

LAS OBLIGACIONES DEL ESTADO EN EL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

Miguel CARBONELL*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El sujeto de las obligaciones*. III. *Las aportaciones del derecho internacional de los derechos humanos a las fuentes de los derechos fundamentales*. IV. *Obligaciones generales y específicas*. V. *Dos ejemplos: derecho a la salud y derecho a la vivienda*. VI. *Conclusiones provisionales*. VII. *A manera de epílogo*.

I. INTRODUCCIÓN

La reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011 tendrá un impacto profundo en nuestras concepciones de los derechos fundamentales.¹ Las modificaciones que aporta al constitucionalismo mexicano no son solamente de forma, sino que afectan al núcleo central de comprensión de lo que son los derechos. El tema que vamos a examinar en las siguientes páginas, que es el de las obligaciones del Estado en relación con los derechos fundamentales, es un ejemplo paradigmático de la profundidad del cambio normativo, político y social que aporta la reforma.

Uno de los artículos constitucionales que más cambia es el 1o., el cual pasa de tener tres párrafos, a tener cinco. En realidad, de esos cinco, cuatro fueron modificados o incorporados por la reforma citada, de modo que

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. www.miguelcarbonell.com

¹ Aunque la reforma utiliza la denominación de “derechos humanos” para designar a los derechos de rango constitucional establecidos o reconocidos por la Constitución mexicana, me parece que a nivel teórico sigue teniendo sentido utilizar la mucho más moderna e incluso apropiada denominación de “derechos fundamentales”. Las razones de lo anterior han sido expuestas en Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, 4a. ed., México, Porrúa-UNAM-CNDH, 2011, pp. 6 y ss. También recoge la denominación de “derechos humanos” el artículo 103 constitucional, a partir de la importante reforma en materia de juicio de amparo, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de junio de 2011.

podemos decir que —en alguna medida— todos ellos son una novedad (o aportan aspectos novedosos) para el constitucionalismo mexicano.

En particular, quisiera referirme al contenido del (completamente) nuevo párrafo tercero del artículo 1o., cuya redacción señala lo siguiente:

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

Como puede ver el lector, en este párrafo se compendian un buen número de cuestiones relativas a la teoría y a la práctica de los derechos fundamentales. Hay en el párrafo tercero al menos tres distintos niveles de problemas, que conviene analizar de forma separada, para su mejor comprensión:

- a) El primer nivel de problemas corresponde al señalamiento de las obligaciones, a cargo de todas las autoridades del Estado mexicano, de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos.
- b) El segundo nivel tiene que ver con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, los cuales deben ser interpretados y en su caso aplicados a la luz de las obligaciones que enumeramos en el inciso anterior.
- c) El tercer nivel de problemas se refiere a lo que debe hacer el Estado mexicano, cuando se presente una violación de derechos (o aun antes): prevenir, investigar, sancionar y reparar.

A partir de cada uno de los niveles enunciados en los tres incisos precedentes se pueden ir subdividiendo los temas para llegar a la conformación de una agenda mucho más completa y exhaustiva de análisis de la reforma. Estoy seguro de que esa tarea será objeto de una minuciosa exégesis por parte de la doctrina constitucional mexicana, en los años por venir.

En los apartados siguientes del presente ensayo solamente quisiera referirme a las obligaciones que para el Estado mexicano en su conjunto señala el párrafo tercero del artículo 1o. constitucional (es decir, a lo apuntado en el apartado a), *supra*). Algunos otros aspectos del mismo párrafo e incluso del mismo artículo serán analizados por otros de los autores que participan en el libro que el lector tiene entre las manos.² Otros asuntos, como se apunta-

² Véase por ejemplo el ensayo de Sergio García Ramírez sobre el tema de la reparación, o el de Sandra Serrano y Luis Daniel Vázquez sobre los principios de universalidad, interde-

ba, seguramente quedarán para investigaciones futuras, pues la trascendencia y la profundidad de la reforma que comentamos son tan grandes, que suscitarán debates durante mucho tiempo.

II. EL SUJETO DE LAS OBLIGACIONES

Como se sabe, México es una república federal. El federalismo supone una suerte de reparto competencial entre las autoridades de los distintos niveles de gobierno, así como un correspondiente sistema de fuentes del derecho.

El federalismo permite que haya normas jurídicas que rigen en todo el territorio nacional y otras cuyo ámbito geográfico de validez abarca solamente a una entidad federativa o incluso solamente a un municipio. La validez territorial equivale también a la extensión de la competencia de las autoridades: unas pueden actuar en todo el país y otras solamente en una parte del mismo.

La Constitución mexicana recoge la cláusula federal en sus artículos 73 y 124, aunque la forma federal del Estado se establece en el artículo 40.³

En el artículo 73 se establecen las facultades del Congreso de la Unión para legislar; es decir, se delimitan las materias que son competencia de las autoridades federales. Esta delimitación no es muy precisa, por cuanto la última fracción del artículo mencionado (la XXX) establece, igual que la Constitución norteamericana (artículo 1, sección VIII, párrafo 18), las facultades implícitas para legislar (*implied powers*), que permiten ampliar considerablemente la esfera federal, tal como de hecho ha sucedido en el modelo original estadounidense.

Por su parte, el artículo 124 constitucional dispone que todas las facultades que no están *expresamente* concedidas a los poderes federales se encuentran “reservadas” a los estados. En consecuencia, se establece a favor de estos últimos una competencia *residual*, teóricamente muy amplia.

Tanto el artículo 73 como el 124 suponen normas atributivas de competencias —normas que confieren poderes o, más ampliamente, normas sobre la producción jurídica—,⁴ pero deben complementarse con aquellas otras

pendencia, indivisibilidad y progresividad (sobre el principio de progresividad haremos una breve mención más adelante, sin entrar a fondo a su estudio).

³ Una explicación muy completa del significado del federalismo en México puede verse en Serna de la Garza, José María, *El sistema federal mexicano. Un análisis jurídico*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.

⁴ Guastini, Riccardo, “En torno a las normas sobre la producción jurídica”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 89, mayo-agosto de 1997; Carbonell, Mi-

normas que, a pesar de no otorgar competencias de forma positiva, prohíben a la Federación o a los estados, regular ciertas materias, y en algunos casos se constituyen en limitaciones materiales a las facultades legislativas enunciadas en los artículos mencionados.

Así, por ejemplo, el artículo 24 en su segundo párrafo establece que “El Congreso no puede dictar leyes que establezcan o prohíban religión alguna”.⁵

En cuanto a las prohibiciones a los estados, éstas pueden ser absolutas o relativas. Son prohibiciones absolutas aquellas que la Constitución prevé que los estados jamás podrán realizar, y que se enumeran en el artículo 117. Son prohibiciones relativas aquellas en las que la actuación de las entidades federativas está subordinada a la autorización del Congreso de la Unión, las cuales se encuentran previstas en el artículo 118. En este último caso, la autorización del Congreso —entiendo que a través de una ley marco o ley-base, si fuera el caso, o a través de un decreto si se tratara de una autorización de carácter singular y concreta— es condición necesaria para la existencia y parámetro de validez de las normas que, con posterioridad, dicten las entidades federativas.

La distribución constitucional de competencias entre la Federación (limitada por lo establecido en el artículo 73, tanto de forma explícita como implícita) y las entidades federativas (que mantienen una competencia abierta, ya que su alcance no está predeterminado por el artículo 124) debe completarse, señalando que en los últimos años se han producido una serie de reformas constitucionales que en vez de seguir el modelo de distribución competencial del federalismo dual (es decir, el que se articula a través de dos esferas competenciales separadas, que marcan los límites de actuación de cada nivel de gobierno de forma más o menos precisa) se han acercado al modelo del federalismo cooperativo. En este modelo, la Constitución asigna una determinada competencia no a uno u otro nivel de gobierno, sino a todos a la vez. En la Constitución mexicana se pueden citar como ejemplos de este tipo los casos de seguridad pública (artículo 73, fracción XXIII),

guel, “Normas sobre la producción jurídica”, *Enciclopedia jurídica mexicana*, 2a. ed., México, UNAM-Porrúa, 2004, t. V, pp. 253-255.

⁵ Hay que recordar que, aunque no lo digan expresamente, los derechos fundamentales constituyen por sí mismos limitaciones de carácter material a las facultades de creación normativa del Estado. Sin embargo, con el ejemplo citado me quiero referir solamente a aquellos casos en que la limitación es explícita y se enfoca a una forma de creación normativa en concreto (aunque la prohibición del artículo 24 no hay que entenderla como dirigida únicamente al Congreso de la Unión, sino a cualquier órgano de producción jurídica, de acuerdo con lo dispuesto en el primer párrafo del mismo artículo).

educación (artículo 73, fracción XXV), asentamientos humanos (artículo 73, fracción XXIX, inciso c) y protección al ambiente (artículo 73, fracción XXIX, inciso g).

El cuadro constitucional de distribución de competencias se completa con el régimen jurídico del municipio (definido en el artículo 115) y con el del Distrito Federal (establecido en el artículo 122).

A partir del anterior esquema, la pregunta pertinente para el tema de los derechos fundamentales sería la siguiente: ¿cómo afecta el sistema de distribución de competencias a las facultades de los distintos niveles de gobierno en materia de derechos fundamentales?; o para decirlo en otras palabras: ¿qué le corresponde hacer a cada autoridad en materia de derechos?

Al revisar el texto constitucional en su conjunto, nos damos cuenta de que algunos aspectos de la distribución competencial en materia de derechos fundamentales están establecidos de forma más o menos clara. Así, por ejemplo, el artículo 123 constitucional señala que diversas materias del derecho laboral serán competencia de las autoridades federales y otros lo serán de las autoridades locales (artículo 123, apartado A, fracción XXI). De la misma forma, hay previsión constitucional expresa por lo que hace al derecho a la educación (artículo 73, fracciones XXV y XXVII) y al derecho al medio ambiente (artículo 73, fracción XXIX-G). Pero ¿qué sucede con la gran mayoría de los derechos fundamentales que estando previstos en la Constitución no están asignados a uno o a otro nivel de gobierno?, ¿cuál es la autoridad obligada a respetar el derecho de petición, la libertad de expresión, la libertad de tránsito, la libertad de prensa, la no discriminación, el derecho a la información, etcétera? La reforma que estamos analizando nos permite contestar con pleno fundamento: todas las autoridades (de todos los niveles de gobierno) están obligadas a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos fundamentales.

Aunque no lo dijera la Constitución (y durante muchos años no lo dijo), podríamos llegar a la misma conclusión si atendemos al criterio de la universalidad de los derechos; se corrobora lo anterior si tomamos en cuenta el principio de supremacía constitucional: en virtud de que la Constitución obliga a todas las autoridades, la distribución de competencias no puede servir como excusa para desentenderse de las obligaciones que los derechos generan para las mismas.

Que los derechos fundamentales suponen obligaciones precisas para las autoridades de los distintos niveles de gobierno y que, en consecuencia, la división vertical de poderes no puede ser alegada como excusa para dejar de cumplir con esas obligaciones, es algo que está además muy claro a partir del derecho internacional de los derechos humanos. Al respecto, el

artículo 28 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José) dispone, en la parte que nos interesa, lo siguiente:

1. Cuando se trate de un Estado Parte constituido como Estado federal, el gobierno nacional de dicho Estado Parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial.

2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la Federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención.

El sentido del artículo 28 ha sido precisado en varias ocasiones tanto por la Comisión Interamericana como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; según estos órganos, la estructura federal de un Estado parte no puede servir como obstáculo o impedimento para dejar de cumplir con lo dispuesto por la Convención, que obliga al Estado como un todo.⁶

En el mismo sentido se puede citar al artículo 50 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU, el cual con claridad señala que “Las disposiciones del presente Pacto serán aplicables a todas las partes componentes de los Estados federales, sin limitación ni excepción alguna”.

De lo expuesto se concluye, por tanto, que los derechos fundamentales obligan a todos los poderes del Estado, con independencia de la distribución competencial que se haga; dicha distribución competencial podrá asignar además “deberes reforzados” con respecto a ciertos derechos a algunas autoridades.

Queda claro, en consecuencia, que las obligaciones de promoción, respeto, protección y garantía de los derechos corren a cargo de todos los poderes, incluso considerando que algún nivel de gobierno tenga obligaciones reforzadas hacia ciertos derechos. A partir de tales deberes generales, podemos afirmar que las autoridades de todos los niveles de gobierno también tienen la obligación positiva de tomar todas las medidas que sean pertinentes para tutelar y hacer eficaz un derecho.

En resumen: los derechos fundamentales generan obligaciones para las autoridades de todos los niveles de gobierno, que bajo cualquier circunstan-

⁶ Un análisis detenido de este problema puede verse en Dulitzky, Ariel E., “La Convención Americana de Derechos Humanos y los Estados Federales. Algunas reflexiones”, *Defensa de la Constitución, garantismo y controles. Libro en reconocimiento al doctor Germán J. Bidart Campos*, Buenos Aires, Ediar, 2003, pp. 157 y ss.

cia deben observar lo que en cada caso señalan la Constitución y los tratados internacionales. Las obligaciones generales de las autoridades (señaladas a partir de ahora por el párrafo tercero del artículo 10.) estarán además reforzadas si un precepto constitucional distinto les asigna una competencia concreta.

En otras palabras, las autoridades de todos los niveles no solamente deben respetar los derechos mediante conductas de abstención, sino que deben hacer todo lo que esté a su alcance para lograr la eficacia plena de los derechos, sin poder esgrimir ningún tipo de estructuración competencial (salvo el caso en que un precepto constitucional así lo establezca de forma clara y contundente) para dejar de tomar medidas en favor de los derechos.

Un criterio distinto al que se acaba de exponer es el que en su momento sostuvo Ignacio Burgoa. Para Burgoa, la determinación de las obligaciones positivas a cargo de cada nivel de gobierno está en relación directa con la materia de que se trate. Vale la pena transcribir el párrafo en el que el autor expone su punto de vista, para estar en posibilidad de comprender mejor su propuesta. Burgoa sostiene lo siguiente:⁷

...dentro de nuestro sistema federal, ¿son competentes las legislaturas locales o el Congreso de la Unión para expedir leyes reglamentarias de las garantías individuales a falta de prevención expresa que al respecto contenga la Constitución? Para solucionar esta cuestión hay que atender a la materia o esfera en la que incidan los derechos públicos subjetivos de que se trate, es decir, a la órbita dentro de la cual se ejercitan o pueden ejercitarse. Así, si dicha materia o esfera pertenece a la competencia legislativa del Congreso de la Unión, este organismo será el facultado para reglamentar, dentro de aquélla, la garantía individual correspondiente; por el contrario, si el ámbito del goce o ejercicio del derecho público subjetivo no está considerado como materia de normación a favor del Poder Legislativo Federal, sino de las legislaturas locales (lo que se puede decidir sin dificultad observando lo dispuesto por el artículo 124 constitucional), éstas son las autorizadas para expedir leyes reglamentarias de las garantías individuales.

Dentro del mismo párrafo, Burgoa transcribe una tesis jurisprudencial de la Quinta Época del *Semanario Judicial de la Federación*, que corrobora su criterio. Por fortuna, la reforma constitucional que estamos analizando ya dejó claras las cosas y en consecuencia ningún reparto competencial puede servir de excusa para que alguna autoridad deje de cumplir con lo que ordenan todos los derechos fundamentales.

⁷ Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, 35a. ed., México, Porrúa, 2002, p. 201.

Lo que hizo la reforma de 2011 fue poner en el centro de la actuación del Estado mexicano a los derechos fundamentales, incluso por encima del esquema de distribución de competencias, que es connatural a la estructuración federal de nuestro país.

A continuación, corresponde analizar las conductas concretas que para las autoridades derivan a partir de las obligaciones de promoción, respeto, protección y garantía de los derechos. Para poder comprender el alcance de cada una de estas obligaciones nos basaremos en los documentos del derecho internacional de los derechos humanos, que desde hace años las han explicado, tanto con carácter general como respecto a derechos fundamentales en concreto. Empecemos por recordar algunas cuestiones generales sobre el derecho internacional de los derechos humanos.

III. LAS APORTACIONES DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS A LAS FUENTES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El derecho internacional de los derechos humanos se estructura a partir de lo que puede llamarse un “derecho originario”, el cual es complementado por un “derecho derivado”. El derecho originario es el que encontramos en los tratados internacionales en materia de derechos humanos, tanto de alcance mundial como regional.

De hecho, los tratados internacionales han sido un motor esencial en el desarrollo reciente de los derechos fundamentales en todo el mundo (aunque con diferente intensidad según sea el país de que se trate, como es obvio). En los tratados internacionales y en la interpretación que de ellos han hecho los organismos de la ONU, de la OIT o de la OEA, entre otros, pueden encontrarse tanto derechos que no están previstos en la Constitución mexicana como perspectivas complementarias a las que ofrece nuestra carta magna (por ejemplo, cuando un tratado internacional establece dimensiones de un cierto derecho que no están contempladas en nuestro ordenamiento).

Se calcula que actualmente existen poco menos de 150 tratados internacionales y protocolos referidos a los derechos humanos, de forma que podemos hablar de un proceso de intensa codificación internacional de los derechos.⁸

Los tratados de derechos humanos pueden ser de carácter general o sectorial. Los primeros regulan muchos tipos de derechos o derechos adscri-

⁸ Villán Durán, Carlos, *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 209 y ss.

bibles, en términos generales, a todas las personas. Los segundos contienen derechos para determinados tipos de personas o referidos a ciertas materias. Entre los primeros podemos mencionar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966;⁹ en el ámbito de América Latina el más importante tratado general es la Convención Americana de Derechos Humanos, conocida como Pacto de San José, suscrita el 22 de noviembre de 1969.¹⁰

Entre los tratados internacionales de carácter sectorial que se suelen utilizar con mayor frecuencia o que son más citados entre la literatura especializada se encuentran la Convención de los Derechos del Niño¹¹ y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer,¹² así como los convenios de la OIT sobre distintos aspectos de los derechos fundamentales de los trabajadores.¹³ En el ámbito de América Latina podemos destacar la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (conocida como “Convención de Belém do Pará”) y la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación de las Personas con Discapacidad.

De los tratados internacionales pueden derivar, a su vez, otras fuentes del derecho. En las páginas que siguen haremos algunas referencias, entre otras fuentes, a las observaciones generales, que son una especie de interpretación general dictada por comités de expertos creados por mandato de los principales pactos internacionales de derechos humanos. Así, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos crea un Comité de Derechos Humanos, que está compuesto por dieciocho miembros (artículo 28 del Pacto) y lo faculta para emitir comentarios generales dirigidos a los Estados partes sobre el contenido del pacto. Una facultad parecida se encuentra en el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Los comentarios u observaciones generales son de gran interés para los estudiosos de los derechos fundamentales, ya que contribuyen a ampliar el significado de las disposiciones de los pactos y tratados, al precisar las obli-

⁹ Publicados ambos en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de mayo de 1981.

¹⁰ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de mayo de 1981.

¹¹ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de enero de 1991.

¹² Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de mayo de 1981; fe de erratas del 18 de junio de 1981.

¹³ Son especialmente importantes los convenios número 87 (libertad sindical), 89 (derecho de sindicalización), 111 (discriminación en el empleo), 118 (igualdad de trato), 138 (edad mínima para trabajar), 143 (trabajadores migrantes), 169 (pueblos indígenas) y 182 (prohibición del trabajo infantil).

gaciones de los Estados y las tareas concretas que deben llevar a cabo para cumplir con lo que disponen los instrumentos internacionales.

Podríamos decir que las observaciones generales se asemejan a una especie de jurisprudencia, sólo que no es dictada por órganos jurisdiccionales, sino por órganos de carácter más bien consultivo, integrados por expertos en cada materia.¹⁴ Para el tema que estamos analizando en el presente ensayo, las observaciones generales tienen gran relevancia, ya que nos ayudan a identificar los significados concretos que para las autoridades derivan de los derechos fundamentales, tanto de forma general para todos ellos como en específico para cada distinto derecho.

Actualmente la estructura de los órganos encargados de la vigilancia de los derechos humanos dentro de la ONU es bastante compleja,¹⁵ se puede identificar el campo de competencia de cada uno de los comités de la ONU en la materia de derechos humanos según su denominación, la cual en términos generales se corresponde con la denominación del tratado, pacto o convención de cuya supervisión se encargan.

Para la comprensión cabal del sistema de protección de los derechos humanos que existe actualmente en el seno de la ONU quizá sería útil realizar una minuciosa explicación del lugar que ocupa cada comité en el organigrama de la ONU (dentro del ECOSOC, dependiente de la Comisión de Derechos Humanos, dentro de la estructura de la Secretaría General, etcétera) y de los documentos que precisan su ámbito de facultades.¹⁶

Hay que enfatizar el hecho de que el Estado mexicano ha admitido la competencia de varios de esos comités, y por tanto los particulares ya pueden acudir a ellos para denunciar alguna violación de los derechos establecidos en los respectivos pactos, tratados y convenciones.¹⁷

Además de las tareas importantes que realizan los comités, hay que tener presente que los propios tratados internacionales pueden crear tribu-

¹⁴ Una selección muy amplia de observaciones generales puede verse en Carbonell, Miguel *et al.* (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, México, Porrúa, 2003, t. I, pp. 389 y ss.

¹⁵ Villán Durán, Carlos, *Curso de derecho internacional de los derechos humanos, cit.*, pp. 437 y ss.

¹⁶ Una explicación muy completa del universo de organismos que se encargan de los derechos humanos en el ámbito de la ONU puede encontrarse en Villán Durán, Carlos, *Curso de derecho internacional de los derechos humanos, cit.*

¹⁷ Al respecto, Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “El significado de la aceptación de la competencia de los comités de Naciones Unidas, facultados para decidir peticiones individuales en materia de derechos humanos y su previsible impacto en la impartición de justicia en México”, *Reforma judicial. Revista Mexicana de Justicia*, México, núm. 1, enero-junio de 2003, pp. 161 y ss. La publicación de los respectivos documentos de adhesión o ratificación se realizó en el *Diario Oficial de la Federación* del 3 de mayo de 2002.

nales con competencias contenciosas o de otro tipo;¹⁸ así sucede con la Convención Americana de Derechos Humanos, adoptada en San José de Costa Rica, que crea la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya sede se encuentra en esa misma ciudad.¹⁹

En ocasiones los tratados se van complementando con documentos normativos que se dictan con posterioridad. Se les suele llamar “protocolos” o “protocolos adicionales”. Así, por ejemplo, a partir del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se han dictado dos protocolos, destinados, respectivamente, a permitir que el Comité de Derechos Humanos reciba directamente quejas de individuos por presuntas violaciones del Pacto y a abolir la pena de muerte. También la Convención Americana de Derechos Humanos tiene dos protocolos; uno, en el que se establecen los derechos económicos, sociales y culturales (el llamado “Protocolo de San Salvador”), y otro, que tiene también por objeto la abolición de la pena de muerte. Los protocolos pueden existir tanto en el caso de los tratados generales como en el de los sectoriales; dentro de estos últimos, tanto la Convención de los Derechos del Niño como la Convención contra la Discriminación de la Mujer tienen varios protocolos facultativos.

Sobre la manera en que los tratados internacionales se deben interpretar, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido el siguiente criterio:

TRATADOS INTERNACIONALES. SU INTERPRETACIÓN POR ESTA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN AL TENOR DE LO ESTABLECIDO EN LOS ARTÍCULOS 31 Y 32 DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS (DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DEL 14 DE FEBRERO DE 1975). Conforme a lo dispuesto en los citados preceptos para desentrañar el alcance de lo establecido en un instrumento internacional debe acudir a reglas precisas que en tanto no se apartan de lo dispuesto en el artículo 14, párrafo cuarto, de la Constitución General de la República vinculan a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En efecto, al tenor de lo previsto en el artículo 31 de la mencionada Convención, para interpretar los actos jurídicos de la referida naturaleza como regla general debe, en principio, acudir al sentido literal de las palabras utilizadas por las partes contratantes al redactar el respectivo documento final debiendo, en todo caso, adoptar la conclusión

¹⁸ Sobre los mecanismos jurisdiccionales de protección de los derechos humanos previsto en los tratados, Villán Durán, Carlos, *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*, cit., pp. 499 y ss.

¹⁹ De entre lo mucho que se ha escrito sobre la Corte Interamericana, recomiendo especialmente el amplio panorama que nos ofrece García Ramírez, Sergio, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2007.

que sea lógica con el contexto propio del tratado y acorde con el objeto o fin que se tuvo con su celebración; es decir, debe acudirse a los métodos de interpretación literal, sistemática y teleológica. A su vez, en cuanto al contexto que debe tomarse en cuenta para realizar la interpretación sistemática, la Convención señala que aquél se integra por: a) el texto del instrumento respectivo, así como su preámbulo y anexos; y, b) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre las partes con motivo de su celebración o todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado; y, como otros elementos hermenéuticos que deben considerarse al aplicar los referidos métodos destaca: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones; b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de su interpretación; y, c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes; siendo conveniente precisar que en términos de lo dispuesto en el artículo 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados para realizar la interpretación teleológica y conocer los fines que se tuvieron con la celebración de un instrumento internacional no debe acudirse, en principio, a los trabajos preparatorios de éste ni a las circunstancias que rodearon su celebración, pues de éstos el intérprete únicamente puede valerse para confirmar el resultado al que se haya arribado con base en los elementos antes narrados o bien cuando la conclusión derivada de la aplicación de éstos sea ambigua, oscura o manifiestamente absurda. Clave: 2a. , Núm.: CLXXI/2002, Amparo en revisión 402/2001. Imcosa, S.A. de C.V. 16 de agosto de 2002. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia; en su ausencia hizo suyo el asunto Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Rafael Coello Cetina.

En la práctica, la aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos se enfrenta con muchas dificultades.²⁰ Una de ellas, quizá no la menor, es el profundo desconocimiento que de su contenido tienen los abogados mexicanos, incluyendo a los jueces. En parte, lo anterior se debe a las deficiencias que tiene el proceso de enseñanza del derecho, la cual por cierto también se proyecta hacia el tema de los derechos fundamentales, como lo he explicado en otras ocasiones.²¹

²⁰ Algunas reflexiones sobre el tema se pueden ver en Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “La aplicación judicial de los tratados internacionales de derechos humanos”, en Méndez Silva, Ricardo (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, IJ-UNAM, 2002, pp. 181 y ss.

²¹ Carbonell, Miguel, *La enseñanza del derecho*, 3a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2008.

IV. OBLIGACIONES GENERALES Y ESPECÍFICAS

Tradicionalmente se ha considerado que las obligaciones del Estado en materia de derechos fundamentales tienen tres diversos niveles: respetar, proteger y cumplir o realizar.²²

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

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

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

Las obligaciones de los poderes públicos en materia de derechos fundamentales que genéricamente se acaban de describir han sido detalladas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU en su observación general (OG) 3, referida justamente a la índole de las obligaciones de los Estados, dictada en su quinto periodo de sesiones, en 1990.²³

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

²² Eide, Absjorn, “Realización de los derechos económicos y sociales. Estrategia del nivel mínimo”, *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Ginebra, núm. 43, diciembre de 1989, p. 48.

²³ Consultable en Carbonell, Miguel *et al.* (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, 2a. ed., México, CNDH-Porrúa, 2003, t I, pp. 497 y ss. Para complementar la lectura de la OG 3, debe verse la OG 31, aprobada el 29 de marzo de 2004, con el título de “Naturaleza de la obligación general impuesta a los Estados Partes por el Pacto”. La OG 31 señala que sustituye a la OG 3, pero en realidad su contenido es muy limitado como para que pueda en efecto sustituirla. Conviene leer ambas observaciones de forma conjunta.

Cada uno de los Estados Partes en el Presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

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

A partir del texto del artículo 2.1 el Comité afirma que el Pacto genera para los Estados partes tanto obligaciones de *comportamiento* como obligaciones de *resultado*; es decir, no se trata de que los Estados deban solamente conducirse de cierta manera, sino también de que logren ciertos objetivos, que se propongan metas y las realicen.²⁴

Tomaremos como punto de partida para nuestro análisis el documento señalado, en el entendido de que lo que establece puede y debe ser aplicado a cualquier tipo de derecho y a toda modalidad de documento jurídico en que tales derechos estén plasmados. Si bien es cierto que el Comité se refiere a los derechos sociales establecidos en el citado pacto, considero que el rigor con el que fue redactada la OG 3 la convierte en un instrumento de comprensión de los derechos, verdaderamente útil para analizar la reforma constitucional mexicana de 2011.

Lo que el lector podrá encontrar en los apartados que siguen es una especie de guía, expuesta con los respectivos fundamentos jurídicos, para aterrizar el mandato que para todas las autoridades contiene el nuevo párrafo tercero del artículo 1o. de la Constitución mexicana. Solamente a partir de dicha comprensión es que creo que se podrán hacer realidad los objetivos de la reforma constitucional de 2011.

1. *Tomar medidas adecuadas*

En primer lugar, los Estados deben garantizar el goce de los derechos fundamentales sin discriminación alguna.²⁵ Esta obligación es inmediata y

²⁴ Eide, Absjorn, “Realización de los derechos económicos y sociales. Estrategia del nivel mínimo”, p. 48.

²⁵ En este tema México ha tenido algunos avances notables, al menos en el plano legislativo. Véase, por ejemplo, la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, publi-

no puede estar sujeta a ningún tipo de limitación u obstáculo (párrafo 1 de la OG 3).

En segundo término, los Estados deben “adoptar medidas apropiadas”; esta obligación debe ser cumplida dentro de un plazo razonablemente corto, con independencia de que la plena realización de todos los derechos pueda llevar un tiempo más prolongado (párrafo 2). Sobre esta obligación, Courtis y Abramovich señalan que no es declamativa:

...significa que el Estado tiene marcado un claro rumbo y debe comenzar a ‘dar pasos’, que sus pasos deben apuntar hacia la meta establecida y debe marchar hacia esa meta tan rápido como le sea posible. En todo caso le corresponderá justificar por qué no ha marchado, por qué ha ido hacia otro lado o retrocedido, o por qué no ha marchado más rápido.²⁶

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

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

El Comité subraya el hecho de que, en el caso de varios derechos, la existencia de legislación interna es indispensable (párrafo 3). En otra de sus observaciones generales, el Comité señala que “los Estados deben modificar el ordenamiento jurídico interno en la medida necesaria para dar efectividad a las obligaciones dimanantes de los tratados en los que sean Parte”.²⁷

Esto nos lleva al muy debatido y analizado tema de la “armonización legislativa”, es decir, al deber de la Federación y de las entidades federati-

cada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de junio de 2003, así como la Ley para Prevenir y Eliminar la Discriminación del Distrito Federal, publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 24 de febrero de 2011.

²⁶ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2004, pp. 79 y 80.

²⁷ Se trata de la OG 9, relativa a la aplicación interna del Pacto, dictada durante el 19 periodo de sesiones, en 1998; la cita está en el párrafo 3; esta observación general es importante, porque viene a complementar y, en ciertos aspectos, incluso a detallar el contenido de la OG 3. La OG 9 es consultable en Carbonell *et al.* (comps.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Textos básicos*, t. I, *cit.*, pp. 550 y ss.

vas, de hacer compatible lo que expresan las normas internas respecto de lo que señalan los tratados internacionales. A partir de lo que se lleva dicho podemos afirmar que los poderes legislativos, en términos de lo que señala el nuevo párrafo tercero del artículo 1o. constitucional, también están obligados a hacer su parte en la tarea de garantizar la plena efectividad de los derechos fundamentales, generando el marco normativo para que ello sea posible. Y eso incluye a todos los poderes legislativos, tanto al federal como al de las entidades federativas (e incluso a los municipios a través del ejercicio de las facultades de creación de reglamentos).

Otra medida que los Estados parte pueden acometer de inmediato es la de realizar un “diagnóstico” de la situación que guardan cada uno de los derechos fundamentales protegidos por el Pacto. A partir de ese diagnóstico los Estados deben elaborar una estrategia nacional para el desarrollo, promoción y protección de los derechos.²⁸ Entre los objetivos del diagnóstico deben estar el de determinar la proporción de ciudadanos que no disfrutan de un derecho específico y la identificación de los sectores de la población que podrían ser vulnerables o desaventajados para su disfrute.²⁹

El diagnóstico debe poder ofrecer una serie de instrumentos de medición que sirvan tanto al Estado como al Comité para medir concretamente si se ha avanzado o no en la consecución de un derecho determinado. Los instrumentos de medición son determinados sobre una base y unos criterios nacionales, lo cual sirve para poner a salvo la gran variedad de contextos económicos y sociales existentes, objetivo que no se lograría bajo un solo nivel de medición determinado internacionalmente. En contra de esta consideración se ha dicho que con ella se podrían vaciar de contenido muchos mandatos sustantivos del Pacto.³⁰ En realidad quizá lo mejor sería que la determinación nacional se mueva dentro de ciertos parámetros, de manera que no se deje una completa discrecionalidad a los Estados. Como quiera que sea, el Comité ha sostenido que “los medios utilizados deben ser apropiados en el sentido de producir resultados coherentes con el pleno cumplimiento de las obligaciones por el Estado Parte”.³¹

Junto a las medidas legislativas y de diagnóstico deben adoptarse también, en virtud del mandato de utilizar “todos los medios apropiados”,

²⁸ Un ejemplo de la manera en que lo anterior puede ser llevado a cabo en el plano legislativo puede verse en la Ley del Programa de Derechos Humanos del Distrito Federal, publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 30 de mayo de 2011.

²⁹ En este sentido, Craven, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. A Perspective on its Development*, Oxford, Clarendon Press, 1995, p. 117.

³⁰ *Ibidem*, p. 119.

³¹ OG 9, párrafo 5.

previsiones de carácter administrativo, judicial, económico, social y educativo.

En principio, cada Estado parte debe determinar por sí mismo cuáles son las medidas más apropiadas que debe tomar para cumplir con las obligaciones del Pacto, considerando sus propias circunstancias y la relación de todos los derechos protegidos. Sin embargo, la “propiedad” de las medidas puede no resultar evidente a primera vista, por lo cual los Estados deben informar claramente al Comité, en términos del artículo 16 del propio Pacto, por qué consideran que las medidas adoptadas son las más pertinentes en vista de las circunstancias (párrafo 4).

2. Creación de recursos legales para defender los derechos fundamentales

Aparte de las medidas que ya se han comentado, el Comité considera concretamente que una medida apropiada consiste en el ofrecimiento de recursos judiciales para proteger los derechos, de forma que todos ellos puedan considerarse justiciables (párrafo 5). En la OG 9, el Comité ha explorado con mayor detenimiento esta obligación de los Estados parte, la cual empata con la obligación de “garantizar” a la que se refiere el nuevo párrafo tercero del artículo 10. de la Constitución mexicana.

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

El Comité distingue entre el concepto de justiciabilidad de los derechos y el concepto de “aplicabilidad inmediata”. El primero se refiere a las cuestiones que pueden o deben resolver los tribunales; a lo anterior hay que agregar que la justiciabilidad también significa que los individuos y los grupos tengan la posibilidad de acudir ante esos mismos tribunales, lo cual es una precondition para luego estar en aptitud de determinar el ámbito en el que la decisión judicial es pertinente. Para el Comité, la aplicabilidad inme-

diata de un derecho significa que ese derecho permite la aplicación por los tribunales sin mayor disquisición. El Comité señala que todos los derechos reconocidos en el Pacto tienen, al menos en algún aspecto, dimensiones significativas que puedan ser llevadas ante los tribunales, es decir, dimensiones de justiciabilidad (OG 9, párrafo 10).

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

A veces se ha sugerido que las cuestiones que suponen una asignación de recursos deben remitirse a las autoridades políticas, y no a los tribunales. Aunque haya que respetar las competencias respectivas de los diversos poderes, es conveniente reconocer que los tribunales ya intervienen generalmente en una gama considerable de cuestiones que tienen consecuencias importantes para los recursos disponibles. La adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes. También se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad (OG 9, párrafo 10).

Sobre el tema de la existencia de recursos judiciales que permitan llevar ante los tribunales las violaciones de los derechos, Abramovich y Courtis señalan que los Estados deben brindar recursos judiciales idóneos; es decir, “no basta con los recursos previstos para reparar la violación de otros derechos, cuando por sus características impidan el planteo adecuado del caso”.³² Es muy relevante enfatizar la idoneidad de los recursos judiciales existentes, ya que no puede considerarse como cumplida por los Estados parte la obligación de brindar esos recursos por el simple hecho de que se aduzca que existen las vías judiciales tradicionales en caso de violación de derechos; hay que considerar que en la enorme mayoría de países (como es el caso de México, por cierto) los recursos judiciales existentes fueron diseñados para proteger cierto tipo de derechos, por lo que tienen enormes problemas al momento en que se les pide que sirvan para proteger por ejemplo los derechos sociales.³³

³² Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 87.

³³ Aunque el reconocimiento constitucional de las acciones colectivas en el artículo 17 y la importante reforma al juicio de amparo en junio de 2011 pueden sembrar la semilla para el inicio de una nueva época para el sistema de garantía de los derechos en México. Ojalá así sea.

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

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

Para cumplir con la obligación de crear recursos legales que permitan defender ciertos derechos fundamentales se tendrían que ampliar los cauces para promover acciones ante los tribunales, para lo cual también sería necesario dotar de sustantividad procesal a los denominados “derechos difusos” o “intereses colectivos”.³⁴ A partir del reconocimiento de dicha sustantividad procesal (pues es obvio que derechos como el medio ambiente o en ciertos aspectos el derecho a la educación y a la salud son materialmente difusos y protegen intereses colectivos), habría que ir modelando las estrategias de defensa procesal necesarias para cumplir con los señalamientos del Comité en materia de defensa de los derechos sociales. Este aspecto es especialmente importante en México, ya que el principal instrumento de defensa jurisdiccional de los derechos fundamentales, que es el juicio de amparo, históricamente se ha mostrado insuficiente para proteger derechos sociales justamente en virtud de la estrecha legitimación activa que tanto la Constitución como la ley y la jurisprudencia le reconocían para promoverlo.³⁵

³⁴ Para una introducción al tema véase Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, México, Porrúa, 2003.

³⁵ Véanse las reflexiones en el mismo sentido de Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Juicio de amparo e interés legítimo. La tutela de los derechos difusos y colectivos*, México, Porrúa, 2003. Una importante reforma al régimen constitucional del amparo, de junio de 2011, a la que ya hemos hecho referencia, intenta resolver el problema de la legitimación activa al sustituir la necesidad de acreditar un interés jurídico para poder promover un juicio de amparo, por el concepto más amplio de interés legítimo. Habrá que esperar para ver de qué manera interpretan el legislador federal y los jueces esta nueva disposición.

Lo que se ha señalado en el presente apartado es importante para México, ya que la reforma de 2011 clara y expresamente señala que las autoridades deben “garantizar” los derechos fundamentales, y una forma de hacerlo es por medio de la creación de medios judiciales de defensa, tal como ha quedado expuesto.

3. *Obligación de progresividad y prohibición de regresividad*

Para países que apenas van alcanzando niveles óptimos de calidad de vida, pero que todavía tienen mucho por hacer en materia de respeto y garantía efectiva de los derechos fundamentales, es muy importante traer a colación el principio de progresividad de tales derechos, del cual se desprende además el principio de no regresividad. Recordemos que el principio de progresividad está expresamente previsto en la primera frase del nuevo párrafo tercero del artículo 1o. constitucional.

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

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

De la obligación de progresividad se desprende también la prohibición de regresividad, es decir, la prohibición de que los Estados parte den marcha atrás en los niveles alcanzados de satisfacción de los derechos; por eso se puede afirmar que la obligación de los Estados parte en relación con los derechos establecidos en el Pacto es de carácter ampliatorio, “de modo que la derogación o reducción de los derechos vigentes contradice claramente el compromiso internacional asumido”.³⁶

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

³⁶ Abramovich, Víctor y Curtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 94.

Abramovich y Courtis han señalado que la obligación de progresividad constituye un parámetro para enjuiciar las medidas adoptadas por los poderes Legislativo y Ejecutivo en relación con los derechos sociales; es decir, se trata de una forma de carácter sustantivo a través de la cual los tribunales pueden llegar a determinar la inconstitucionalidad de ciertas medidas (o al menos su ilegitimidad a la luz del Pacto).³⁷

Toda medida regresiva se presume violatoria del Pacto, y al Estado corresponde la carga de la prueba para demostrar que no lo es o que, siendo regresiva, está justificada.³⁸ Para poder justificar una medida regresiva el Estado tendrá que demostrar:³⁹ a) la existencia de un interés estatal permisible que la medida regresiva tutela; b) el carácter imperioso de la medida, y c) la inexistencia de cursos de acción alternativos que pudieran ser menos restrictivos del derecho que se haya visto afectado de forma regresiva.

Desde luego, si la medida regresiva está dirigida a excluir de los niveles mínimos de protección a ciertas personas, entonces se considera que viola el Pacto, sin que el Estado pueda justificar en forma alguna esa medida.⁴⁰

4. *Destinar el máximo de recursos disponibles*

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

La misma obligación genera para los Estados parte una especie de “carga de la prueba” a fin de demostrar que en efecto se han empleado “todos los recursos disponibles” para cumplir con los objetivos del Pacto en el plazo más breve posible. Es decir, la falta o insuficiencia de recursos no debe tomarse como una verdad *prima facie*, sino que debe ser acreditada por el Estado.

³⁷ *Ibidem*, p. 95. Véase también, sobre el mismo tema, Courtis, Christian (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, y Courtis, Christian, *El mundo prometido. Escritos sobre derechos sociales y derechos humanos*, México, Fontamara, 2009, pp. 55 y ss.

³⁸ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., p. 105.

³⁹ *Ibidem*, p. 109.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 110.

5. *Periodos de crisis y niveles mínimos de observancia de los derechos*

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

En periodos de crisis, los Estados, cuando menos, deben asegurar las mejores condiciones posibles para los grupos más desaventajados:⁴¹ “aun en tiempos de limitaciones graves de recursos —afirma el Comité— causadas por el proceso de ajuste, de recesión económica o por otros factores, se puede y se debe en realidad proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo” (OG 3, párrafo 12).

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

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

En palabras del Comité, “Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas” (párrafo 10).

Craven señala, sin embargo, que dichos niveles mínimos no han sido determinados por el Comité, por lo cual no se tienen los instrumentos que permitan medir con precisión, pero con flexibilidad los eventuales incumplimientos de los Estados parte.⁴² Al respecto, Abramovich y Courtis señalan que

⁴¹ Craven, Matthew, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. A Perspective on its Development*, cit., p. 139.

⁴² *Ibidem*, p. 143.

Si bien la tarea del Comité puede fijar los contenidos esenciales que identifiquen a ciertos derechos, resulta claro que tal propósito no puede alcanzarse sólo con volcar conceptos jurídicos en un texto. Numerosas opiniones han propuesto la adopción de algún sistema de indicadores que pudiera servir como parámetro. La utilización de indicadores resulta especialmente relevante cuando se exige al Estado el cumplimiento de ciertos objetivos que resultan medibles, como la erradicación del analfabetismo, el tratamiento de las enfermedades endémico-epidémicas, la reducción de la morti-natalidad infantil o la siniestralidad laboral. En los últimos años, además, se ha comenzado a trabajar en la correlación entre la noción de contenido mínimo esencial de un derecho y los parámetros de desarrollo social y otros estándares técnicos establecidos a partir de indicadores estandarizados a nivel mundial. El principal propósito de todo sistema de indicadores es dar cuenta de dos factores claves, la voluntad y la capacidad del Estado de promover y proteger los derechos humanos. La diferencia entre estos dos factores, particularmente en relación a los derechos económicos, sociales y culturales, es crucial para examinar el comportamiento del Estado.⁴³

Con relación al contenido mínimo, es importante señalar que se trata de un concepto aplicable no solamente a los derechos, sino también a sectores de la población; concretamente, se puede aplicar para identificar al mínimo de personas a las que el Estado debe proteger en caso de crisis económica. Es decir, el contenido mínimo con relación a grupos obliga al Estado a identificar a las personas en situación de vulnerabilidad para asegurarles el disfrute de sus derechos sociales; por ejemplo, en materia de derecho a la vivienda se considera como grupo vulnerable a los ancianos sin recursos y a las personas con discapacidad; con relación a ellos, el Estado debe suministrar una protección especial.⁴⁴

Como señala Eide,

El umbral mínimo para enfocar el problema sostiene que el establecimiento de un nivel mínimo de satisfacción de necesidades es un requisito previo esencial de esta consecución progresiva de la realización de los derechos. La justicia distributiva de largo curso para realizar las normas completas de los derechos humanos requiere la justicia inmediata para aquellos grupos de personas más desfavorecidos.⁴⁵

⁴³ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., pp. 91 y 92.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 92.

⁴⁵ Eide, Absjorn, "Realización de los derechos económicos y sociales. Estrategia del nivel mínimo", cit., p. 54.

V. DOS EJEMPLOS: DERECHO A LA SALUD Y DERECHO A LA VIVIENDA

El esquema esbozado en los apartados precedentes nos permite advertir los distintos tipos de obligaciones que generan los derechos fundamentales para los poderes públicos, de manera que el recorrido que hemos realizado hasta ahora puede tal vez servir para que las autoridades sepan de qué manera van a dar cumplimiento a lo que ordena el nuevo párrafo tercero del artículo 1o. constitucional.

Para intentar ilustrar de forma más precisa y concreta las obligaciones citadas, quisiera poner como ejemplo dos derechos fundamentales que han sido escasamente estudiados en México (y en otros países de América Latina): el derecho a la salud y el derecho a la vivienda, previstos en el artículo 4o. de la Constitución mexicana.

Para tal efecto me basaré nuevamente en la inmensa aportación que ha realizado el derecho internacional de los derechos humanos, tanto en el derecho originario como —sobre todo— en el derivado.

1. *Derecho a la salud*

Como se sabe, el derecho a la salud está recogido en los artículos 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 10 del Protocolo de San Salvador (protocolo de la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales), entre otros.

A partir del artículo 12 del citado pacto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU ha dictado una importante observación general (la 14), en la que detalla el contenido normativo del derecho a la salud como derecho fundamental, señalando específicamente las tareas concretas que deben hacer los Estados-parte para cumplir con lo señalado en el propio Pacto. Veamos algunos de los aspectos más destacados de su contenido.

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

sino que abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de

la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano (párrafo 4; en el mismo sentido, ver párrafo 11).

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

El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar *sano*. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica,⁴⁶ y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas, oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud (párrafo 8).

El Comité, haciendo un ejercicio de realismo, reconoce que ningún Estado tiene la capacidad para asegurar que toda su población esté sana, puesto que hay una serie de factores que son imposibles de controlar y que influyen en el goce o no de salud (tal es el caso de la propensión individual a sufrir una dolencia, la adopción de estilos de vida malsanos o arriesgados, la falta de prevención, etcétera). En este sentido, “el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud” (párrafo 9).

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

- A) Disponibilidad: cada Estado parte debe contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas.
- B) Accesibilidad: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la juris-

⁴⁶ La salud genésica, se encarga de explicar el Comité en la nota al pie número 12 de su OG, “significa que la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho de estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección, así como el derecho de acceso a los pertinentes servicios de atención de la salud que, por ejemplo, permitirán a la mujer pasar sin peligros las etapas de embarazo y parto”. La libertad de procreación, directamente establecida en el artículo 40. de la Constitución mexicana, se ha analizado en Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México, cit.*, pp. 337 y ss.

dicción del Estado. La accesibilidad comprende cuatro distintas dimensiones: a) no discriminación; b) accesibilidad física, de forma que los establecimientos, bienes y servicios estén al alcance geográfico de todos los sectores de la población, particularmente en el caso de los grupos vulnerables o marginados; c) accesibilidad económica (asequibilidad), lo que implica que los servicios de salud estén económicamente al alcance de todos, para lo cual hay que tener en cuenta las siguientes palabras del Comité: “Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos”; d) acceso a la información, lo que comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud.

- C) Aceptabilidad, es decir, que los establecimientos, bienes y servicios sean respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, para lo cual se deberá ser sensible a los requisitos de género y del ciclo de la vida, así como respetar la confidencialidad e intimidad de las personas de que se trate.
- D) Calidad, de forma que, además de ser culturalmente aceptables, los servicios médicos sean apropiados desde el punto de vista científico, para lo cual se requiere personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas.

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

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

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

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

...la adopción de medidas preventivas en lo que respecta a los accidentes laborales y enfermedades profesionales; la necesidad de velar por el suministro adecuado de agua limpia potable y la creación de condiciones sanitarias básicas; la prevención y reducción de la exposición de la población a sustancias nocivas tales como radiaciones y sustancias químicas nocivas u otros factores ambientales perjudiciales que afectan directa o indirectamente a la salud de los seres humanos. Además, la higiene industrial aspira a reducir al mínimo, en la medida en que ello sea razonablemente viable, las causas de los peligros para la salud resultantes del medio ambiente laboral (párrafo 15).

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

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

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

Una manifestación concreta del fenómeno discriminatorio se produce por el trato desigual que frente a los hombres reciben las mujeres. La dis-

criminación de género existe también en el ámbito de la salud, por lo cual el Comité ha considerado oportuno hacer una mención especial del tema, y ha sugerido a los Estados que apliquen una perspectiva de género al asegurar ese derecho:

El Comité recomienda que los Estados incorporen la perspectiva de género en sus políticas, planificación, programas e investigaciones en materia de salud a fin de promover mejor la salud de la mujer y el hombre. Un enfoque basado en la perspectiva de género reconoce que los factores biológicos y socioculturales ejercen una influencia importante en la salud del hombre y la mujer. La desagregación, según el sexo, de los datos socioeconómicos y los datos relativos a la salud es indispensable para determinar y subsanar las desigualdades en lo referente a la salud (párrafo 20).

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

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

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

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

obligación de utilizar plenamente el máximo de los recursos disponibles (párrafo 32). Si el Estado no la justifica de esta forma, estaría violando el Pacto.

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

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

abstenerse de prohibir o impedir los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales, comercializar medicamentos peligrosos y aplicar tratamientos médicos coercitivos, salvo en casos excepcionales para el tratamiento de enfermedades mentales o la prevención de enfermedades transmisibles y la lucha contra ellas... los Estados deberán abstenerse de limitar el acceso a los anticonceptivos u otros medios de mantener la salud sexual y genésica, censurar, ocultar o desvirtuar intencionalmente la información relacionada con la salud, incluida la educación sexual y la información al respecto, así como impedir la participación del pueblo en los asuntos relacionados con la salud (párrafo 34).

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

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

Como se sabe, la obligación de cumplir puede ser estudiada en términos generales o en sus dos distintos significados: cumplir en el sentido de facili-

tar y cumplir en el sentido de promover. En términos generales, el Comité señala que la obligación de cumplir supone lo siguiente:

Los Estados deben garantizar la atención de la salud, en particular estableciendo programas de inmunización contra las principales enfermedades infecciosas, y velar por el acceso igual a todos los factores determinantes básicos de la salud, como alimentos nutritivos sanos y agua potable, servicios básicos de saneamiento y vivienda y condiciones de vida adecuadas. La infraestructura de la sanidad pública debe proporcionar servicios de salud sexual y genésica, incluida la maternidad segura, sobre todo en las zonas rurales. Los Estados tienen que velar por la apropiada formación de facultativos y demás personal médico, la existencia de un número suficiente de hospitales, clínicas y otros centros de salud, así como por la promoción y el apoyo a la creación de instituciones que prestan asesoramiento y servicios de salud mental, teniendo debidamente en cuenta la distribución equitativa a lo largo del país. Otras obligaciones incluyen el establecimiento de un sistema de seguro de salud público, privado o mixto que sea asequible a todos, el fomento de las investigaciones médicas y la educación en materia de salud, así como la organización de campañas de información, en particular por lo que se refiere al VIH/sida, la salud sexual y genésica, las prácticas tradicionales, la violencia en el hogar, y el uso indebido de alcohol, tabaco, estupefacientes y otras sustancias nocivas (párrafo 36).

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

Como en los demás derechos, también en el derecho a la salud es importante la cooperación internacional; lo es, por ejemplo, porque los Estados deben respetar el disfrute del derecho a la salud en otros Estados, así como impedir que otros Estados conculquen ese derecho. Lo es también porque los Estados, según lo establece el Comité, deben facilitar el acceso

a los establecimientos, bienes y recursos de salud esenciales en otros países, siempre que sea posible, y prestar la asistencia técnica que corresponda (párrafo 39). Además, los Estados tienen la obligación individual y solidaria, hasta el máximo de su capacidad, de cooperar en la prestación de ayuda en casos de desastre y de asistencia humanitaria en situaciones de emergencia, incluida la prestación de asistencia a los refugiados y los desplazados dentro del país (párrafo 40).

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

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

A) Garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados;

B) Asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura y garantice que nadie padezca hambre;⁴⁷

C) Garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicas, así como a un suministro adecuado de agua limpia potable;

D) Facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS;

E) Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud;

F) Adoptar y aplicar, sobre la base de pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población; la estrategia y el plan de acción deberán ser elaborados, y periódicamente revisados, sobre la base de un proceso participativo y transparente; esa estrategia y ese plan deberán prever métodos, como indicadores y bases de referencia de la salud que permitan vigilar estrechamente los progresos realizados; el proceso mediante el cual se concibe la estrategia y el plan de acción, así como el contenido de ambos, deberá prestar especial atención a todos los grupos vulnerables o marginados.

⁴⁷ Sobre el derecho a la alimentación —que comprende también el derecho al agua—, Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, cit., pp. 973 y ss.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. *Derecho a la vivienda*

En el apartado anterior se intentó presentar un esquema de “aterrizaje” de los tipos de obligaciones que genera para las autoridades el derecho a la salud como derecho fundamental. Toca ahora hacer un ejercicio parecido, pero respecto del derecho a la vivienda. Se trata, como en el caso anterior, de uno de los derechos menos estudiados y aplicados en México, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial. Por eso es que lo elegí para intentar ilustrar el esquema de obligaciones que derivan de su consideración como derecho fundamental, a la luz del nuevo párrafo tercero del artículo 1o. de la Constitución mexicana.

Siguiendo la metodología del apartado anterior, también en este caso me basaré en el derecho internacional de los derechos humanos, cuya aportación es del todo significativa para comprender el alcance del derecho a la vivienda y sus implicaciones para las autoridades.

La previsión constitucional del artículo 4o. en la que se establece el derecho fundamental a una vivienda digna y decorosa despliega sus efectos normativos de carácter positivo, por lo que hace al derecho a la vivienda, en dos diferentes sentidos. En primer término, supone un mandato al legislador para que desarrolle la legislación necesaria para hacer realidad ese derecho; en segundo lugar, supone un mandato para las administraciones públicas de todos los niveles de gobierno a fin de que se implementen políticas públicas de fomento a la vivienda, de otorgamiento de créditos, de regulación de uso de suelo habitacional a costos accesibles, etcétera. Hay que subrayar que las disposiciones constitucionales vinculan a todas las autoridades, no solamente a las federales, de modo que lo dicho aplica también para los poderes legislativos y ejecutivos locales, así como —dentro de su esfera de su competencia— a los municipios.

El Relator Especial de la ONU sobre el derecho a la vivienda ha señalado que los Estados tienen al menos tres deberes generales en esta materia:⁴⁸

- A) El deber de procurar por todos los medios posibles, que todos tengan acceso a recursos habitacionales adecuados para su salud, bienestar y seguridad.
- B) El deber de facilitar a quien carezca de hogar, o no tenga una vivienda adecuada, o se encuentre incapacitado en general para ejercer los derechos vinculados a recursos habitacionales, la interposición de reclamos y demandas.

⁴⁸ Citado por Pisarello, Gerardo, *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Barcelona, Icaria, 2003, p. 116.

C) El deber de adoptar, en un tiempo razonablemente breve, medidas que al menos indiquen el reconocimiento político y normativo de los elementos constitutivos del derecho a la vivienda.

Desde un punto de vista negativo, es obvio que tanto las autoridades como los particulares están obligados a no interferir en el disfrute de la vivienda, y en general a no impedir su satisfacción por las demás personas.

Tomando en consideración las obligaciones positivas y negativas, se puede decir que el derecho a la vivienda asegura tanto el disfrute de la vivienda que ya se tiene como la necesidad de que las autoridades tomen todas las medidas a su alcance para que quienes no la tengan accedan a ella.

A partir de las obligaciones positivas (y a reserva de las que más adelante se precisarán como obligaciones derivadas del derecho internacional de los derechos humanos) las autoridades deben construir un entorno urbano que permita disfrutar de la vivienda y contar con los servicios mínimos indispensables para que sea habitable. Es decir, el derecho a la vivienda no se agota con el disfrute de la persona “hacia dentro” de su vivienda, sino que requiere de un ambiente “externo” que también sea adecuado. En este sentido, se habla de un derecho “al entorno urbano” o “derecho a la ciudad”.⁴⁹

En el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho a la vivienda está previsto en varios instrumentos relevantes, tanto de carácter general como sectorial. Entre los primeros puede mencionarse el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que ha sido objeto de dos interesantes observaciones generales, a las que nos referiremos más adelante; en dicho precepto se establece que

Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y *vivienda adecuados*, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

En su OG 4, el Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales de la ONU se ha referido al derecho a la vivienda. Su contenido es muy importante para comprender este derecho en clave normativa, y no como una mera declaración retórica.

Para empezar, el Comité señala el enorme “abismo” que existe entre lo dispuesto en el artículo 11 del Pacto, al que ya hemos hecho referencia, y la

⁴⁹ *Ibidem*, p. 84.

situación reinante en muchas regiones del mundo; acudiendo a cifras de la propia ONU, destaca que en todo el mundo existen alrededor de cien millones de personas sin hogar y otros mil millones que alojadas en viviendas inadecuadas (párrafo 4).

El Comité se preocupa por definir el concepto de vivienda adecuada, y acude a la definición que ya se ha citado en párrafos precedentes dada dentro de la Estrategia Mundial de Vivienda, pero agrega lo siguiente:

...el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. Y así debe ser por lo menos por dos razones. En primer lugar, el derecho a la vivienda está vinculado por entero a otros derechos humanos y a los principios fundamentales que sirven de premisas al Pacto. Así pues, ‘la dignidad inherente a la persona humana’, de la que se dice que se derivan los derechos del Pacto, exige que el término ‘vivienda’ se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras diversas consideraciones, y principalmente que el derecho a la vivienda se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos. En segundo lugar, la referencia que figura en el párrafo 1 del artículo 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada.

¿Cómo saber si estamos o no frente a una vivienda “adecuada”? El Comité identifica siete aspectos que contribuyen a que una vivienda sea adecuada, y que pueden ser aplicables a cualquier contexto, con independencia de las condiciones sociales, económicas, culturales o jurídicas del lugar en donde se deba hacer efectivo el derecho. Son los siguientes:

- a) Seguridad jurídica en la tenencia: esto quiere decir que todas las personas deben tener un mínimo de seguridad jurídica que les garantice contra el desahucio, el hostigamiento y otras amenazas. Para lograrlo, el Estado debe tomar medidas en primer término de carácter legislativo. La seguridad jurídica es necesaria para las distintas modalidades por la que se puede tener acceso a una vivienda; así por ejemplo, para el alquiler, la vivienda en cooperativa, el arriendo, la ocupación por el propietario, la vivienda de emergencia, los asentamientos informales, etcétera.⁵⁰

⁵⁰ Sobre la importancia de la seguridad jurídica en la tenencia, Gerardo Pisarello apunta lo siguiente: “Vivir sin seguridad, en un *status* incierto, supone en esencia que las personas no tienen control último sobre sus viviendas. Ello explica que las personas, grupos y familias

- b) Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructuras: dentro de este punto se incluye la posibilidad de contar con acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia.
- c) Gastos soportables: esto significa que los gastos que conlleva una vivienda no deben ser tan altos como para impedir que se satisfagan otras necesidades básicas. Para lograr esto se pueden llegar a requerir subsidios por parte del Estado, así como una regulación que impida especulaciones sobre los alquileres o sobre el precio de la tierra.
- d) Habitabilidad: se considera que una vivienda es habitable si protege a sus ocupantes del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento y otras amenazas para la salud; debe también garantizar la seguridad física de sus habitantes. El Comité recuerda la existencia de los Principios de Higiene de la Vivienda preparados por la Organización Mundial de la Salud (OMS), y exhorta a los Estados a que los apliquen con la mayor amplitud.
- e) Asequibilidad: la asequibilidad significa que los grupos más desaventajados de la sociedad deben tener acceso pleno y sostenible a los recursos necesarios para conseguir una vivienda. Entre dichos grupos figuran los ancianos, los enfermos terminales, las discapacitados físicos, los enfermos mentales, las víctimas de catástrofes naturales, etcétera. Las políticas de vivienda, enfatiza el Comité, no deben destinarse a beneficiar a los grupos sociales ya aventajados a costa de los demás.
- f) Lugar: la ubicación de la vivienda debe ser tal, que permita el acceso a las opciones de empleo, a los servicios de atención a la salud, a centros de atención de niños, escuelas y demás servicios sociales. Las viviendas no deben construirse cerca de lugares contaminados o próximas a fuentes de contaminación que pongan en riesgo el derecho a la salud de sus habitantes.

expuestos a esa situación se muestren con frecuencia reticentes a introducir mejoras en sus hogares por miedo a que estos les sean destruidos o simplemente arrebatados como consecuencia de un desalojo. La falta de seguridad en la tenencia, en definitiva, refuerza la exclusión social y la pobreza y desalienta la participación... La seguridad jurídica en la tenencia se convierte, así, en la piedra de toque de la autotutela del derecho a una vivienda adecuada: un medio sin dudas no costoso, realista y solidario de tomarse en serio el derecho en cuestión”, Pisarello, Gerardo, “El derecho a una vivienda adecuada: notas para su exigibilidad”, en Abramovich, Víctor *et al.* (comps.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003, pp. 200 y 201.

- g) Adecuación cultural: esto quiere decir que la forma de construir la vivienda, los materiales utilizados y las políticas públicas que se desarrollen deben permitir la expresión de la identidad cultural de sus habitantes, que puede variar de forma importante dentro de un mismo país, e incluso dentro de una misma ciudad.

Por último, el Comité recomienda la adecuación del sistema jurídico para permitir que, de alguna forma, el derecho a la vivienda sea justiciable, es decir, que quienes vean de cierta manera afectado ese derecho puedan acudir ante los tribunales para presentar una reclamación. Este señalamiento del Comité es importante en el contexto de la reforma constitucional mexicana, ya que (tal como lo vimos al analizar el derecho a la salud) empaata perfectamente con el mandato de “garantía” que establece el nuevo párrafo tercero del artículo 1o. constitucional.

Entre las medidas a tomar por los Estados para hacer justiciable el derecho a la vivienda, el Comité recomienda las siguientes:

- a) apelaciones jurídicas destinadas a evitar desahucios planeados o demoliciones mediante la emisión de mandatos de los tribunales,
- b) procedimientos jurídicos que busquen obtener una indemnización luego de un desahucio ilegal,
- c) reclamaciones contra acciones ilegales realizadas o apoyadas por los propietarios (sean públicos o privados) en relación con los niveles de alquiler, mantenimiento de la vivienda y discriminación en la asignación y disponibilidad de acceso a la vivienda,
- d) denuncias de cualquier forma de discriminación en la asignación y disponibilidad de acceso a la vivienda,
- e) reclamaciones contra los propietarios acerca de condiciones de viviendas insalubres o inadecuadas.
- f) Acciones populares frente a situaciones que impliquen niveles de gran aumento de personas sin hogar.

Todo lo anterior, además de servir para precisar los alcances del derecho a la vivienda *como derecho fundamental*, no como un enunciado puramente retórico dentro de la Constitución, sirve para poner en claro las posibilidades que ofrece el derecho internacional de los derechos humanos al momento de intentar hacer operativo cualquier tipo de derecho.

Como puede ver el lector, lo que se ha tratado de hacer es precisar el contenido normativo de lo que establece el artículo 4o. de la Constitución mexicana, en la parte que se refiere al derecho a la vivienda. De esta manera, se han ofrecido algunas claves de interpretación para que ese artículo

4o. sea aplicado y hecho valer en los términos en que lo ordena el nuevo párrafo tercero del artículo 1o. constitucional, específicamente con relación a las obligaciones del Estado.

VI. CONCLUSIONES PROVISIONALES

Para sintetizar lo que se ha dicho en este apartado se puede afirmar que los Estados, en materia de derechos fundamentales, tienen las obligaciones generales de respetar, proteger y promover o realizar, de las que a su vez se desprenden las siguientes obligaciones específicas:

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

VII. A MANERA DE EPÍLOGO

La reforma constitucional de 2011 en materia de derechos fundamentales nos permite avanzar de manera considerable hacia la modernidad jurídica. Se trata de una reforma que, si bien no es exhaustiva, sí añade elementos muy novedosos y positivos al ordenamiento constitucional mexicano.

Como siempre sucede, habrá que esperar al desarrollo que le puedan dar los operadores jurídicos (legisladores y jueces, principalmente), para estar en capacidad de medir su éxito, pero de entrada parece suministrar una buena plataforma de renovación normativa para nuestro país.

En los distintos apartados que integran este ensayo he intentado apuntar —con base en lo que ya señala desde hace años el derecho internacional de los derechos humanos— algunas de las obligaciones que con relación a los derechos fundamentales derivan para el Estado.

Las que fueron expuestas no son las únicas, y puede ser que ni siquiera sean las más importantes, pero nos dan la pauta suficiente (creo) para comenzar a darle sentido y rumbo al nuevo párrafo tercero del artículo 1o. constitucional.

Obviamente, un estudio exhaustivo del contenido de dicho párrafo nos llevaría muy lejos, más allá en todo caso del alcance de esta breve nota.

Pensemos simplemente en el deber de “garantizar” los derechos que está señalado en el párrafo tercero. Esa simple mención en la carta magna nos permite ir exponiendo una teoría general de las garantías, la cual puede desarrollarse en el plano puramente teórico o avanzar hacia lo que señala el derecho positivo con relación a los medios para hacer efectivos los derechos. Además, habría que hacer referencia a todos los tipos de garantía de los derechos conocidos en México y en el derecho comparado: garantías judiciales, administrativas, políticas, sociales, etcétera.⁵¹

Y lo mismo podría replicarse para cada una de las obligaciones que señala el artículo 1o. en su tercer párrafo. Lo que viene, en este contexto, como tarea para la ciencia constitucional mexicana en los siguientes años, es muchísimo. Espero que este texto sirva para contribuir a ese esfuerzo de comprensión, análisis y debate que tenemos que construir entre todos.

⁵¹ Véase la teoría general de las garantías que propone Luigi Ferrajoli en su magna obra *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Trotta, 2011, t. I, pp. 186 y ss. y 630 y ss.