentencia en cuestión, se cita un precedente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Opuz vs Turquía* en el que se consideró que la pasividad judicial es una forma de vulnerar el derecho a la no discriminación: “aunque la pasividad judicial general y discriminatoria en Turquía no era intencional, el hecho de que afectaba principalmente a las mujeres permitía concluir que la violencia sufrida por la peticionaria y su madre podía considerarse violencia basada en género, lo cual es una forma de discriminación en contra de las mujeres.”

“A pesar de la existencia de legislación para la protección de la niñez, así como de determinadas políticas estatales, la Corte resalta que de la prueba aportada por el Estado no consta que, en el caso concreto, esas medidas se hayan traducido en medidas efectivas para iniciar una pronta búsqueda, activar todos los recursos para movilizar a las diferentes instituciones y desplegar mecanismos internos para obtener información que permitiera localizar a las niñas con rapidez y, una vez encontrados los cuerpos, realizar las investigaciones, procesar y sancionar a los responsables de forma eficaz y expedita. En definitiva, el Estado no demostró tener mecanismos de reacción o políticas públicas que dotaran a las instituciones involucradas de los mecanismos necesarios para garantizar los derechos de las niñas.⁶¹

En este caso, la sentencia estudió el derecho a la igualdad – DCPE– y estudió las acciones que el Estado tomó para maximizar tal derecho de forma eficiente, concluyendo que no garantizó adecuadamente el derecho a la igualdad y no discriminación. En este sentido se observa que la obligación de garantizar, entendida como medidas estatales de tipo organizativo –en términos de Alexy–, y con ello se demuestra que también los derechos civiles pueden estudiarse desde tal perspectiva.

Un segundo ejemplo es la sentencia ST-JDC-0278-2015⁶² de la Sala Regional de Toluca del Tribunal Electoral, que estudió la idoneidad de las medidas tomadas por el Estado para proteger el derecho a la igualdad de género. En el caso, un partido político alegó que la paridad material contraviene el principio de certeza electoral; la Sala Regional interpretó el mandato constitucional de igualdad sustantiva entre varones y mujeres y la prohibición de discriminación por género; específicamente en cuanto a la paridad electoral como una de las medidas –legislativas- para llegar a tal igualdad. Explicó que la paridad es una regla de integración permanente⁶³, una obligación para los partidos políticos y, en ese sentido, le dio una extensión de igualdad material a la norma⁶⁴ y

⁶¹ Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs México. Op. cit, párrafo 410

⁶² Sentencia dictada el 4 de mayo de 2015, que resolvió, por mayoría de votos, el juicio para la protección de los Derechos Político-Electorales del ciudadano ST-JDC-278/2015 promovido por ***** vs Comisión Nacional Jurisdiccional del Partido de la Revolución Democrática.

⁶³ La sentencia señala que “La regla de paridad es una medida de configuración permanente para integrar los órganos de gobierno colegiados que emergen de una elección democrática y que, como regla, constituye una de las manifestaciones de la igualdad, que no se agota aquí, sino que como valor y como principio irradia en el ordenamiento jurídico mexicano. Obedece y responde, más que al espíritu que subyace en las acciones afirmativas, a una forma diferente de entender la representación política y la democracia representativa, que algunos refieren como “democracia paritaria” o “democracia pluralista”.

⁶⁴ la norma establece que “en ningún caso se admitirán criterios que tengan como resultado que alguno de los géneros le sean asignados exclusivamente aquellos distritos e los que el partido haya obtenido los porcentajes de votación más bajos en el proceso electoral anterior

desarrollo una metodología específica para la asignación paritaria de candidatos y candidatas⁶⁵.

En otras palabras, al estudiar idoneidad de la medida normativa –paridad– tomada por el Estado –legislativo– para **garantizar** el derecho a participar en la vida política en condiciones de igualdad, la Sala Regional dio contenido a la regla especificando cómo debe realizarse la asignación paritaria, para cumplir con la obligación de garantizar.

3.2 Obligación de proteger

i) Derecho a la vivienda (DESC)

El comprador de un departamento de lujo en Nayarit, México, demandó a la inmobiliaria vendedora señalando que dicho inmueble se edificó en contra de disposiciones de orden público y violando su derecho a la vivienda digna. La Suprema Corte conoció el asunto y estudió el caso desde una perspectiva de derecho a la vivienda, concediendo la protección constitucional al comprador con base en los siguientes argumentos.

Primero, la resolución dio contenido al derecho a la vivienda digna y decorosa delineando un estándar mínimo (habitabilidad, salubridad, gastos soportables, adecuación cultural entre otros elementos) aplicable a cualquier tipo de vivienda –de interés social o de otras características-. Señaló que el Estado debe regular la política nacional al respecto, de manera que sólo la vivienda que cumpla con la normatividad o estándar aplicable podrá considerarse adecuada.

⁶⁵ Bajo esta metodología, el primer aspecto que debe tomarse en cuenta consiste en establecer la distribución paritaria de los partidos políticos respecto del total de sus candidaturas, en la proporción de cincuenta por ciento para cada género.

Hecho lo cual, se efectúa una distribución en tres segmentos de esa totalidad de candidaturas, a modo de advertir no sólo el cumplimiento formal en la distribución de las mismas, sino también la oportunidad real de participación en la contienda, a modo de que no haya un sesgo desfavorable por cuestión de género, en virtud de la asignación preponderante de distritos con los porcentajes de votación más bajos. Lo cual no puede apreciarse, como ya se dijo, si se repara sólo en el segmento de votación inferior, por lo que debe segmentarse la lista de candidaturas en tres bloques ascendentes en función del porcentaje de votación partidaria: votación más baja, votación intermedia y votación más alta, haciendo una segmentación adicional: respecto de la votación más baja para determinar si entre los distritos con votación inferior hay un sesgo de género correlacionándolo con el segmento más elevado de la votación más alta.

La Corte explicó que tal derecho debe ser protegido para todas las personas independientemente de su estatus social, haciendo énfasis en que los grupos vulnerables requieren una protección constitucional reforzada⁶⁶ y estimó que no se puede eximir a los particulares de respetar la normatividad mínima ni aunque esté en un contrato, pues la obligación respecto a tal derecho no deriva del pacto entre las partes, sino de la Constitución misma. En consecuencia, ordenó un nuevo estudio para determinar si el departamento cumple en forma estricta con los requisitos mínimos para una vivienda adecuada.⁶⁷

La obligación del Estado que se estudió en la sentencia fue la de **protección** del derecho a una vivienda adecuada, pues se analizó que existía una probable amenaza al derecho a la vivienda –por parte de la inmobiliaria– y se determinó que era obligación de la autoridad jurisdiccional competente protegerlo respecto a un tercero, de acuerdo con las leyes aplicables. Como se observa, no se analizaron las medidas normativas de protección sino el cumplimiento de ellas por parte un tercero.

En el presente asunto se observa que el demandante exigió la protección a su derecho en los términos que las leyes del Estado han previsto para ello y ante tales argumentos se realizó el análisis correspondiente. Así, la exigencia del derecho a la vivienda no implicó que la Corte hiciera un estudio de las medidas tomadas por el Estado respecto al derecho a la vivienda –obligación de garantizar-, porque éstas no se cuestionaron, sino que se exigió la obligación de protección del Estado de un derecho que la ley nacional protege mediante el establecimiento de elementos mínimos al cumplir. La Primera Sala no habría podido acudir de manera retórica a un argumento unilateral en el que estudiara el derecho a la vivienda como una política pública, pues no tenía el

⁶⁶Ello también fue reconocido por la Primera Sala, al resolver la Contradicción de Tesis 32/2013, el pasado veintidós de mayo de dos mil trece, en que se sostuvo que el derecho a tener una vivienda digna y decorosa, corresponde en principio a todo ser humano en lo individual, por ser una condición inherente a su dignidad, sin desconocerse que es también una necesidad familiar básica.

⁶⁷“lo que procede es conceder el amparo a la parte quejosa para que la autoridad responsable deje insubsistente la sentencia que constituye el acto reclamado, y emita una nueva en la que determine, atendiendo al acervo probatorio del juicio **(a)** si el departamento objeto de la Litis del juicio natural cumple en forma estricta con la normatividad aplicable; y **(b)** si existe prueba fehaciente de que el vendedor hizo del conocimiento del comprador, en forma expresa y clara -esto es, sin necesidad de contar con especialistas en ingeniería o arquitectura que interpreten un croquis-, con anterioridad a la celebración del contrato de compraventa base de la acción, que el inmueble no tendría ventanas que dieran al exterior en la recámara número 2; y sólo en caso de que ambas cuestiones resulten positivas, determine que la acción es improcedente.

material para ello; en cambio, sus argumentos derivaron de lo que las partes hicieron valer en el procedimiento de manera dialéctica.

En el fallo también se advierte el principio de interdependencia, ya que se observa la obligación de promoción de derechos humanos con base en la legislación nacional e internacional; se dio contenido a los derechos a la salud, a la vivienda, a la igualdad y a la libertad.

ii) Derecho a la libertad personal. (DCPE).

Un ejemplo de la obligación de protección del Estado frente a particulares en derechos civiles y políticos, es el amparo directo en revisión 1596/2014.

En este asunto de materia penal, el inculcado alegó que fue víctima de una detención arbitraria; la Suprema Corte explicó que, si bien es cierto que el derecho a la libertad personal no es absoluto, éste se puede coartar sólo de manera extraordinaria y siguiendo un debido proceso. Así, se explicó que además de los supuestos orden de aprehensión, de flagrancia y detención por caso urgente, también existen supuestos de restricciones a la libertad personal, así se puede distinguir tres niveles de contacto con una tercera persona: a) simple intermediación; b) restricción temporal del ejercicio de un derecho, y c) detención.

En dicha sentencia se estudió el derecho a la protección contra la vulneración a la libertad personal, la Suprema Corte dictó medidas para proteger el derecho a la libertad personal contra posibles privaciones y para ello delimitó o determinó un contorno normativo claro –construyendo jurisprudencia– para prevenir la intervención al derecho personal de un individuo. En términos de Alexy, ello implicaría dar contenido al material legislativo para implementar las medidas de protección contra terceros.

3.3 Obligación de respetar.

i) Derecho a la Seguridad Social (DESC).

En enero de 2014, la Suprema Corte resolvió el amparo en revisión 485/2013. En dicho caso, el quejoso solicitó la inscripción al seguro de enfermedades que le correspondía por ser esposo del trabajador de acuerdo con la Ley del Seguro Social, sin embargo ésta

le fue negada invocando el artículo 84, fracción III, de la misma norma que sólo ampara a las esposas de los asegurados o a los esposos de las aseguradas. El demandante alegó que las autoridades del Instituto Mexicano del Seguro social impidieron su acceso al seguro de enfermedades por ser una pareja homoparental.

La Corte determinó que la distinción trazada por el legislador impide el acceso a los matrimonios homosexuales, que hace implícitamente una distinción basada en la preferencia sexual que se traduce en la exclusión arbitraria del acceso al seguro de enfermedades y maternidad cuando uno de los cónyuges es derechohabiente y pretende que su pareja ingrese como beneficiario.

Se explicó que de acuerdo con la Ley del Seguro Social, el cónyuge del asegurado se considera como “beneficiario” y como acreedor de una gran cantidad de derechos que le corresponden al asegurado. Estimó que no existe ninguna justificación racional para impedirle a los homosexuales todos esos derechos fundamentales que les corresponden como individuos.

En consecuencia, la Corte determinó que el artículo 84, fracción III de la Ley del Seguro Social debe interpretarse en el sentido de permitir el acceso al seguro de enfermedades y maternidad al cónyuge o concubinario con independencia de si se trata de parejas del mismo sexo.

En tal sentencia, a partir de un estudio del derecho a la igualdad, el derecho de fondo que se resguardó fue el derecho a la seguridad social. Se hizo justiciable el derecho a la seguridad social en virtud de que el Estado vulneró su obligación de **respetar** al emitir una ley que impedía a una minoría acceder a tal derecho, como se mencionó en la sentencia; en términos de Alexy, ello sería el estudio de una acción negativa consistente en crear circunstancias que hacen fácticamente imposible ejercer un derecho y que, de acuerdo con la presente propuesta, se asemeja a la obligación del Estado de proteger.

ii) Derecho al libre desarrollo de la personalidad (DCPE).

En noviembre de 2015, la Suprema Corte Mexicana dictó el amparo en revisión 237/2014 en donde estudió la vulneración al derecho de libre desarrollo de la

personalidad que la Ley General de Salud genera al establecer una “política prohibicionista” respecto del consumo individual de la marihuana.

La sentencia explicó el marco regulatorio de los estupefacientes y psicotrópicos previstos en la Ley General de Salud, da contenido al derecho al libre desarrollo de la personalidad, y se pregunta si está justificada la intromisión al derecho a elegir de forma libre qué actividades desea realizar la persona de manera autónoma y personal, a través prohibición absoluta del consumo individualizado de marihuana con fines lúdicos o recreativos.

Determinó que la medida restrictiva sí tiene una finalidad constitucional legítima consistente en la protección de la salud y el orden público; asimismo, concluyó que existe evidencia para considerar que el consumo de marihuana es una medida idónea para proteger la salud de las personas e incluso para proteger el orden público. No obstante, determinó que el sistema de prohibiciones constituye una medida innecesaria, pues existen medidas alternativas igualmente idóneas para proteger la salud y el orden público que intervienen el derecho fundamental a la libertad en un grado menor. Se explicó que si bien el legislador puede limitar el ejercicio de actividades que supongan afectaciones a los derechos que protege la constitución, en el caso, la restricción al libre desarrollo de la personalidad es tajante al prohibir directa y absolutamente el consumo, es decir, limita severamente tal derecho de manera desproporcionada. En términos de Alexy, existía un “impedimento” que hacía fácticamente imposible realizar tal acción y se vulneraba el derecho estudiado porque el Estado faltó a su obligación de **respetarlo**.

En esta sentencia se cuestionó si la acción negativa del Estado (prohibición de un derecho) vulneraba la obligación de **respetar** el derecho al libre desarrollo de la personalidad; por lo que no fue necesario un estudio de igualdad porque la ley establecía una prohibición generalizada.

En ambos ejemplos se advierte el estudio judicial de acciones negativas que imposibilita el estudio de un derecho.

4) CONCLUSIONES REFLEXIVAS

- En el contexto mexicano, los derechos económicos sociales y culturales y los derechos civiles, políticos electorales son exigibles como derechos subjetivos ante las autoridades jurisdiccionales.
- Las obligaciones que tiene el Estado hacia los derechos humanos presenta una perspectiva útil para abordar tanto a los DESC como a los DCPE en una sentencia.
- Las obligaciones entendidas en el derecho internacional y en el derecho mexicano pueden compatibilizarse con la teoría de Alexy como un insumo interpretativo para potenciarlas y entenderlas.
- Se demuestra con casos prácticos la utilidad de la propuesta que diluye la diferencia entre DESC y DCPE y que permite hacerlos justiciables en una sentencia.
- Las obligaciones del Estado de proteger, respetar, promover y garantizar son diferentes pero relacionadas y estrechamente vinculadas y, para determinar cuál –o cuales- de las obligaciones se están reclamando y deben de analizarse, el juzgador debe determinar qué es lo que las partes realmente piden y cuál es la mejor aproximación para estudiarlo a partir de su función jurídica dentro de un Estado cuyas funciones están divididas en legislativo, ejecutivo y judicial.
- Es necesario que, al estudiar un DESC en una sentencia el operador judicial se pregunte si se está solicitando que se le dé significado a un derecho (promover) si se solicita que el Estado evite interferir en su derecho (respetar), si está exigiendo medidas contra terceros para la protección de su derecho (proteger) o si se piden medios eficaces para hacer posible su derecho (garantizar).
- Si bien es cierto que existen zonas de penumbra, por ejemplo, entre la obligación de proteger y de garantizar, también lo es que utilizar la teoría de Alexy como insumo interpretativo para definirlo ayuda a entender la división de mejor manera. Aun cuando las fronteras entre las obligaciones pudieran representar una dificultad, la propuesta es útil para demostrar que los DESC no sólo son prestacionales y que los DCPE no sólo son libertades, sino que todos implican las mismas obligaciones y que pueden estudiarse a través de ellas.

En definitiva, como se observó, en México los derechos económicos sociales y culturales son derechos subjetivos exigibles respecto a la que existen críticas válidas –y que se derivan precisamente de las sentencias y su cumplimiento- como, por ejemplo, que se hacen individuales los derechos que por naturaleza son colectivos y eso implica problemas de ejecución de las sentencias dadas las reglas procesales del juicio de amparo. Lo anterior se traduce en que las reglas procesales que permiten la exigibilidad de todos los derechos, tendrán que reinterpretarse constantemente para hacerlo posible.

Lo trascendente es exiliar la idea de que los DESC son derechos programáticos pues, como se demostró, pueden articularse en una sentencia de la misma manera que los derechos civiles, y viceversa. La presente propuesta formula pautas que pueden ser útiles para el juzgador al momento de estudiar los derechos en una sentencia de manera que se avance no sólo en el desarrollo de los DESC sino en la implementación todos los derechos. Hablar de derechos humanos en México implica entenderlos de manera análoga, y con todas las obligaciones que ello implica para el Estado.