

DOS TEMAS TORALES PARA LOS
DERECHOS HUMANOS:
ACCIONES POSITIVAS Y JUSTICIABILIDAD
DE LOS DERECHOS SOCIALES

NURIA GONZÁLEZ MARTÍN
ODALINDA CHÁVEZ SÁNCHEZ



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
DERECHOS HUMANOS
M É X I C O

NURIA GONZÁLEZ MARTÍN
ODALINDA CHÁVEZ SÁNCHEZ

DOS TEMAS TORALES
PARA LOS DERECHOS HUMANOS:
ACCIONES POSITIVAS
Y JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS
ECONÓMICOS,
SOCIALES Y CULTURALES



COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS
México, 2008

Primera edición: febrero, 2008

ISBN: 978-970-644-546-9

**Comisión Nacional
de los Derechos Humanos**
Periférico Sur 3469,
Colonia San Jerónimo Lídice,
Delegación Magdalena Contreras,
C. P. 10200, México, D. F.

Diseño de portada:
Flavio López Alcocer

Impreso en México

CONTENIDO

Presentación	VII
------------------------	-----

ACCIONES POSITIVAS

Nuria GONZÁLEZ MARTÍN

I. Introducción	1
II. Concepto y elementos de las acciones positivas	5
III. Confusión y diversidad terminológica	9
1. Acción positiva	15
2. Discriminación directa e indirecta	16
3. Acción positiva no es discriminación positiva	20
IV. Punto de partida	22
V. Vías de las acciones positivas	22
VI. Las acciones positivas	27
1. Su impacto en la legislación	27
2. Referencia y aproximación al marco jurídico mexicano	35
VII. Panorama comparado	55
1. Estados Unidos de América	55
2. Reino Unido	66
3. Unión Europea	70
4. Consejo de Europa	77
5. América Latina	78
6. Otros casos puntuales: Noruega e Italia	89
VIII. Modalidades de las acciones positivas	92

IX. Algunos fundamentos o justificaciones de las acciones positivas	95
X. Recomendaciones para la implementación de acciones positivas	98
XI. Conclusiones	101
XII. Bibliografía	102

JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Odalinda CHÁVEZ SÁNCHEZ

I. Introducción	115
II. Ubicación teórico-conceptual de los DESC	116
III. Cuestiones preliminares sobre justicia	123
IV. Responsabilidad exigible a partir de las obligaciones	124
1. De los Estados	126
2. De los particulares	132
3. El rol del Poder Judicial en las obligaciones derivadas de los DESC	134
V. Luces y sombras de la justiciabilidad	139
1. Justiciabilidad ensombrecida	139
2. Luces para la justiciabilidad	150
VI. Derecho a la salud como derecho justiciable	161
1. Obligaciones exigibles del derecho a la salud	166
2. Justiciabilidad del derecho a la salud.	175
3. Reflexiones sobre los progresos y la eficacia de la justicia sanitaria.	181
VII. Protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales.	189
1. Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos	189
2. Sistema Regional Americano de Protección de Derechos Humanos	190
VIII. Conclusiones	196
IX. Bibliografía	198

PRESENTACIÓN

Conscientes de los enormes desafíos que presenta la plena vigencia de los derechos humanos y con el afán de explorar formas que contribuyeran a su verdadera observancia, decidimos realizar un estudio que incluyera dos temas cardinales fuertemente interconectados para la problemática aquí expuesta. Este libro que lleva por título *Dos temas torales para los derechos humanos: acciones positivas y justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales*, pretende ser una trinchera más desde donde queremos colaborar, a través del análisis y discusión, a concienciar a todos aquellos que aún no le dan la importancia debida al fondo de la observancia y protección efectiva de los derechos humanos. Nuestro interés no sólo obedece al mero apego académico, sino a un genuino deseo de seguir explorando y sustentando medidas para la reivindicación de los derechos humanos que sumen pasos hacia la edificación de una estructura garantista real y coherente con las exigencias que clama el pueblo de México.

Hablar de acciones positivas para crear oportunidades auténticas para determinados miembros de un conglomerado humano, supone un repaso al principio de igualdad y por ende, al derecho a no ser discriminado; ambos parte esencial y universal en prácticamente todos los ordenamientos de derechos humanos. La discriminación en el mundo en general y en México, en particular, es uno de los fenómenos de mayor complejidad y gravedad a que nos enfrentamos cotidianamente, tanto por su extensión como por sus implicaciones en prácticamente todas las dinámicas de ser humano: laboral, cultural, social, económico y hasta biológico. La no discriminación es un derecho fundamental que no es observado aún en democracias tradicionales. El problema no es sólo jurídico, es cultural y el reto es abismal.

Las políticas positivas tienen como objetivo el reequilibrio de las estructuras sociales y la redistribución de los beneficios. No se trata simplemente de dar un trato igual, sino tomar en cuenta las diferencias que desde el punto de partida tienen individuos que por sus condiciones específicas se ubi-

can en grupos en desventaja social, económica y cultural, y que por esa razón, no están con las mismas posibilidades de competir en igualdad de circunstancias con los otros.

Quisiéramos destacar que este capítulo dedicado a las acciones positivas es un proyecto de la doctora Nuria González Martín premiado con el Galardón Anual de Investigación Jurídica Ignacio Manuel Altamirano, organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

En cuanto al segundo tema objeto de estudio, justiciabilidad, vemos cómo de la mano con el reequilibrio de las estructuras sociales y la redistribución de los beneficios, está la necesidad de justicia cierta, sea resarcitoria o compensatoria; haciéndose éste el común denominador más apremiante de las demandas de la dispar sociedad mexicana y sin duda, de nuestras sociedades en general.

En todo razonamiento serio y profundo sobre la problemática real de efectividad de los derechos humanos, se nos obliga a acercarnos a revisar el aspecto de justiciabilidad como la vía más sólida de reivindicación o resarcimiento del derecho violado, cuando las demás medidas no son efectivas. Así que, por lo que atañe a la justiciabilidad de los derechos económicos (DESC), sociales y culturales, aparte de allanar todo aquello que estorba a la igualdad de oportunidades económicas, sociales y culturales de los gobernados, el reto ahora es diseñar los recursos y mecanismos, acordes a los lineamientos internacionalmente trazados que permitan su verdadera puesta en marcha. Los procedimientos que permiten reclamar el derecho protegido por los distintos ordenamientos jurídicos, han demostrado ser, al menos en el caso de los derechos civiles y políticos, los medios más idóneos para la protección.

A manera de delimitación del segundo tema, nuestra reflexión sobre la tutela jurídica de los DESC nos ha conducido (dada la variedad de temas que pueden ser incluidos bajo este rubro, como: el derecho al trabajo, a la cultura, a la vivienda, a la salud o educación, etcétera) a acotar nuestro estudio en torno al derecho a la protección de la salud, pues consideramos que este derecho se distingue por ser un elemento primordial y un bien estratégico para el desarrollo social y económico de toda nación.

Deseosas de que los contenidos de este libro sean de algún modo útil para el propósito con el que fue concebido, no nos queda más que agradecerles permitirnos llegar a ustedes y, por un lado, a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y, por otro, al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM por ayudarnos a difundir temas de gran relevancia en la actualidad para la adecuada implementación de nuestros derechos.

ACCIONES POSITIVAS

Nuria GONZÁLEZ MARTÍN*

*A la profesora María Fernanda Fernández
López, ejemplo de cátedra y amistad*

I. INTRODUCCIÓN

Discriminación es olvido, omisión, abandono, exclusión, ideología y cultura. Así comenzaba uno de sus múltiples discursos y ponencias el licenciado Gilberto Rincón Gallardo, hombre conocedor y comprometido con la causa antidiscriminatoria.

Definitivamente la discriminación es todo eso y mucho más porque no hay que olvidar que no nacemos tolerantes, se nos educa para la tolerancia desde el hogar y desde la escuela y si la educación no es la adecuada lo que se produce es, precisamente, el efecto contrario, un desprecio a la dignidad de los seres humanos.

A partir de esa premisa, la discriminación la sufrimos desde el momento en el que no hay igualdad de oportunidades, en los trazos urbanos, en los diseños arquitectónicos con sus barreras, en el uso comercial de los avances de la tecnología e incluso en el uso de los transportes.

En la vida cotidiana se despliega una multiplicidad de actos de exclusión, actos discriminatorios a los que es difícil escapar ya sea porque seamos mujeres, niños, ancianos, de una determinada étnica, estatus social, religión o nacionalidad, por ejemplo. Por ello, por esa arbitrariedad injustificada e irrazonable,

* Doctora en derecho; investigadora titular en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; pertenece al Sistema Nacional de Investigadores; directora del *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*.

¹ Especialmente en relación con el tema de la discriminación laboral, véase Bornot Crébessac, Sophie, *La discriminación en las empresas*, México, Conapred, 2005, pp. 15 y ss.

la lucha contra la discriminación se basa en la absoluta inviolabilidad de los derechos y dignidad de las personas. Peter Häberle concibe la dignidad humana como premisa antropológico-cultural del Estado constitucional y conduce a la democracia como “consecuencia orgánica” u “organizativa” en tanto que la división de poderes como principio organizativo fundamental deriva de la garantía de la dignidad humana proyectada al pueblo como conjunto libre y plural de ciudadanos.²

Es más, en esta época de la globalización y al decir de Ferrajoli,³ los derechos que deben de ser garantizados son aquellos cuya defensa es necesaria para la paz —entendemos que la paz social—, los derechos de igualdad de las minorías que garantizan un pleno multiculturalismo y los derechos que, en definitiva, protejan a los débiles frente al más fuerte.

En esa tónica, no es de perogrullo decir que cuando hablamos de la igualdad y no discriminación nos hallamos ante un valor superior del ordenamiento jurídico al que hay que defender desde todos los ámbitos posibles, nacional e internacional, teórico y práctico, educativo, social, ético, etcétera.⁴

A todo ello hay que agregar, y así lo expresa Eva Martínez Sampere, que

el concepto y el desarrollo de las exigencias y potencialidades de la igualdad y no discriminación son el núcleo de la articulación político-jurídica del Estado democrático. Abarca, por tanto, todas las facetas del ser humano, debe impregnar la actuación de todos los poderes y órganos del Estado y ha de ser un límite a la autonomía de la voluntad en las relaciones entre particulares. La síntesis es muy breve y clara, pero la labor que hay que llevar a cabo para hacerla realidad es amplísima y, dada la reciente implantación de los sistemas democráticos, sólo estamos al comienzo de la tarea.⁵

Y así es, todas las Constituciones democráticas, que son la mayoría afortunadamente, imponen a los poderes públicos el mandato de acabar con las desigualdades sociales y el de impedir la discriminación.

² Häberle, Peter, *Libertad, igualdad y fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, trad. de Ignacio Gutiérrez, Madrid, Trotta, 1988, p. 45 y *El Estado constitucional*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, 2001, pp. 169 y ss.

³ Ferrajoli, Luigi, “Sobre los derechos fundamentales”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 15, julio-diciembre 2006, pp. 113 y ss.

⁴ Recomendamos altamente todas las contribuciones, porque abarcan todos estos aspectos enumerados, que aparecen en Torre Martínez, Carlos de la (coord.), *Derecho a la no discriminación*, IJ-Comisión Derechos Humanos del D.F.-Conapred, 2006, 436 pp.

⁵ Martínez Sampere, Eva, “Igualdad y no discriminación”, en Pérez Royo, Javier, Urías Martínez, Joaquín Pablo y Carrasco Durán, Manuel (eds.), *Derecho Constitucional para el siglo XXI*, España, Aranzadi, 2006, t. I, p. 607.

Así las cosas, si quisiéramos simplificar un problema de tal magnitud como es la igualdad y la prohibición de discriminación, su alcance y medios de solución, tendríamos que agregar que, además de la observación vertida, todas estas cuestiones derivan, en su mayoría, de los problemas de desempleo de larga duración, pobreza y exclusión social con la consecuente inmovilidad social.

Se necesitan cambios políticos, objetivos claros en la posición de igualdad para el reclutamiento, promoción y formación, y por último dar la oportunidad a los grupos infrarrepresentados.

Hablamos, entonces, de muchos bandos a los que hay que hacer frente para tratar de paliar estas desigualdades de hecho y de derecho. Como expresamos, la idea de la dignidad de la persona y sus derechos son el punto de partida del ordenamiento jurídico del Estado. Esta igualdad política constitucional para poder llevarse a la práctica exigen en muchos casos un tratamiento legislativo diferenciado, tales como políticas activas por parte de los poderes públicos para crear las condiciones de igualdad y para la remoción de obstáculo que impidan o dificulten su plenitud, también la labor del Poder Judicial, inspirada en la equidad para aplicar el derecho al caso concreto con la mayor justicia posible.⁶

Hacer realidad las exigencias constitucionales implica una profunda transformación social y, por lo tanto, despierta resistencias en personas y sectores que pueden resultar afectados por el despliegue de todas las posibilidades de la igualdad y no discriminación. Así, cuando hablamos de la implementación de políticas de acción positiva, se siguen visualizando más detractores que defensores de las mismas por una falta de conocimiento, en profundidad, sobre la misma.⁷

Un eje crucial para la concientización de la necesidad de las acciones positivas es precisamente la educación en los valores democráticos, como la libertad y la igualdad, la justicia y el pluralismo democrático, pero también la necesidad del esfuerzo y la cooperación social, con el objetivo de crear una ciudadanía democrática que demande unas condiciones de vida digna.⁸

⁶ *Ibidem*, p. 608.

⁷ González Martín, Nuria, “Acciones positivas: orígenes, conceptualización y perspectivas”, en Torre Martínez, Carlos de la (coord.), *op cit.*, nota 4, pp. 307-367 y “Notas sobre las políticas de acción positiva en los Estados Unidos de América”, en Jiménez Lara, Ma. José y Franco Rojas, Ricardo (coords.), *Nuevas estrategias para una política de inmigración solidaria*, Sevilla, Mergablum, 2003, pp. 185-207.

⁸ Martínez Sampere, Eva, *op. cit.*, nota 5, p. 609.

Llegados a este punto, tenemos:

Primero. Eje de las acciones positivas. Los ejes fundamentales para la justificación o implementación de las acciones positivas son remediar cualquier tipo de desigualdad y avanzar en el desarrollo.

En esta introducción hemos seguido algunas de las ideas expuestas por Martínez Sampere y así sigue expresando, de manera certera y clara, que los derechos humanos: civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y los llamados de tercera generación, como el derecho de cada persona a un medio ambiente sano, insertos en las Constituciones como derechos fundamentales y, en algunos casos, como principios rectores de la política social y económica, son el contenido moral de las democracias, el mínimo ético común que hay que garantizar para que cada individuo pueda tener una vida digna, pues la existencia humana es algo más que la mera existencia biológica. Por ello, la igualdad y no discriminación es la condición imprescindible para el ejercicio de los mismos por parte de cada persona.⁹

Y podemos ir más allá aún, en el sentido de que hay un concepto que cobra una importancia vital y es el “proyecto de vida”, asociado al concepto de realización personal y a las opciones de que dispone el ser humano para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. La restricción o anulación del proyecto de vida de las víctimas de la discriminación implica la reducción objetiva de sus libertades fundamentales y ello es inadmisibles, hablamos de la pérdida de un valor existencial inherente a su dignidad y la violación de sus derechos humanos.

Segundo. Recorrido propuesto. Se propone, en este momento, realizar un recorrido que transite de la igualdad de trato¹⁰ a la prohibición de discriminación, de ahí (a través de leyes secundarias) a la igualdad de oportunidades y de esta, a políticas de *affirmative action*, es decir acciones positivas¹¹ en las que se iguale las condiciones del punto de partida,¹² cuestiones que veremos más puntualmente en el apartado que hace referencia a las acciones positivas y su impacto en la legislación.

⁹ *Idem.*

¹⁰ Véase, Vogel-Polsky, Eliane, “Los programas de acción positiva en provecho de las mujeres. 1. Análisis teórico”, *Revista Internacional del Trabajo*, Suiza, vol. 104, núm. 2, abril-junio de 1985, p. 235.

¹¹ Acciones positivas que en muchas ocasiones resultan insuficientes como medidas de discriminación positiva pero son punto de partida en el diseño de políticas de igualdad.

¹² González Martín, Nuria, “El principio de igualdad, la prohibición de discriminación y las acciones positivas”, *Derechos fundamentales y Estado. Memorias del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2002, pp. 383-401.

II. CONCEPTO Y ELEMENTOS DE LAS ACCIONES POSITIVAS

El tema de las acciones positivas es sumamente complejo y confuso, y por ello no existe un concepto universalmente aceptado de las mismas. Así, tal y como expresa Carlos de la Torre, cada autor, dependiendo del punto de vista desde el cual las analiza, destaca algunas características y omite otras, cargando el acento en alguno de sus elementos y adjudicándole una función específica,¹³ pero quizá donde menos consenso hay no es ya en su conceptualización sino en la aplicación de las mismas.

Por su idoneidad podemos tomar el concepto que Paloma Durán ofrece sobre las acciones positivas, las define como “estrategias temporales dirigidas a establecer la igualdad de oportunidades por medio de una serie de medidas coherentes que permitan combatir, corregir o contrastar aquellas desigualdades de hecho o discriminaciones que son resultado de prácticas, comportamientos o sistemas sociales”.¹⁴

Según Paloma Durán, podría decirse que la acción positiva trata de completar la legislación, por ejemplo sobre la igualdad de trato, e incluye cualquier medida que contribuya a eliminar las desigualdades en la práctica y que ponga en marcha programas concretos para proporcionar a las mujeres ventajas concretas.

Realmente, hay numerosas definiciones aportadas por la doctrina que son muy similares a la expuesta¹⁵ y también, por otro lado, encontramos definiciones en el ámbito de la Unión Europea, en la Directiva 2000/43 del Consejo de la Unión Europea que las define como las “medidas específicas para prevenir o compensar las desventajas que afecten a personas de un origen racial o étnico concreto”.¹⁶

¹³ Torre Martínez, Carlos de la, *El derecho a la no discriminación en México*, México, CNDH-Porrúa, 2006, p. 179.

¹⁴ Durán y Lalaguna, Paloma, “Una aproximación comparada a las acciones positivas. El caso de Italia, Noruega y Argentina”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Granada, España, núm. 34, 2000, pp. 279 y ss.

¹⁵ Entre ellas destacamos la de José Ignacio Casas en el que conceptúa las acciones positivas como “El establecimiento de medidas temporales que, con el fin de establecer la igualdad de oportunidades en la práctica, permitan mentalizar a las personas o corregir, aquellas situaciones que son el resultado de prácticas o de sistemas sociales discriminatorios”, Casas, José Ignacio, *Guía didáctica*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales (Instituto de la Mujer), s.f., p. A-2 y A-5. Asimismo, recomendamos la lectura, referente a los rasgos de las acciones positivas, de Giménez Gluck, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Valencia, Tirant lo Blanch: 1999, pp. 64 y ss.

¹⁶ Directiva 2000/43/CE del Consejo, del 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico. *Diario Oficial*, L180 del 19 de julio de 2000, pp. 0022-0026.

Como estas definiciones podemos obtener un número importante de ellas que contienen todos los elementos necesarios para ubicar, contextualizar y justificar las medidas de acción positiva.

De las definiciones expuestas y, en definitiva, de las definiciones que podemos encontrar en torno a las acciones positivas, se reúnen una serie de caracteres propios de las acciones positivas.

De esta manera, destacamos los siguientes elementos.¹⁷ Un elemento de *temporalidad*, dato fundamental por el cual se determina que pasado un lapso no se invierte la discriminación en la persona de aquel grupo no vulnerable en principio. Se necesita establecer un baremo, un sistema de control, de estadísticas (*applicant flow*, *applicant pool*) que especifique en qué momento obtenemos esos niveles de igualdad, esas cuotas, en definitiva, la representación necesaria del grupo vulnerable.

Estos sistemas estadísticos surgieron en los Estados Unidos de América y así con el *applicant flow*, se demuestra que en el impacto de un mecanismo existe una significativa diferencia en las tasas de selección entre los miembros de una clase y los miembros de otra.

La Comisión de Oportunidades de Igualdad en el Empleo norteamericana, estableció que se produce impacto adverso, discriminación indirecta, cuando hay una tasa menor de 4/5.¹⁸ También la muestra se puede realizar

¹⁷ González Martín, Nuria, *op. cit.*, nota 7, pp. 307-367.

¹⁸ Por ejemplo, y así lo tenemos en Player, Mack A., *Federal Law of Employment Discrimination*, St. Paul, Minnesota, USA, West Publishing, 1992, p. 90, un patrón concursa 150 vacantes y el mecanismo que utiliza es dar 100 de las vacantes a blancos y 50 a negros, es decir, 75% de la tasa de selección es para blancos y 25% a solicitantes negros. El demandante, en esta ocasión, tiene que probar que se observa una significativa diferencia en la tasa de selección. Como acabamos de ver, la Comisión de Oportunidades de Igualdad en el Empleo norteamericana (EEOC, por sus siglas en inglés) consideró que una determinada práctica tiene un importante impacto adverso si éste produce “una tasa de selección para cualquier raza, sexo o grupo étnico (...) que sea menos de 4/5 de una tasa de un grupo superior”, es decir, el 75% de los solicitantes blancos, en el ejemplo expuesto, pasaron la prueba del patrón, el 4/5 de la tasa de selección de blancos es del 60% (y no el 75%) y por lo tanto si más del 60% de los solicitantes negros pasaron el examen no podría tener un impacto adverso para los mismos pero si es menor del 60% de los solicitantes negros que pasaron, el mecanismo podría tener un impacto adverso. Como vemos el tema no es de fácil solución, así una alternativa para “la regla de 4/5” es el aplicar el análisis standard para observar los datos del *applicant flow*. Esta técnica estadística determina si existe o no la diferencia entre las tasas de selección observadas y el resultado esperado de una tasa de selección equitativa que podría ser atribuida a la posibilidad o a la selección al azar. Gastwirth, Joseph L., “Employment Discrimination: A Statistician’s Look at Analisis of Disparate Impact Claims”, *Law and Inequality. A Journal of Theory and Practice*, Minnesota, USA, vol. XI, núm. 1, December 1992, pp. 169-175.

además de por porcentajes, por exámenes médicos,¹⁹ desigualdad en pagos,²⁰ afirmaciones del empleador racistas o sexistas.²¹ En estos casos, el demandante siempre debe probar la discriminación.

En cuanto al *applicant pool*, prueba mediante un análisis si las personas de diferentes clases, poseen beneficios que difieren de otras clases. En este caso, se requiere identificar el área geográfica donde el empleador busca trabajadores; el asunto que describe esta situación es *Griggs vs. Duke Power Co.*²² La carga de la prueba pesa sobre la parte demandada.²³

19 En estos casos cuando un pequeño incremento en los números produce radicalmente una diferencia en la tasa de selección, los datos son insuficientes para probar el impacto, además, los datos tienen que tener una conexión precisa con el mecanismo. Por ejemplo, si al demandante se le negó un empleo por causa de una práctica que consistió en un examen médico que buscaba probar si el solicitante tenía o no adicción a un tipo de droga, y de acuerdo con los datos del demandante, el 81% de los solicitantes resultaron adictos, y ese 81% eran negros o hispanos, el demandante tiene la prueba de que la práctica tiene un impacto adverso y por lo tanto es una práctica discriminatoria. Redlich, Norman, "Law School Faculty Hiring Under Title VII: How a Judge, Might Decide a Disparate Impact Case", *Journal of Legal Education*, North Carolina, pp. 135-139.

20 En cuanto a las decisiones motivadas por el pago, el demandante deberá establecer si es una violación del título VII de la Ley de Derechos Civiles, hablamos del contexto norteamericano, que la decisión de compensación fue motivada por razón de raza, sexo, origen nacional o religión. La prueba de "igual trabajo" por "igual pago" entre personas de diferentes clases es un motivo de los estipulados en el mencionado título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964 norteamericana, y debe probar que el trato igual no era requerido. *Washington Country vs. Wonters*.

21 Asimismo, el impacto adverso puede ser establecido por una evidencia directa tal como documentos o afirmaciones realizadas por el empleador de que la compensación fue hecha por razón de raza, sexo, origen nacional de los trabajadores. El demandante debe probar que dicho factor ilegal influyó en sus decisiones de salario y que éste podría haber sido pagado al empleado si no hubiera habido consideraciones ilegales, ilícitas. *Price Water House vs. Hopkins* (S. Ct. 1989).

22 Este asunto es objeto de un comentario más extenso en el apartado referido a los Estados Unidos de América, pero es importante comentar, en este momento, que en *Griggs vs. Duke Power Company*, se ve claramente que el diploma de preparatoria requerido y establecido en el mencionado caso, muestra que en el censo del norte del estado de Carolina, el 34% de los hombres blancos tenían diplomas de preparatoria frente al 12% de los hombres negros del estado.

23 Si el demandante alega el impacto de una práctica aplicada a un grupo protegido, el demandado debe presentar como prueba que el uso de dicha práctica es justificada, en el caso multicitado *Griggs vs. Duke Power Company*, la carga de la prueba que presentaron fue "la necesidad del negocio", *business necessity*, un concepto por demás interesante y en el que extendemos la explicación dentro del apartado de "confusión terminológica". Tenemos, entonces, que por una parte, el demandante establece que la práctica tuvo un efecto adverso para un grupo protegido cuando ésta es utilizada de forma que limita las oportunidades de trabajo entre

La autenticidad de la relación entre la acción positiva y la compensación por discriminaciones pasadas o sociales depende de la medida en que la raza, el origen étnico o el género en realidad sea un indicador del mal social que deba erradicar el programa de acción positiva y de la medida en que tener en cuenta la raza, el origen étnico o el género sea un método apropiado para combatir la discriminación.²⁴

Hay otro elemento de extremo interés que consiste en el *establecimiento de igualdad de oportunidades en la práctica* y no sólo a nivel teórico; con una clara visión y diferenciación entre la escala, digamos, ascendente de la igualdad de trato a la igualdad de oportunidades, y posteriormente, a las acciones eminentemente activas.

Hay acciones compensatorias que establecen tratos diferenciados con el objeto de promover la igualdad de oportunidades, de hecho y de derecho.

Un elemento, asimismo, de *educación*, de concientización²⁵ hacia políticas de igualdad, donde la diferenciación debe ser precisamente para atacar la desigualdad, la discriminación.

Y un último elemento, enlazado con el anterior, que consiste en la *corrección de fenómenos anómalos*, de fenómenos discriminatorios.

La acción positiva es legítima, es el remedio por excelencia para la discriminación cuando ésta se encuentra arraigada en una determinada estructura social. Además, no tiene una función exclusivamente resarcitoria de las víctimas actuales de la discriminación; tiene un objetivo claro de reequilibrio y redistribución de las oportunidades entre los géneros, entre las razas, entre las diferentes capacidades, etcétera, a través de un trato preferencial que implique el aumento de presencia de un grupo infrarrepresentado en

blancos y negros, al mismo tiempo tiene que demostrar que dicha práctica no es esencial o indispensable para el negocio del empleador o patrón. Por la otra parte, el demandado debe probar que el uso de la práctica está justificada por la práctica del negocio. Player, Mack A., *op. cit.*, nota 18, pp. 88 y ss.

²⁴ Originalmente la acción positiva estaba destinada a los norteamericanos descendientes de africanos pero con el correr del tiempo también se destinó a abordar las desigualdades de otros grupos desfavorecidos, en su mayoría inmigrantes. Se planteó, entonces, si los inmigrantes que llegaron voluntariamente a los Estados Unidos debían ser protegidos del mismo modo que los descendientes de africanos que fueron sometidos a la esclavitud. *Compilación de instrumentos jurídicos en materia de no discriminación*, vol. I, disco compacto, CDHDF, México, 2004, p. 95.

²⁵ María José Añón los percibe como modalidades de acción positiva. Véase en Añón, María José, *Igualdad, diferencias y desigualdades*, México, Fontamara, 2001, pp. 53-59.

una determinada posición profesional, siempre y cuando se dé una igualdad de capacitación entre los candidatos.²⁶

III. CONFUSIÓN Y DIVERSIDAD TERMINOLÓGICA

Como ya adelantamos, en todo este tema hay una importante confusión terminológica entre acciones positivas o afirmativas y discriminación positiva o incluso entre discriminación directa e indirecta con sus respectivas traducciones, etcétera.

Así, tenemos que el término acción positiva se utiliza, preferentemente, en la Unión Europea y más concretamente proviene de la influencia del Reino Unido.

El término acción afirmativa se utiliza en el ámbito americano, dada la traducción textual del término inglés *affirmative action*.

Por otro lado, una de las grandes polémicas es la distinción entre discriminación positiva y discriminación inversa.

²⁶ Es interesante visualizar ciertos aspectos que se ubican en el contexto europeo. “Para el derecho comunitario, el derecho de la Unión Europea, las acciones positivas son medidas tendentes a ‘promover’ la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Pero qué sea lo que debe entenderse por igualdad de oportunidades, y cómo ésta puede ser ‘promovida’ no lo dicen las fuentes normativas comunitarias... (sólo dicen que) la promoción de la presencia y de la participación de las mujeres en todos los sectores y profesiones y en todos los niveles de responsabilidad constituye un objetivo de la acción positiva”, Ballestrero, María Vittoria, “Acciones positivas. Punto y aparte”, *Doxa*, España, núm., 19, 1996, p. 97. Asimismo, con respecto al ámbito comunitario, comentar, en este instante, que pese a los “logros” conseguidos en su medio, no se ha podido remediar tener la presencia de la famosa y, permitánnos, nefasta sentencia Kalanke del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del 17 de octubre de 1995, en donde se expone, entre otras consideraciones, que la discriminación positiva de la mujer es ilegal cuando se aplica de forma “absoluta e incondicional”, Comas, José, “El Tribunal Federal alemán falla también contra la discriminación positiva en el trabajo”, *El País*, Madrid, miércoles 6 de marzo de 1996, p 31. Para más información acerca de la mencionada sentencia véase, entre las numerosas publicaciones: Ballestrero, María Vittoria, *ibidem*; Rey Martínez, Fernando, “La discriminación positiva de mujeres (comentario a propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad del 17 de octubre de 1995, asunto Kalanke)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 47, 1996; Ruiz Miguel, Alfonso, “La discriminación inversa y el caso Kalanke”, *Doxa*, núm. 19, 1996; Rodríguez Piñero, Miguel, “Discriminación, igualdad de trato y acción positiva”, *Relaciones Laborales*, Madrid, núm. 22, 1995; Ruano, Lucía, “Acciones positivas y discriminación positiva”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Madrid, año V, núm. 227, 28 de diciembre de 1995; Rivero Ortega, Ricardo, “Algunas reflexiones sobre la igualdad de derechos de mujeres y hombres en el ámbito comunitario. Comentario a la sentencia “Kalanke” del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, núm. 90, 1996; Quintanilla Navarro, Beatriz, “La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 17 de octubre de 1995 sobre el caso ‘Kalanke versus Glissmann’”, *Actualidad Laboral*, Madrid, núm. 5, 1996.

La discriminación positiva es una expresión de construcción europea derivada de la estadounidense discriminación inversa,²⁷ *reverse discrimination*. El término discriminación positiva no es muy atinado porque, como subrayamos, de acuerdo con la práctica ya generalizada de utilizar la palabra “discriminación” exclusivamente para designar distinciones “arbitrarias”, “injustas” o “ilegítimas”, el término “discriminación positiva” es un contrasentido. La distinción a que se refiere se justifica y es legítima pues no es arbitraria y no puede llamarse “discriminación”, o es injustificada e ilegítima por ser arbitraria y no debe llamarse “positiva”.

En los Estados Unidos de América se puede diferenciar, a su vez, entre acciones positivas o afirmativas y discriminación inversa, adversa o benigna, (*reverse discrimination o benign discrimination*).

Curiosamente, la *Reverse Discrimination* implica un impacto ilícito provocado por la adopción de criterios diferenciales para los trabajadores discriminados sobre los trabajadores no culpables, y la *Benign Discrimination* implica un impacto lícito.

Otro término que debemos diferenciar es cuotas por decisión y cuotas por resultados u objetivos, y así un largo etcétera que lejos de aclarar crea una gran confusión, como decimos, terminológica.²⁸

²⁷ En el ámbito comunitario mucho se ha escrito en torno, concretamente, a la discriminación inversa y su implicación con la nacionalidad, y así se dice que la discriminación inversa constituye una anomalía respecto de la aplicación personal del principio de no discriminación por razón de nacionalidad al darse la paradoja de que el nacional de un Estado puede verse discriminado respecto de un nacional de ese mismo Estado por el simple hecho de que su concreta situación no entre en el ámbito de aplicación del Tratado de la Comunidad Europea, mientras que la de su compatriota sí entra en dicho ámbito de aplicación. En otras palabras, la discriminación inversa implica que un Estado discrimina a sus propios nacionales respecto de sus nacionales o de nacionales de otros Estados miembros que se amparan en el ejercicio de alguna libertad comunitaria. Pérez de la Heras, B., “Las discriminaciones en sentido inverso en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, su compatibilidad con el principio constitucional de igualdad entre los ciudadanos de un Estado”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 1, 1987, pp. 343-359; Pickup, D., “Reverse Discrimination and Freedom of Movement for Workers”, *Common Market Law Review*, vol. 23, 1986, pp. 135-156; Kon, S.D., “Aspects of Reverse Discrimination in Community Law”, *European Law Review*, vol. 6, 1981, pp. 75-101, *cit.* por Janer Torrens, Joan David, “El ámbito de aplicación personal del principio de no discriminación por razón de nacionalidad: algunas consideraciones en torno a la discriminación inversa”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 7, núm. 14, enero-abril 2003, p. 308.

²⁸ De hecho, cuando la doctrina habla de discriminación inversa, con el término ya traducido, expresa que ésta es la manifestación más extrema de las políticas antidiscriminatorias. No se conforma con introducir una desigualdad como medio para conseguir la igualdad como objetivo, sino que, además, esa desigualdad provoca un daño directo en los miembros de los colectivos no beneficiados por la medida antidiscriminatoria. Al producirse ésta en un contexto de escasez el beneficio de las personas favorecidas tiene como contrapartida ineludible el per-

Quizá aquí el gran debate entre la nomenclatura utilizada en Europa y en los Estados Unidos de América se reduce a la no idoneidad o adecuación de tales términos norteamericanos a la realidad europea.²⁹

Otra cuestión terminológica ampliamente confundida es la transversalidad de género. Así, el derecho en la Unión Europea, derecho comunitario, formaliza, de forma vinculante, la perspectiva de género o igualdad transversal como un instrumento que debe necesariamente ser utilizado en la elaboración, interpretación y aplicación de todas las normas y todas las políticas comunitarias. La Comisión Europea ha definido a la igualdad transversal como fundamento de la democracia y lamenta las insuficiencias que todavía existen respecto de la igualdad de oportunidades, así como las confusiones conceptuales que todavía están presentes en relación con la dimensión transversal de la igualdad.

La transversalidad lejos de ser considerada como un medio para promover únicamente los derechos de las mujeres, debe ser concebida como un instrumento para movilizar explícitamente, hacia el objetivo de la igualdad, el conjunto de las acciones y políticas generales.

Así, tal y como manifiesta Teresa Freixes, el *mainstreaming* de género, la igualdad de oportunidades o la igualdad transversal en las políticas públicas, a tenor de las orientaciones comunitarias, debe ser realizada mediante la aplicación de ciertos indicadores, los cuales han sido ya prefigurados desde las Naciones Unidas o la propia Unión Europea, diversas agencias especializadas, el Banco Mundial, el Consejo de Europa y otros organismos internacionales.³⁰

También queremos hacer la aclaración que entre los términos que contribuyen a esta confusión terminológica encontramos el binomio medidas de igualación positiva y acciones positivas o afirmativas. Así, las medidas de igualación positiva consisten en la búsqueda de igualdad entre los ciudadanos individualmente considerados, como ejemplo de ello tenemos el principio de progresivi-

juicio de aquellas que no pertenecen a ese grupo. Aranda Álvarez, Elviro, "Discriminación por razón de sexo en el ámbito político, en Pérez Royo, Javier *et al.*, *op. cit.*, nota 5, p. 782.

²⁹ Pérez Portilla, Karla, "Acciones positivas", *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, Porrúa-UNAM 2003, p. 3.

³⁰ Freixes Sanjuan, Teresa, "La configuración de la igualdad entre las mujeres y los hombres", Pérez Royo, Javier *et al.*, *op. cit.*, nota 5, pp. 620 y 621. La profesora Freixes, despliega una serie de indicadores entre los que cabe destacar la desagregación por sexo de todo dato estadístico, como instrumento previo, para que el análisis de género sea correcto; la utilización de un lenguaje pertinente desde la perspectiva de género, pues a veces se tendrá que "neutralizar" el lenguaje mientras que, en otras, será necesario utilizar un lenguaje sexoespecífico; examen de la configuración de los estereotipos sociales y las expectativas profesionales para cada uno de los sexos, a fin de verificar su grado de influencia en la situación real de cada uno de ellos en relación con una política concreta, etcétera.

dad en materia tributaria, exención de tasas o gravámenes por razón de familia numerosa o nivel de renta, etcétera; medidas de acciones positivas que buscan la igualdad entre colectivos. Este carácter, colectivo, de las acciones positivas, ya ha sido objeto de comentario pero insistimos en la necesidad de clarificar y distinguir entre conceptos en apariencia similares o sinónimos.

Junto con esta “confusión terminológica” también hay una diversidad terminológica que no induce a confusión, pero sí a una falta de rigurosidad conceptual que es importante contemplar y sobre todo disipar.

Aprovechamos, entonces, la oportunidad para destacar que en el contexto norteamericano, como país pionero en implementar las políticas de acción positiva, y a raíz de la Ley de Derechos Civiles de 1964, dentro de sus generalidades especifica que “no será ilegal la práctica laboral de no contratar o emplear por razón de religión, sexo u origen nacional en aquellas instancias donde la religión, sexo y origen nacional, es una clasificación de buena fe, razonablemente necesaria para la operación normal de un negocio particular o empresa”; es la llamada *Bona Fide Occupational Qualification* (BFOQ).³¹

Curiosamente, el título VII define que el sexo incluye el embarazo y por lo tanto las discriminaciones por embarazo son objeto de defensa. La raza, en cambio, no está permitida como una BFOQ, pero las clasificaciones raciales han sido justificadas por implicar judicialmente una *necesidad de los negocios (business necessity)* como una defensa similar a la BFOQ.³²

La Ley de Discriminación en el empleo por edad, *The Age Discrimination in Employment Act* (en adelante ADEA, por sus siglas en inglés) tiene una BFOQ como defensa similar al título VII. La Ley americana de discapacitados, *The Americans with Disabilities Act* (en adelante ADA, por sus siglas en inglés) no tiene una disposición de BFOQ pero permite excluir a personas con discapacidad si la persona no puede desempeñar las funciones esenciales del trabajo, un concepto similar al BFOQ.³³

Al describir los elementos que determinan que pueda haber BFOQ seguimos a Player y así expresa que son.³⁴

³¹ Kelman, Mark, “Concepts of Discrimination in ‘General Ability’ Job Testing”, *Harvard Law Review*, U.S.A., vol. 104, núm. 6, April 1991, pp. 1158 y ss., y especialmente 1201-1203.

³² Player, Mack A., *op. cit.*, nota 18, pp. 51 y ss.

³³ Bellace, Janice R., “The International Dimension of Title VII”, *Cornell International Law Journal*, Nebraska, vol. 24, núm. 1, Winter 1991, pp. 9 y ss.

³⁴ Player, Mack A., *op. cit.*, nota 18, pp. 52 y ss.

En primer lugar, la *esencia*. La BFOQ sólo se aplica “cuando la habilidad de los trabajadores afecta al trabajo”. Así, hay que probar que los miembros que fueron excluidos de la clasificación no pueden desempeñar efectivamente el desempeño esencial del trabajo.

El título VII desecha el paternalismo romántico que niega a las mujeres la oportunidad de trabajar en minas, en la construcción o como chóferes de autobuses, guardias de prisión o simplemente porque la ocupación es sucia, peligrosa o extremosa.³⁵

Generalmente, una BFOQ no puede estar basada en preferencias de individuos, y así, se cita como ejemplo, a un varón no le puede ser negado el trabajo en una aerolínea como sobrecargo porque los pasajeros prefieren sobrecargos mujeres. Asimismo, a una mujer no se le puede negar el trabajo en una compañía de petróleos porque los clientes de ciertas culturas tal vez no deseen tratar con mujeres. No obstante, la “autenticidad” que puede ser la expectativa del cliente también puede ser una base para una BFOQ. Mientras los restaurantes, generalmente, no pueden preferir entre camareros o camareras porque la “esencia” es el de servir y puede ser desempeñados por ambos sexos; para asegurar la “autenticidad” de experiencia en un restaurante asiático se debe de dar preferencia a camareros asiáticos.³⁶

En segundo lugar, tenemos el “todos o substancialmente todo”.³⁷ El demandado tiene que establecer que “todos o substancialmente todos” en el grupo excluido no pueden desempeñar el deber “esencial” del trabajo.³⁸ La edad no puede ser una BFOQ a no ser que algunas personas excluidas en un grupo de edad no puedan desempeñar las demandas de trabajo.

En tercer lugar, o el tercer elemento es el llamado *third party risk*, como excepción del requerimiento de “todo o substancialmente todo”.

Si algunos miembros de alguna clase excluida representa un riesgo sustancial para el empleador o para terceras partes y si es impracticable el eliminar el peligro a través de evaluaciones individuales de buen estado, una BFOQ tal vez sea acertada. Por ejemplo, en el caso *Dothard vs Rawlinson*

³⁵ Con respecto a esto último véase *Weeks vs. Southern Bell Tel. & Tel. Co.* (5th Circ. 1969).

³⁶ Player, Mack A., *op. cit.*, nota 18, p. 54.

³⁷ En el ámbito militar, respecto a la BFOQ véase Griffin, Mary C., “Making the Army Safe of Diversity: A Title VII Remedy for Discrimination in the Military”, *The Yale Journal*, New Haven, vol. 96, núm. 8, July 1987, pp. 2106-2108.

³⁸ *Dothard vs. Rawlinson* (S. CT. 1977); *Western Air Lines, Inc. vs. Criswell* (S. Ct. 1985), este último caso en cuando a la discriminación por razón de edad.

(S. Ct. 1977), la Corte concluyó que las mujeres que son guardias de máxima seguridad en una prisión de hombres presentaba un grave riesgo porque, por razón de su sexo, podrían ser atacadas por los reclusos. La Corte enfatizó que los incidentes incrementaron un significativo riesgo para la seguridad general de la prisión que podría ser eliminada sólo con la exclusión de las mujeres.

El embarazo, en algunos casos, es una limitante para la actividad de muchas mujeres, sobre todo cuando la trabajadora embarazada no puede desempeñar el deber esencial del trabajo. En estas circunstancias, a las mujeres, basándose en una evaluación individual de su habilidad, se les declaraba incapacitadas. Pero no todas las mujeres embarazadas están en esta situación porque “todas o sustancialmente todas” no pueden desempeñar su trabajo y es de importancia tomar precauciones por el incremento de riesgo (hemorragias o incapacidad psíquica) que en consecuencia pueden afectar a terceras personas.

El cuarto elemento es el “razonamiento necesario”, o sea, la BFOQ tiene que ser razonable y necesaria para la operación normal del negocio particular donde hay una alternativa razonable para la exclusión de la clase y esa exclusión no es “necesaria”.

Toda esta, digamos, legislación “protectora”, está conciliada con las leyes de los Estados que requieren a los empleadores “proteger” a las mujeres. Las mujeres por ley podrían no ser empleadas en trabajos no seguros, como por ejemplo en las minas, y podrían no trabajar en ciertas horas del día e incluso más de cierto número de horas por día o por semana.³⁹

Por otra parte, y ya lo puntualizamos, la raza no se encuentra incluida en la defensa de la *bona fides occupation qualification*, sin embargo, puede haber ocasiones donde una persona con determinadas características no pueda desempeñar su trabajo como por ejemplo, en el caso de actores y modelos. Seguramente las características raciales deben de ser necesarias para la “autenticidad”⁴⁰ y así encontramos el concepto de *necesidad del negocio (business necessity)*. El demandado tiene que probar que la exclusión fue razonablemente necesaria.⁴¹

³⁹ Player, Mack A., *op. cit.*, nota 18, 1992, pp. 52 y ss.

⁴⁰ Blumrosen, Alfred W., “Strangers in Paradise: Griggs vs. Duke Power Co. and the Concept of Employment Discrimination”, *Michigan Law Review*, Ann Arbor, Michigan, USA, vol. 71, núm. 1, 1972, pp. 8189.

⁴¹ Al respecto véase el interesante artículo de McCormack, Christopher, “Business Necessity in Title VII: Importing an Employment Discrimination Doctrine into the Fair Housing Act”, *Fordham Law Review*, Nueva York, vol. LIV, núm. 4, March 1986, pp. 567-577.

Aparentemente para asegurar que la necesidad de un negocio no puede ser usado como un sustituto para la defensa BFOQ, en los casos de discriminación de sexo, como algunas cortes han sostenido, la Ley de Derechos Civiles de 1991, específicamente, establece que “la prueba de que una práctica de trabajo es requerida para la necesidad del negocio no puede ser usada como una defensa en contra de una demanda de discriminación intencional”;⁴² lo cierto es que no está definido si la *business necessity* pueda justificar el uso de la necesidad de clasificación racial.⁴³

Ante esta confusión y diversidad terminológica, creemos oportuno, elaborar una serie de definiciones de aquellos conceptos más usuales y que más dudas, o confusión, nos puede crear.

1. *Acción positiva*

Ya definimos, anteriormente, la acción positiva siguiendo a Durán Lalaguna, como el establecimiento de medidas temporales que, con el fin de establecer la igualdad de oportunidades en la práctica, permitan mentalizar a las personas o corregir, aquellas situaciones que son el resultado de prácticas o de sistemas sociales discriminatorios.

Elementos:

- Temporalidad.
- Establecimiento de igualdad de oportunidades en la práctica.
- Educación, concientización.
- Corrección “histórica” de fenómenos anómalos, de fenómenos discriminatorios.

En definitiva, las notas fundamentales para distinguirlas las podemos concretar en dos:

- Acciones basadas más en objetivos que medidas concretas que favorezcan a un individuo. Lo importe es que la medida ayude a un colectivo a integrarse. Por ejemplo, medidas para la integración en el mundo laboral de minusválidos, y
- Los rasgos que dan lugar a las acciones positivas han de ser transparentes e inmodificables, por ejemplo la raza, sexo, religión, etcétera.⁴⁴

42 Notes, “The Civil Right Act of 1991: The Business Necessity Standard”, *Harvard Law Review*, Cambridge, Massachuset, vol. 106, núm. 4, February 1993, pp. 910-913.

43 Player, Mack A., *op. cit.*, nota 18, pp. 51-58.

44 Aranda Álvarez, Elviro, *op. cit.*, nota 28, p. 782.

2. Discriminación directa e indirecta

Antes de entrar a definir la discriminación directa y/o indirecta, debemos expresar que el origen de la doctrina sobre discriminación que en nuestros días se está manejando, concretamente, en Europa es heredera del derecho antidiscriminatorio norteamericano, cuestión que venimos manejando y que abordaremos con detenimiento en las páginas sucesivas y en el rubro que hemos dedicado a los Estados Unidos de América.

Así, al referirnos en este apartado a la discriminación directa e indirecta, tenemos obligatoriamente que detenernos en un caso célebre, un asunto de máxima importancia en los Estados Unidos de América, el caso *United States Postal Service Board of Governors vs Aikens*, el cual dará pauta al resto del mundo para identificar este tipo de discriminaciones. El asunto trató una denuncia presentada bajo el título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964. Aikens acusó al servicio postal de discriminación racial al negarle ascensos a diversos puestos a nivel gerencial. El Circuito de D.C., decidió que podía establecer un caso de *prima facie* de discriminación, demostrando que poseía todas las calificaciones o méritos requeridos para los ascensos y que había sido relegado en favor de candidatos blancos. El Departamento de Justicia de los Estados Unidos, representando al Servicio Postal, pidió a la Corte que estableciera que las pruebas de *prima facie* del demandante debe demostrar la “probabilidad” de discriminación.⁴⁵ Los requisitos para el demandante, en un caso *prima facie*, son de gran importancia práctica para los supuestos que recoge el título VII de la Ley de Derechos Civiles. Si el demandante no es capaz de establecer un caso de *prima facie*, el juicio debe iniciarse en su contra, cuando la defensa haga la moción de juicio al cierre del caso del demandante⁴⁶. Sin embargo, si el demandante tiene éxito en establecer un caso *prima facie*, el juicio debe iniciarse a su favor, a menos que la defensa presente evidencias de descargo satisfactorias. Así, en un caso de trato desigual, *disparate treatment*, se dice que las pruebas de los demandantes crean una “presunción refutable obligatoria” de discriminación. Esto tiene el efecto de forzar al patrón demandado a presentar pruebas para refutar la presunción de discriminación, con el riesgo de perder el

⁴⁵ En este caso, en el que el demandante se basa en méritos comparativos para mostrar la intención de discriminación, el gobierno dice que para establecer esta “probabilidad” de discriminación, el demandante debe presentar evidencia de que él está mejor preparado que los candidatos elegidos, en términos de cualesquiera factores tangibles e intangibles que pueden ser tomados en cuenta en el sistema de toma de decisiones para ascensos del servicio postal.

⁴⁶ Ya que en la mayoría de los casos del título VII se llevan a cabo sin jurado, la Corte normalmente daría por terminado el caso, con base en las reglas federales de procedimientos civiles.

caso. Así las cosas, el asunto clave que presenta el caso Aikens está relacionado con el grado de responsabilidad que debe tener el patrón de presentar evidencia o pruebas. El tribunal solicitó, en efecto, que el demandante presentara, de manera inicial, sólo lo que pudiera saber, con un esfuerzo razonable, antes del juicio, es decir, que poseía todos los méritos conocidos.

Fue un caso que suscitó la polémica en cuanto a quien debe ser el responsable de la presentación de pruebas en las distintas etapas de un caso de discriminación bajo el título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964. Además, promovió que existieran dos doctrinas posibles para la interpretación del título VII: *a)* la doctrina sobre el trato desigual —*disparate treatment*—, y *b)* la doctrina sobre el impacto desigual —*disparate impact*—.

El *disparate treatment*.⁴⁷ en el ámbito europeo, es concebido como discriminación directa o intencional; en cuanto al *disparate impact* se entiende como discriminación indirecta.

En el derecho estadounidense, tanto el *disparate treatment* como el *disparate impact*, descansan en dos acepciones diferentes de la igualdad: *disparate treatment* como igualdad de trato, pero entendida como prohibición de discriminación intencional y además se aplica en casos de discriminación individual, y *disparate impact* como igualdad de oportunidades, aplicada a casos de discriminación de clases sociales.

Una vez hecha la relación entre los contextos americano y europeo, nos centramos en el ámbito comunitario, así en la Unión Europea se recoge la prohibición de discriminación directa con la aprobación de la Directiva del Consejo del 9 de febrero de 1976 (76/207/CEE), en la que en su artículo 2o. expresa “el principio de igualdad de trato (...) supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente (...)”. Otra Directiva posterior, Directiva del Consejo del 15 de diciembre de 1997 (97/80/CE), relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, puntualiza al respecto al expresar en artículo 1.1 “a efectos de la presente Directiva se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente”.⁴⁸

Así las cosas, se entiende por discriminación directa aquel tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable de una persona por razón de su sexo, raza, etcétera (SSTC 136/1996, y 198/1996).

⁴⁷ A su vez, en esta primera doctrina, *disparate treatment*, se acogen dos subdivisiones: *systemic disparate treatment* e *individual disparate treatment*, según el alcance general o individual de la práctica discriminatoria.

⁴⁸ Aranda Álvarez, Elviro, *op. cit.*, nota 28, p. 775.

Esta categoría diferencia a su vez entre discriminaciones abiertas y encubiertas. Las discriminaciones abiertas son las que explícitamente marcan un trato diferenciado entre hombres y mujeres, contrario a la igualdad legalmente reconocida, por ejemplo. Las discriminaciones encubiertas son aquellas en las que pese a que el sexo no es la *causa* explícitamente alegada para establecer la diferencia de trato, constituye el *móvil* que realmente guió la actuación o comportamiento empresarial, aunque aparezca formalmente revestida bajo una causa distinta.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) situará lo que entiende por discriminación directa en el asunto Dekker, C-177/88, del 8 de noviembre de 1990.⁴⁹ En el asunto concreto se llega a la conclusión de que el concepto de discriminación directa se caracteriza por el sometimiento a una persona a un trato diferenciado, desfavorable y perjudicial en razón de su sexo. Sin embargo, esta definición tiene su excepción en el artículo 2o. de la mencionada Directiva 76/207 sobre igualdad de trato en el que se señala tres ámbitos en los que, con carácter excepcional, el trato diferente por razón de sexo está indicado: ciertas actividades profesionales para las cuales la apariencia física o el sexo constituyen una condición determinante en razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio; la normativa protectora del embarazo y la maternidad, y las acciones positivas y la discriminación inversa para el fomento de la igualdad de las mujeres.

⁴⁹ En junio de 1981, la señora Dekker solicitó el puesto de instructora en el centro de formación de jóvenes adultos regido por el Stchting Wormingscentrum voor Jong Volwaseen (VJV Centrum). El 15 de junio de 1981, informó al comité que se ocupaba de las solicitudes que estaba embarazada de tres meses. No obstante, el comité propuso su nombre al consejo de dirección del VJV como la candidata idónea para el puesto. Sin embargo, el VJV informó a la señora Dekker que no sería nombrada para el puesto. El VJV alegó que si empleaba a la señora Dekker el asegurador no le reembolsaría la prestación diaria que el VJV tenía obligación de pagarle durante su permiso de maternidad y, como consecuencia el VJV no podría pagar una sustitución. El Tribunal expresó que “un empresario incurre en discriminación directa del principio de igualdad de trato expresado en el apartado 1 del artículo 2o. y el apartado 1 del artículo 3o. de la Directiva 76/297/CEE del Consejo del 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación, promoción profesional y a las condiciones de trabajo, si se niega a celebrar un contrato de trabajo con una candidata femenina a la que considera idónea para el trabajo cuando dicha negativa se base en las posibles consecuencias adversas que le pueda acarrear el hecho de emplear a una mujer embarazada, debido a que las normas de incapacidad laboral adoptadas por las autoridades públicas asimilan la incapacidad laboral por embarazo y parto a la incapacidad laboral por enfermedad”. Como este asunto tenemos otros de discriminación directa en el asunto Defrenne II (43/75), del 8 de abril de 1976; asunto J.P. Jenkins (96/80), del 31 de marzo de 1981 o asunto *Bilka-Kaufhaus GMBH* (170/84), del 13 de mayo de 1986, *ibidem*, pp. 776 y 777.

Por lo que se refiere a la discriminación indirecta, encontramos nuevamente en el derecho antidiscriminatorio norteamericano, en la teoría del impacto adverso o efecto adverso que se desarrolla a partir del asunto *Griggs vs. Duke Power Company* de 1971 y que, reiteramos, también tendremos oportunidad de comentar *in extenso* en el apartado correspondiente. No obstante, comentar que en el ámbito comunitario, se detalla con más detenimiento y precisión la denominada discriminación indirecta, en relación con la comentada discriminación directa. Así las cosas, por discriminación indirecta se entiende aquel tratamiento formalmente neutro, no discriminatorio o no intencionado, del que se deriva por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo (SSTC 145/1991, 147/1995).

La Directiva 97/80/CE del Consejo, del 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, dice en su artículo 2.2 ...existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo salvo que dicha disposición, criterio o práctica no resulte adecuada y necesario y pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a través de su labor jurisprudencial⁵⁰ ha podido perfilar los elementos que caracteriza a la discriminación indirecta, así tenemos que:

- Previamente, debe delimitarse la disposición, el criterio o la práctica afectada, y que se entiende que podría ser una discriminación indirecta.
- La naturaleza de la discriminación es colectiva, en la medida en que se valora no tanto el caso individual y concreto, sino más bien, el impacto adverso, que incide perjudicialmente en un grupo de individuos de determinadas características.
- El empleador debe demostrar que el criterio originador de la desigualdad no se puede justificar de manera objetiva, bien porque obedece a criterios totalmente ajenos a cualquier causa de discriminación, o bien por haberse respetado el principio de proporcionalidad.⁵¹

⁵⁰ Concretamente en los asuntos Defrenne II (43/75), del 8 de abril de 1976, asunto J.P. Jenkins (96/80), del 31 de marzo de 1981, asunto Grau-Hupka (297/93), del 13 de diciembre de 1994; asunto Lewark (C-457/93) del 6 de febrero de 1996 y asunto Kording (C-100/95), del 2 de octubre de 1997.

⁵¹ Durán y Lalaguna, Paloma, *op. cit.*, nota 14, p. 292.

Con todos estos elementos el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas define y entiende que existe una discriminación indirecta cuando *una disposición, criterio o práctica aparentemente neutral perjudica a una proporción substancialmente mayor de los miembros de un sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica sea apropiada y necesaria y se pueda justificar por factores objetivos no relacionados con el sexo.*

Como vemos, es el Tribunal de Justicia de la Unión Europea quien ha consagrado la prohibición de este tipo de discriminaciones indirectas, como discriminaciones no declaradas y no manifestadas literalmente, pero que pueden estar presentes en las normas, las sentencias, los actos administrativos o las actividades privadas, no siendo directamente discriminatorias en apariencia pero produciendo en la práctica efectos discriminatorios.⁵²

La prohibición de este tipo de discriminación ha tenido gran repercusión en el plano normativo y jurisprudencial, tanto a nivel comunitario como internacional, si bien son especialmente significativas las directivas en esta materia: DIR 75/177CEE; DIR 79/7 CEE, del 19 de diciembre de 1978; DIR 86/613CEE, y por último la DIR 97/80CEE del 15 de diciembre de 1997 que define claramente este tipo de discriminación fundada en el sexo ya sea en la jurisdicción social, administrativa o civil. También destacamos una serie de casos cuando se ha tratado de discriminación por razón de sexo: asunto Stad Lengerich y otros contra Angélica Helmig y otros C-399/1992 y asuntos Seymour Smith y Pérez contra el Reino Unido, C-167/1007; asunto H. Nimx contra Freie uns Hansestad Hamburg, C-184/89.

3. *Acción positiva no es discriminación positiva*

La discriminación positiva es entendida como un tratamiento preferencial en algunos campos como la promoción y contratación laboral. Ese elemento preferente es sólo un elemento de la acción positiva.

Así, una técnica distinta de las acciones positivas es la discriminación positiva o inversa⁵³ que adopta típicamente la forma de cuota.

⁵² Freixes, Teresa, *op. cit.*, nota 30, p. 622.

⁵³ Al decir de Rey Martínez, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Colección Miradas, núm. 1, México, Conapred, 2005, p. 75, el adjetivo “positiva” es intercambiable con el de “inversa” porque capta el mejor sentido de la figura: con discriminación “inversa” parece hacerse referencia, sobre todo, a la idea de compensación y de un turno distinto de las posibles víctimas del trato distinto y peor: antes las mujeres, ahora los varones. Discriminación positiva evoca, ante todo, la finalidad de la medida: igualar las oportunidades de un colectivo de mujeres determinado (y deja en la penumbra el costo de la medida sobre los varones simétricamente situados).

A través de las discriminaciones positivas se establece una reserva rígida de un mínimo garantizado de plazas, particularmente escasas y disputadas (de trabajo, de puestos electorales, de acceso a la función pública o a la universidad, etcétera), asignando un número o porcentaje en beneficio de ciertos grupos, socialmente en desventaja, a los que se quiere favorecer.

Caracteres de la discriminación positiva:

- a) Se establecen para supuestos muy concretos de discriminación racial, sexual, derivadas de discapacidades física o psíquicas, es decir, discriminaciones caracterizadas por ser transparentes e inmodificables para los individuos que las sufren, que son considerados por la sociedad de forma negativa o inferior.
- b) Se producen en contexto de “especial escasez”, es decir, puestos de trabajo, listas electorales, etcétera.
- c) No dejan de ser discriminaciones directas, es decir un trato diferente y perjudicial únicamente o razón del sexo, raza, etcétera.

De esta manera, tenemos:

- a) Que mientras las acciones positivas son deberes de los poderes públicos, las cuotas son una herramienta que tienen los poderes públicos en determinados casos y bajo ciertas condiciones y que pueden o no actuar, o hacerlo de un modo u otro.
- b) Necesidad: sólo podrá acudir a la regulación por cuotas cuando no sea posible lograr el mismo objetivo de equiparación en un sector social determinado y en un tiempo razonables a través de las medidas menos extremas de acción positiva.
- c) Objetividad: habrá de acreditarse objetiva y fehacientemente (a través de estadísticas comparativas) la desigualdad de hecho arraigada y profunda en el ámbito concreto de la realidad social de que se trate.
- d) Transitoriedad: la cuota tiene, por naturaleza, carácter transitorio. Su establecimiento y duración deberá limitarse estrictamente al periodo necesario para lograr la igualación de las condiciones de vida entre hombres y mujeres en el sector social donde el colectivo femenino estuviera subrepresentado.
- e) Legalidad: por afectar a una materia tan sensible para el Estado de derecho como son los derechos fundamentales, las discriminaciones positivas en el derecho público sólo podrían establecerse por ley.

En definitiva, las discriminaciones positivas son siempre en realidad, y a pesar de su finalidad presuntamente benigna (la igualdad de oportunidades de las

mujeres), discriminaciones directas, es decir, tratamientos jurídicos distintos y perjudiciales para alguien en razón de su sexo, por ejemplo.

Por el contrario, las medidas de acción positiva ni constituyen un trato perjudicial (aunque sea diferente) hacia los varones, por ejemplo, ni constituyen una excepción de la igualdad sino, precisamente, una manifestación cualificada de la misma.⁵⁴

Como vemos, en un tema como el que presentamos, es imprescindible que antes de entrar en consideraciones de valoración, tengamos claridad en la definición de los múltiples conceptos que conlleva el principio de igualdad y la prohibición de discriminación.

No es fácil la andadura por las políticas de acción positiva si no tenemos claridad en la terminología empleada y en la rigurosidad al emplearla.

IV. PUNTO DE PARTIDA

La igualdad de tratamiento no es suficiente y requiere integrar medidas que de algún modo recuperen el retraso acumulado en los diferentes actores.⁵⁵

No puede omitirse que la posición de salida en el mercado de trabajo, en el acceso a la educación, etcétera, ha sido diferente entre los sexos, entre las razas, entre otros. Existe una clara representación desigual de sexo en las diferentes profesiones o en la escala de posiciones laborales. De todo ello se deduce la necesidad de realizar un estudio sobre si las reglamentaciones y procedimientos existentes son garantes de la igualdad de trato o, en algún caso, tienen el efecto contrario.⁵⁶

V. VÍAS DE LAS ACCIONES POSITIVAS

Las acciones positivas son una vía para: 1. Mejorar la aplicación e interpretación tanto de los derechos civiles y políticos. 2. Mejorar los derechos económicos, sociales y culturales.

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 77 y 78.

⁵⁵ Una colección que recoge, de manera sencilla y práctica, muchos de los derechos reconocidos a estos actores, a los grupos vulnerables, Varios Autores, *Prevención de la violencia, atención a grupos vulnerables y los derechos humanos*, México, CNDH, 2003. Asimismo, en la misma tónica, recomendamos la lectura de la colección Varios Autores, *Nuestros derechos*, México, UNAM-Cámara de Diputados. LVII Legislatura, 2000.

⁵⁶ Fuente, D. de la (coord.), *Análisis de la negociación colectiva en la Comunidad Foral de Navarra desde la perspectiva de género*, Navarra, Pamplona, Instituto Navarro de la Mujer, Gobierno de Navarra, 1998, *cit.* por Durán y Lalaguna, Paloma, *op. cit.*, nota 14, p. 292.

De esta manera, las vías en el ámbito internacional están claramente ubicadas.

La promoción y protección de los derechos humanos en el derecho internacional⁵⁷ tiene su origen, en el ámbito universal, en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas del 26 de junio de 1945, aunque la referencia que se realiza es realmente escueta. En su preámbulo consagra como objetivos esenciales de la Organización la reafirmación de la fe en los derechos fundamentales y en la dignidad y valor de la persona humana, no obstante, casi la totalidad de su texto se ocupa del diseño de sus instituciones, dejando un espacio realmente reducido a la parte programática y a lo referente a la defensa de los derechos humanos.⁵⁸ No obstante, por el tema que nos atañe, se realiza expresamente una referencia a la no discriminación en su artículo 1o., párrafo 3, al afirmar que uno de los propósitos fundamentales de las Naciones Unidas será “promover y alentar el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales para todos sin distinción de raza, sexo, idioma o religión”. De esta manera tenemos que al ser la Carta un tratado internacional vinculante para las partes, el mencionado mandato de no discriminación en el goce y ejercicio de los derechos es de aplicación directa para los Estados miembros de las Naciones Unidas.

Como derivación del precepto mencionado de Naciones Unidas, en 1947 el Consejo Económico y Social, creado por el capítulo IX de la Carta de San Francisco, creó la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de Minorías como un órgano subsidiario de la Comisión de Derechos Humanos, a la cual se le encomendó la creación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, formula el derecho a la no discriminación no obstante, como texto programático de derechos humanos, no contiene explícitamente la referencia a las acciones positivas pero propone lo que se considera como eje de estas acciones:

1. Principio de igualdad. Artículo 8o. “...toda persona tiene derecho a un remedio efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la

⁵⁷ Para una lectura general de la discriminación en el contexto internacional, véase el documento de la Asamblea General de Naciones Unidas, *Medidas para combatir las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y las formas conexas de intolerancia*, A/RES/53/133, del 1o. de marzo de 1999.

⁵⁸ Burgenthal, Thomas, *Internacional Human Rights*, Minnesota, West Publishing, 1988, pp. 18 y 19.

ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley”, es decir, establece el remedio efectivo para los casos de violación o incumplimiento de los derechos. El principio de igualdad se traduce en la cláusula de no discriminación y ésta requiere de acciones positivas o medidas correctoras que sean necesarias para asegurar la igualdad y la no discriminación.

2. La obligación de la “comunidad” o de los poderes públicos de garantizar unos niveles mínimos de empleo, educación y subsistencia para todas las personas (entendiendo dentro del término subsistencia, el alimento, la vivienda y el vestido, según han asumido los autores tradicionalmente como “necesidades básicas materiales”, junto a la libertad de conciencia como “necesidad básica no material”).⁵⁹ De manera que si estos derechos básicos no están reconocidos, se establezcan las medidas y acciones necesarias para garantizarlos, de acuerdo con los artículos 23, 24 y 26 de la Declaración de 1948.

El Pacto de Derechos Civiles y Políticos adoptado el 16 de diciembre de 1966, con entrada en vigor el 23 de marzo de 1976 refuerza, en términos genéricos, la Convención de Naciones Unidas de 1948, así el Pacto establece:

1. El artículo 2o., establece la prohibición de ser discriminado en el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto.
2. El artículo 3o. expresa: “Los Estados parte en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto”, así, el derecho a la no discriminación se reviste con la fórmula de la igualdad en el goce de los derechos civiles y políticos de hombres y mujeres.⁶⁰
3. El artículo 20, párrafo 2, establece: la obligación de los Estados parte de prohibir mediante ley toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación. Es un mandato directo al legislador de desalentar toda posibilidad de hostilidad, odio y enfrentamiento entre los miembros de la sociedad que pueda traducirse en actos concretos de discriminación.

⁵⁹ Ballesteros, J., *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, Madrid, Tecnos, 1989 y *Derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1992; Durán, Paloma, *Manual de derechos humanos*, Granada, Comares, 1993.

⁶⁰ Esta disposición puede estar comprendida en el referido artículo 2o., en tanto que prohíbe cualquier disposición basada en el sexo, pero tiene una especial relevancia debido a que en la Declaración Universal no se había consagrado formalmente la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer.

4. El artículo 24 expresa: que todos los niños, sin discriminación, gozarán de las medidas de protección que su condición de menor requiere.
5. El artículo 26 señala: "...todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho, sin discriminación, a igual protección ante la ley", es decir, la igualdad se aplica a todos los derechos reconocidos en el Pacto, el derecho a una igual protección, sin ningún tipo de discriminación prohíbe todo tipo de disposiciones discriminatorias en las propias leyes; y obliga a los Estados a tomar medidas legislativas para asegurar la igual protección.⁶¹

El contenido y alcance de este derecho a la no discriminación y principio de igualdad, ha sido desarrollado por el Comité de Derechos Humanos creado por el propio Pacto, ello ha sido posible debido a que el Pacto y su Primer Protocolo Facultativo⁶² asignan al Comité una serie de atribuciones como son la de recibir y evaluar los informes de los Estados parte respecto del cumplimiento en el ámbito de su jurisdicción de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto; la de recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte no cumple con las obligaciones que le impone el Pacto, y la de recibir y considerar comunicaciones individuales en las cuales los individuos alegan que algún Estado parte vulneró sus derechos reconocidos por el Pacto.⁶³

El Comité de Derechos Humanos ha insistido que el artículo 26 debe ser interpretado ampliamente en el sentido de incluir, en el mandato de no discriminación, otros derechos y libertades. Asimismo, con respecto al tema de las acciones positivas, el Comité resolvió que del artículo 26 se deriva una obligación positiva por parte del Estado de hacer todo lo que esté a su alcance para combatir y eliminar la discriminación, lo que incluye tomar las medidas necesarias para eliminar los contextos de discriminación en los que ciertos grupos de personas se encuentran, por ello la implementación de medidas positivas que tengan como objeto revertir las situaciones de des-

⁶¹ Vogel-Polsky, E., *Las acciones positivas y los obstáculos constitucionales y legislativos que dificultan su realización en los Estados miembros del Consejo de Europa*, Estrasburgo, CDEG, 1987, trad. del Instituto de la Mujer, Madrid, 1988, p. 15, *cit.* por Durán y Laguna, Paloma, *op. cit.*, nota 14, p. 281.

⁶² El Primer Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue aprobado el 16 de diciembre de 1966 y entró en vigor el 23 de marzo de 1976 de manera paralela al Pacto.

⁶³ Torre Martínez, Carlos de la, *op. cit.*, nota 13, pp. 68 y 69.

ventaja en la que se encuentran ciertas personas en cuanto al goce y ejercicio de sus derechos.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contiene una cláusula de no discriminación idéntica a la expresa en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y a través de ella los Estados parte se obligan a garantizar el ejercicio de los derechos contenidos en el Pacto, sin discriminación de ningún tipo. El artículo 2o., párrafo 1, de este Pacto establece que los Estados se comprometen a garantizar los derechos hasta el máximo de los recursos económicos de que disponga y de manera progresiva. Ello ha provocado que los gobiernos interpreten que la obligación que adquieren de garantizar los derechos económicos, sociales y culturales no es inmediata, sino que queda condicionada a sus posibilidades económicas.

Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Dicha Convención fue elaborada por la Subcomisión para la Prevención de la Discriminación y Protección de Minorías tomando como base la Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1963. La Convención fue aprobada el 7 de marzo de 1966 y entró en vigor el 4 de enero de 1969.

El artículo 1o. de la Convención define la discriminación y así se toma como el prototipo del concepto de discriminación relativo a las distintas formas o manifestaciones de ésta, así como por los instrumentos que buscan eliminar la discriminación hacia ciertos grupos humanos. Se estructura con base en cuatro elementos esenciales: el primero define qué acciones son consideradas como constitutivas de discriminación (distinguir, excluir, restringir o preferir); el segundo indica bajo qué motivos estas acciones se considerarán discriminatorias (raza, color, linaje u origen nacional o étnico); el tercero se refiere a los resultados que tienen que producirse para considerar que existe una discriminación (anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales) y el cuarto establece los ámbitos o esferas en los cuales se prohíben las conductas discriminatorias (política, económica, social, cultural o cualquier otra esfera de la vida pública).⁶⁴

La Convención sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación Contra las Mujeres, aprobada en el seno de las Naciones Unidas en 1979 establece:

1. El artículo 3o. establece que los Estados tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el desarrollo y adelanto de la mujer, garanti-

⁶⁴ *Ibidem*, p. 75

zando el ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones respecto a los hombres.

2. El artículo 4o. incluye, por primera vez, una definición de acciones positivas al establecer que las medidas adoptadas para acelerar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, que tendrán carácter temporal, no se considerarán discriminación.

A estos instrumentos internacionales de ámbito universal, hay que añadirle los instrumentos jurídicos internacionales de ámbito regional como son los instrumentos contra la discriminación que forman parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación en contra de las Personas con Discapacidad, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer);⁶⁵ instrumentos contra la discriminación en el ámbito del Consejo de Europa (Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, la Carta Social Europea y Convención Marco para la Protección de las Minorías Nacionales) y la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, entre otros.

VI. LAS ACCIONES POSITIVAS

1. *Su impacto en la legislación*⁶⁶

Hoy por hoy, y ante situaciones de intolerancia muy palpables como las descritas en la introducción, debemos tener un objetivo primordial que es reivindicar medios de protección para salvaguardar las garantías individuales; fo-

⁶⁵ Precisamente en este ámbito regional, tenemos que destacar el Anteproyecto de Convención Interamericana contra el racismo y toda forma de discriminación e intolerancia y que como establece en su preámbulo, aunque el combate al racismo y la discriminación racial ha sido priorizado en un instrumento internacional anterior, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación Racial de 1965, es esencial que los derechos en ella consagrados sean reafirmados, desarrollados, perfeccionados y protegidos, a fin de consolidar en las Américas, con base en el respeto integral por los derechos de los seres humanos, el contenido democrático de los principios de la igualdad jurídica y de la no discriminación.

El documento aún está en un proceso de discusión importante desde el momento que hay dudas en si debe ser una Convención sobre Discriminación en general o sobre discriminación racial en particular; también se discute en torno a las apreciaciones y definiciones contenidas en los artículos o incluso si se incluye la orientación o preferencia sexual en el texto, cuestión que sería un hito al ser el primer instrumento internacional en reconocerlo.

⁶⁶ González Martín, Nuria, *op. cit.*, nota 7, pp. 320 y ss.

mentar, en definitiva, políticas de apoyo que beneficien a nuestros grupos desprotegidos o vulnerables.⁶⁷

Una política de protección y preferencia,⁶⁸ bien ejecutada, no descarta por un lado, identificar a un grupo, y por otro, proteger y dar oportunidades a ese grupo ya amparado.⁶⁹

⁶⁷ Son también las llamadas minorías pero entendidas en el sentido amplio que nos indica Colette Guillaumin, "Por minoritarios entenderemos, no aquéllos que serían forzosamente menores en número, sino más bien aquéllos que en una sociedad están en estado de 'menor poder', sea este poder económico, jurídico, político (...)". Guillaumin, Colette, "Femmes et théories de la société: Remarques sur les effets théoriques de la colère des opprimées", Guillaumin, *Sexe, Race et Pratique du Pouvoir*, París, Coté-femmes, p. 219, *cit.* por Osborne, Raquel, "Grupos minoritarios y acción positiva: las mujeres y las políticas de igualdad", *Papers. Revista de Sociología*, España, núm. 53, 1997, p. 66. Asimismo, véase Pérez Portilla, Karla, "Aproximaciones al concepto de 'minoría'", en Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo (coords.) *Derechos humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional III*, México, UNAM, Instituto Investigaciones Jurídicas, 2001, pp. 245-264; Díaz Muñoz, Eloisa, "El concepto de minoría. Su conexión con la alteración de la estructura de poder estatal", *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas*, Madrid, núm. 5, julio-diciembre 1995, pp. 241-251; Prieto Sanchís, Luis, "Igualdad y minorías", *ibidem*, pp. 111-128; Velasco Arroyo, Juan Carlos, "Derechos de las minorías en una sociedad demócrata multicultural (un esbozo provisional)", *ibidem*, pp. 361-381; González Galván, Jorge Alberto; Hernández, María del Pilar y Sánchez-Castañeda, Alfredo, "La pluralidad de los grupos vulnerables: un enfoque interdisciplinario", en Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo (coords.) *Derechos Humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional III*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, pp. 225-243.

⁶⁸ *Cfr.* las diversas opiniones mantenidas, en este sentido, en Blackstone, William T. y Robert Heslep (eds.), *Social Justice and Preferential Treatment*, Athens, University of Georgia Press, 1977; así como Goldman, Alan H, *Affirmative Action in Equality and Preferential Treatment*, Princeton, N. J., Princeton University Press, 1977.

⁶⁹ Tenemos posturas contrarias a la expuesta como son los argumentos de los comunitaristas, representados en la persona de Charles Taylor. Para Taylor, comprender los dilemas que implica el multiculturalismo supone reconocer la cuestión de la identidad y los problemas de reconocimiento. Véase, Taylor, Charles, *Argumentos filosóficos. Ensayos sobre el conocimiento, el lenguaje y la modernidad*, trad. de Fina Birulés Bertrán, Barcelona, Buenos Aires, México, Paidós, 1997, pp. 242 y 243. Es más, Taylor, nos destaca que "es necesaria una acción correctora a través de la igualación (...) el principio de la ciudadanía igualitaria que ha sido universalmente aceptado", *ibidem*, p. 304; en este sentido, decimos, ¿por qué no pudiera ser esa acción correctora la acción positiva? Según Taylor, no podría ser porque sería diferenciar y "la política de la diferencia está llena de denuncias de discriminación y de denegaciones de la ciudadanía de segunda clase", *idem*. Incluso, "la crítica de Taylor a la *affirmative action* radica principalmente en que se mantiene un "igualitarismo ciego" a la diferencia, lo que supone, desde esta perspectiva, no identificar y resolver el primer punto de conflicto en las sociedades multiculturales", Le Clerq, Juan Antonio, "¿Es más justa una sociedad multicultural a través de la discriminación inversa?", *Revista del Senado de la República*, vol. 2, núm. 5, octubre-diciembre 1996, p. 93.

Se propone, en este momento, realizar un recorrido que transite de la Igualdad de trato⁷⁰ a la prohibición de discriminación, de ahí (a través de leyes secundarias) a la igualdad de oportunidades y de esta, a políticas de *affirmative action*, es decir acciones positivas⁷¹ en las que se iguale las condiciones del punto de partida.⁷²

Tenemos entonces que:

1. Un trato igualitario, a través del principio de igualdad,⁷³ resulta insuficiente porque no todas las personas han tenido las mismas posibilidades de recibir educación, capacitación laboral, etcétera y estaríamos ante una desigualdad, como decimos, del punto de partida.

⁷⁰ Véase, Vogel-Polsky, Eliane, *op. cit.*, nota 10, p. 235.

⁷¹ Acciones positivas que en muchas ocasiones resultan insuficientes como medidas de discriminación positiva pero son punto de partida en el diseño de políticas de igualdad.

⁷² González Martín, Nuria, *op. cit.*, nota 12, pp. 383-401.

⁷³ España dispone de una extensa bibliohemerografía general sobre el principio de igualdad y no discriminación. En este sentido aconsejamos la lectura de Alonso García, E., "El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española", *Revista Administración Pública*, núms. 100-102, 1983, pp. 179-195; López Rodó, L., "El principio de igualdad en la doctrina del Tribunal Constitucional", *ibidem*, pp. 331-347; Rabossi, E. "Derechos humanos: el principio de la igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 31, 1991, pp. 9-36; Ollero Tassara, A., "Relevancia constitucional de la igualdad", Varios Autores, *Funciones y fines del derecho*, Murcia, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 12, pp. 543-553; Terol Becerra, Ma. J., "Acerca del principio de igualdad", *Temas Laborales*, núm. 29, 1993, pp. 79-97; Suay Rincón, J., *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Madrid, IEAL, 1985; Rey Martínez, F., *op. cit.*, nota 53; Varios Autores, *El principio de igualdad en la Constitución Española. XI Jornadas de Estudio*, Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, vols. I y II, 1991; Rodríguez-Piñero, M. y Fernández López, Ma. F., *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986; Fernández López, Ma. F., "Igualdad y no discriminación por razón de sexo: planteamiento constitucional", Aparicio, J. y Baylos, A., *Autoridad y democracia en la empresa*, Madrid, Trotta, 1992, pp. 5-155; "La igualdad y la discriminación en la jurisprudencia constitucional", en Alarcón Caracuel, M. (coord.), *Constitución y derecho del trabajo*; 1981-1991, *op. cit.*, pp. 161-248; "La discriminación en la jurisprudencia constitucional", *Relaciones Laborales*, núms. 3-4, 1993, pp. 8-35; Jiménez Campo, J., "La igualdad jurídica como límite frente al legislador", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, 1983, pp. 71-114; Serrano González, A., *El principio de igualdad ante la ley en la jurisprudencia del TC Zaragoza*, IFC, 1985; Suárez González F., "El principio de igualdad en la Constitución", Varios Autores, *Jornadas sobre cuestiones actuales de enjuiciamiento laboral*, Madrid, IELSS, 1985, pp. 219-230; Cano Mata, A., *El principio de igualdad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Madrid, Editorial de Derecho Privado, 1983; Lucas Verdú, P., "El valor constitucional de la igualdad y la condición femenina", *Revista Política Comparada*, núm. 7, 1981, pp. 27-48; Barrére Unzueta, Ma. Ángeles, *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de mujeres*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 19 y ss.; Giménez Gluck, D., *op. cit.*, nota 15.

2. Una prohibición de discriminación,⁷⁴ muy diferente del principio de igualdad, como garantía constitucional, que no tiene, realmente, significado si además de constituir un principio, no formula una obligación, por parte del Estado o incluso del sector privado, de actuar, de proteger, promover y compensar a los grupos vulnerables por aquellas discriminaciones “históricas”⁷⁵ y a veces “no tan históricas”.
3. Una igualdad de oportunidades, que hay que construir diferenciadamente, que nivele igualdad como medida de justicia social con un beneficio común.⁷⁶
4. Y por último y ante el aumento de discriminaciones, debemos reclamar acciones positivas que traten de paliar las desigualdades de hecho y de derecho, con un doble objetivo: *a)* encontrar niveles de igualdad plenos para un sector de la sociedad discriminada históricamente (con un factor de temporalidad), *b)* Igualdad sustancial.⁷⁷ material o de hecho en los resultados, no sólo una mera igualdad formal.⁷⁸

⁷⁴ “Las reglas de no discriminación no son suficientes para salvaguardar los derechos del hombre y son completadas posteriormente con derechos especiales y normas de tratamiento preferencial, aplicados tanto a los miembros de grupos individualmente considerados, como a las propias colectividades. La ‘internacionalización’ de los derechos del hombre se vuelve más controvertido a partir del momento en que se exige a los Estados la concretización de medidas de ‘discriminación positiva’ y no sólo una simple obligación de *non facere* resultante del individualismo liberal”, Morais Pires, María José, “A ‘discriminação positiva’ no direito internacional e europeu dos direitos do homen”, *Documentação e Direito Comparado. Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, março de 1996, p. 16.

⁷⁵ Se razona así discriminaciones que surgieron y que han perdurado en el tiempo como es el caso de los negros, esclavizados y estigmatizados, asimismo el caso de las mujeres.

⁷⁶ Véase el contenido de la Recomendación 84/635/CEE, del 13 de diciembre de 1984; Directiva 2000/43/CE, del Consejo, del 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (DOCE del 19 de julio de 2000); Directiva 2000/78/CE, del Consejo, del 27 de noviembre de 2000, relativa a la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DOCE del 2 de diciembre de 2000), entre otras.

⁷⁷ La igualdad sustancial, como principio, afecta a la distribución de bienes, servicios, cargas y poder en la sociedad, exige la transformación de la estructura productiva, económica y social de un Estado para hacer frente, de esta forma, a todas las situaciones de desigualdad y a las causas que la provocan. Es el compromiso de los poderes públicos de construir, aunque sea de una forma gradual, una sociedad diversa a la actual. Rodríguez Piñero, Miguel, *op. cit.*, nota 26, pp. 404 y ss. Son derechos a la compensación de las desigualdades. Véase Añón, María José, *op. cit.*, nota 25.

⁷⁸ Igualdad formal como un derecho fundamental que tiene todo ciudadano a obtener un trato igual y que vincula directamente a los poderes públicos sin que sea necesario que exista desarrollo legislativo para solicitar su plena aplicación. Son derechos a la diferencia. Para estudiar la diferencia dentro de la igualdad formal entre igualdad ante la ley e igualdad en la ley,

Este último punto se traduce en la idea de ir más allá de una simple obligación de *non facere* del Estado (prohibición de discriminación) sino en establecer un principio de igualdad de oportunidades con una doble vertiente: *vertiente subjetiva* con la prohibición de discriminaciones directas e indirectas;⁷⁹ y una *vertiente objetiva* con acciones positivas encaminadas hacia la consecución de la igualdad real.

Ma. Ángeles Barrére Unzueta nos explica que

(...) los dogmas, a veces, siguen funcionando como mitos. Viene esto en relación a que, aunque es frecuente que las normas jerárquicamente más altas e importantes de los ordenamientos jurídicos modernos (sean Constituciones o Declaraciones de Derechos) incluyan la prohibición de la discriminación, esto no significa que los ordenamientos en cuestión anulen con ello, en una especie de operación performativa, su condición de instancia discriminatoria y, mucho menos que adquieran una especie de bula o inmunización respecto a posibles normas discriminatorias futuras.⁸⁰

Es más, nos continúa diciendo que

(...) la inclusión y el desarrollo de un derecho antidiscriminatorio no actúa a modo de alquimia que transforme 'coherentemente' todo el derecho positivo en antidiscriminatorio o, simplemente, en no discriminatorio (...) el derecho

véase Giménez Gluck, David, *op. cit.*, nota 15, pp. 23-32; Santamaria Ibeas, J. J., "El principio de igualdad en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas*, Madrid, año II, julio-diciembre 1995, núm. 5, pp. 329-359.

No obstante, queremos aprovechar para definir aquí que es igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La igualdad ante la ley es propia de la aplicación de la ley, es una regla dirigida y aplicada fundamentalmente por los jueces. La igualdad en la ley es un mandato dirigido principalmente al legislador para que regule las diversas situaciones sin hacer discriminaciones. Véase en ese sentido, también a Ollero, Andrés, *Derechos humanos. Entre la moral y el derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 98 y ss.

⁷⁹ Se entiende por discriminación directa: cuando una persona es tratada de forma diferente, por lo general menos favorable, por razón de su sexo, raza, etcétera, o por motivos inseparablemente unidos al sexo, la raza, etcétera. Discriminación indirecta (*disparate impact*, tal y como se contempla en la legislación norteamericana): Cuando se usa un criterio no definitivo que, sin embargo, tiene el efecto de desfavorecer al grupo en cuestión; por ejemplo, diferencia de salarios en trabajos tiempo completo y parcial siempre y cuando éste último siempre esté constituido por mujeres. La intención califica a la discriminación directa, el resultado califica a la indirecta. Véase Añón María José, *op. cit.*, nota 25, pp. 29-31.

⁸⁰ Barrére Unzueta, Ma. Ángeles, *op. cit.*, nota 73, p. 34.

positivo no sólo constituye una instancia discriminadora sino que en la medida en que no reconozca y actúe contra discriminaciones sociales, se convierte en una instancia reproductora o consolidadora de discriminación (...) el derecho puede discriminar por comisión y por omisión.⁸¹

Así, la doctrina más importante en este terreno, reitera, sencillamente, que cualquier carta magna que se precie no debe permanecer anclada en el principio de no discriminación sino que debe seguir avanzando en esa misma línea, promoviendo una legislación que potencie programas destinados a la erradicación de aptitudes discriminatorias;⁸² programas que fomenten una capacitación laboral; incentivos fiscales para aquellas empresas que actúen estableciendo alguna medida activa (cuotas, capacitación, formación de grupos desprotegidos), sistemas de becas para el acceso a la educación, etcétera.

Por otro lado, y siempre tratando de sustentar y fundamentar las políticas de *affirmative action*, tenemos que insistir en la idea de que una sociedad justa necesita reconocer y acomodar las diferencias sexuales, raciales, etcétera, para neutralizarlas como barreras a la igualdad de oportunidades para la consecución de los logros personales;⁸³ la cuestión será la de identificar qué diferencias han de ser jurídicamente relevantes para constituir una discriminación,⁸⁴ teniendo extremo cuidado en el “poder” y “discrecionalidad” que se

⁸¹ *Idem*.

⁸² El derecho comparado, en especial la situación de los Estados Unidos de América con respecto a su Ley de Derechos Civiles de 1964, nos da muestra de que un sistema de sanciones, coactivas, punitivas no dio resultados a la hora de acabar con actos discriminatorios, sin embargo, incentivos fiscales o incentivos en forma de contratos, realmente lucrativos, con la administración pública si fue reacción para “motivar” a las empresas, v.g., a contratar a individuos de los grupos minoritarios.

En el sistema norteamericano, las medidas de acción positiva son voluntarias para las administraciones públicas y el sector privado que deseen emprender planes de este tipo; son obligatorias, en cambio, para aquellas empresas que deseen obtener un contrato del gobierno federal y, por último, adquirirán la condición de coercitivas, tanto para el sector público, como privado, si se impone como sanción por un tribunal ante la comisión de una conducta discriminatoria. Véase Sierra Hernaiz, Elisa, *Acción positiva y empleo de la mujer*, Madrid, Consejo Económico y Social, 1999, p. 42. Para una mayor información acerca de la constitucionalidad de la acción positiva según su origen público o privado, véase Giménez Gluck, David, *op. cit.*, nota 15, pp. 120-152.

⁸³ Sáez Lara, Carmen, *Mujeres y mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas*, Madrid, CES, Colección Estudios, 1994, p. 24.

⁸⁴ Kay, H.H., *Sex-based Discrimination. Test Cases and Materials*, 3a. ed., West Publishing Co., St. Paul Minn, 1988, p. 56, *cit.* por Sáez Lara, Carmen, *ibidem*, p. 24.

les da a los jueces encargados de interpretar la llamada cláusula constitucional de igualdad.⁸⁵

Hasta ahora, el tema se ha tratado como una igualdad formal o jurídica según la cual las diferencias deben ser reconocidas, para ser respetadas y garantizadas. Son derechos a la diferencia, es decir, a ser uno mismo y a seguir siendo personas diferentes a las demás, no es cuestión de estigmatizar y/o victimizar.

No se necesitan ni buenas palabras ni buenas intenciones, sino “instar a las autoridades competentes que determinen una buena y efectiva legislación para proporcionar verdaderas medidas de protección, medidas positivas, acciones positivas”,⁸⁶ que tengan una aptitud activa, no meramente enunciativa ni de observación, que no se incurra en lo que Luigi Ferrajoli denomina *falacia garantista*, que consistiría en creer que bastan las buenas razones del derecho y las buenas técnicas jurídicas de protección para poner los derechos a salvo.⁸⁷

A través de la *tutela antidiscriminatoria*,⁸⁸ los Estados adoptan acciones positivas dirigidas a la erradicación de las discriminaciones, desde dos vertientes fundamentales:

1. Actuaciones encaminadas a identificar discriminaciones directas e indirectas; labor realizada por los jueces que se plasma en sus sentencias, en sus precedentes jurisprudenciales.
2. Actuaciones dirigidas a eliminar la discriminación socio-estructural aumentando la presencia de grupos discriminados; labor realizada por los poderes normativos, la Administración.⁸⁹

⁸⁵ Carbonell, Miguel, “La reforma constitucional en materia indígena. Un primer acercamiento”, en Carbonell, Miguel (coord.) *La reforma constitucional en materia indígena: un comentario*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2002 (en prensa).

⁸⁶ Ballestrero, María Vittoria, *op. cit.*, nota 26, pp. 96 y ss. Recomendación 84/635/CEE.

⁸⁷ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1997.

⁸⁸ Destacamos que la tutela antidiscriminatoria o “la expresión ‘derecho antidiscriminatorio’ (traducción de la inglesa *anti-discrimination law*) todavía no resulta excesivamente familiar (al menos para la comunidad jurídica hispanohablante) (...) Prescindiendo ahora de antecedentes decimonónicos, lo que hoy se entiende por derecho antidiscriminatorio contemporáneo o moderno se origina en los Estados Unidos de Norteamérica tras la finalización de la segunda guerra mundial, con el fin de afrontar las revueltas protagonizadas fundamentalmente por las personas de color o más exactamente, negras”, Barrère Unzueta, Ma. Ángeles, *op. cit.*, nota 73, p. 35.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 37.

La tutela antidiscriminatoria⁹⁰ y las acciones positivas son una forma de diferenciación para la igualdad,⁹¹ bien realizadas a través de los objetivos —*goals*— o cuotas.⁹²

- Los objetivos, por un lado, marcarían un programa de acción positiva no cuantificada.
- Las cuotas, por otro lado, establecen una reserva de un mínimo garantizado de plazas, lograda por varios procedimientos.

No obstante, hay que decir que la verdadera *acción positiva* se hace con cuotas porque los objetivos son indicativos y no obligan realmente a adoptar medidas de acción positiva.⁹³

Ante igualdad de calificación, las acciones positivas optan por el representante del grupo protegido, pero el nivel de desempeño debe seguir siendo su elemento crucial de selección.⁹⁴ Es un régimen de cuotas que depende de la aptitud de los candidatos.⁹⁵

No perdamos de vista la justificación de las políticas de compensación, por ello insistimos en que nada en las medidas de acción positiva propugna el cambio de posición o de poder. No se trata de cambiar la discriminación en la figura de otros individuos, de que sean otros los discriminados, sino que la consecución o logro de las metas de las acciones positivas desactiven la discriminación, su aplicación. Se trata de “ceder” por el bien de la comunidad, por el beneficio común. Una solución buena para todos implica que pueda ser más justa para unos que para otros.

⁹⁰ Para más información al respecto, véase Rodríguez-Piñero, Miguel y Fernández López, Ma. Fernanda, *op. cit.*, nota 73, p. 81.

⁹¹ Ruiz Miguel, Alfonso, “Discriminación inversa e igualdad”, en Valcárcel, Amelia (comp.), *El concepto de igualdad*, Madrid, Pablo Iglesias, pp. 77-93, esp. p. 79, *cit.* por Osborne, Raquel, *op. cit.*, nota 67, p. 68.

⁹² Rosenfeld, Michel, *Affirmative Action and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*, Yale University Press, New Haven and London, 1991, p. 45. “En el contexto de la *affirmative action*, muchos creen que los objetivos son buenos, pero las cuotas son malas”.

⁹³ Ruiz Miguel, Alfonso, *op. cit.*, nota 91, p. 81, *cit.* por Osborne, Raquel, *ibidem*, pp. 68 y 69 y Rodríguez, Marcela V. “Igualdad, democracia y acciones positivas”, en Facio, Alda y Fries Lorena (eds.), *Género y derecho*, Madrid, Lom Ediciones, pp. 255 y ss. Véase, asimismo, Ballestrero, María Vittoria, *op. cit.*, nota 26, p. 92.

⁹⁴ Lamas, Marta, *La perspectiva de género: una herramienta para construir equidad entre mujeres y hombres*, México, DIF, 1998, p. 130.

⁹⁵ Barbera, Marzia, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto de lavoro*, Milán, . Giuffrè, 1991.

2. Referencia y aproximación al marco jurídico mexicano

A. Principio de igualdad y no discriminación

El principio de igualdad y no discriminación constituye un principio general, básico y fundamental regulado a nivel internacional, nacional y autonómico o estatal, según la configuración jurídica del Estado.⁹⁶ Un principio toral en el que destacamos como papel primordial aquellos avances relativos a la protección internacional de los derechos humanos.⁹⁷

Así, en el ámbito regional, y tal y como ya pudimos constatar, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (en adelante Declaración Americana) en su preámbulo parte de la premisa que “todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos”,⁹⁸ de igual manera, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH),⁹⁹ ha

⁹⁶ En el orden internacional, véase la reflexión que realiza Toro Huerta, Mauricio Iván del, “La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en la era de la mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXXVIII, núm. 112, enero-abril 2005, pp. 325 y ss.

⁹⁷ Comité de Derechos Humanos, Observación General núm. 8, No discriminación, párrafo 1.

⁹⁸ Tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han indicado que la Declaración Americana es una fuente de obligaciones internacionales para los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10/89, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dentro del Marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 14 de julio de 1989, Serie A, núm. 10 (1989), párrs. 35-45; Comisión Interamericana Derechos Humanos, James Ferry Roach y Jay Pinkerton c. Estados Unidos de América, Caso 9647, Res. 3/87, 22 de septiembre de 1987, Informe Anual 1986-1987, párrs. 46-49, Rafael Ferrer-Mazorra y Otros c. Estados Unidos de América, Informe núm. 51/01, caso 9903, 4 de abril de 2001. Véase también el Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su artículo 20; *cit. por* Dulitzky, Ariel E., “Algunas aproximaciones al marco jurídico de la igualdad y la no-discriminación en el derecho internacional de los derechos humanos”, Zerbini, Renato, Ribeiro, Leao *et al.*, *Os rumos do directo internacional dosdireitos humanos: ensayos em homenagem ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade: (Liber amicorum Cançado Trindade)*, Porto Alegre, Fabris, 2005, 6 vols.

⁹⁹ En torno a la participación de México ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, véase el interesante artículo de Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “Algunos aspectos de la participación de México ante los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 9, julio-diciembre 2003, pp. 3 y ss. Véase, asimismo, García Ramírez, Sergio, *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2a. ed., México, UNAM, 2006, vols. I y II. Cançado Trindade, Antônio Augusto y Ventura Robles, Manuel E., *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 3a. ed., San José, Costa Rica, ACNUR-CORTE IDH, 2005.

indicado que el principio de no discriminación es uno de los pilares de cualquier sistema democrático y una base fundamental del sistema de protección de los derechos humanos instaurado en la Organización de Estados Americanos (en adelante OEA).

Por su parte, en el ámbito universal, la Declaración Universal de Derechos Humanos también estipula el mismo presupuesto al decir que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. En el contexto de la Carta de las Naciones Unidas el concepto de respeto universal de los derechos humanos está indisolublemente asociado al principio de no discriminación.

La normativa internacional, como mencionamos, sin lugar a dudas cumple una misión de gran relevancia al subrayar constantemente la obligatoriedad de cumplir con el compromiso creado por el Estado al concluir y firmar un determinado convenio internacional, ya sea de ámbito universal o regional, y al exigir que estas disposiciones sean parte del derecho interno, del derecho estatal.

En este sentido queremos destacar el contexto mexicano en éste ámbito a raíz de la reforma constitucional de 2001, la cual dio un giro —no todo lo intenso o profundo que hubiéramos deseado— al principio de igualdad y no discriminación. Una reforma que lejos de cerrar el debate en la materia, lo deja abierto dadas las cuestiones pendientes de solventar.

La reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 14 de agosto de 2001, denominada reforma indígena, en el que se adiciona un segundo y tercer párrafos al artículo 1o., se reforma el artículo 2o., se deroga el párrafo primero del artículo 4o., se adicionan un sexto párrafo al artículo 18 y un último párrafo a la fracción tercera del artículo 115; pretende actualizar e incluso superar una serie de cuestiones de gran relevancia para el país y de gran controversia y discusión.¹⁰⁰

100 En cuanto al debate suscitado, véase Cossío, José Ramón, “La reforma constitucional en materia indígena”, *Documento de Trabajo*, México, núm. 21, Departamento Académico de Derecho, ITAM, 10 de septiembre de 2001.

En torno al tema de las minorías, véase en Luigi Ferrajoli, una distinción de gran controversia entre derechos sociales y derechos de las minorías: dentro del Estado social de derecho todavía no se ha desarrollado una estructura garantista que permita vigilar y corregir las violaciones de los *derechos sociales*. Esta cuestión, suscita un debate de mucha actualidad como es la revaloración de las diversas identidades nacionales y su convivencia dentro de una unidad estatal. Derecho de las minorías: debe darse un estatuto jurídico diferenciado para ciertas identidades nacionales o minorías y quizá sea la única forma de garantizar la convivencia futura de varios Estados aparentemente consolidados. Véase Luigi Ferrajoli, *op. cit.*, nota 87.

El artículo 1o., párrafo tercero, constitucional expresa lo siguiente: “Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”. Asimismo, la derogación del párrafo primero del artículo 4o. constitucional¹⁰¹ implica que el mencionado artículo, tras esta reforma, comience diciendo: “El varón y la mujer son iguales ante la ley”. Se instaura como un nuevo concepto para la carta magna mexicana de 1917, por un lado, un principio de prohibición de discriminación y por otro lado, se conserva un principio de igualdad. El primero de ellos nos revela una situación de non facere del Estado (prohibición de discriminación), el segundo nos indica una situación eminentemente pasiva (proclamación, simplemente, de igualdad de trato).¹⁰² ¿No habrá otra opción como bien pudiera ser una actitud activa que implique potenciar niveles de igualdad? Este es el punto al que queremos llegar, a través de un discurso lo más fundamentado posible y lo menos controvertido también, acerca de las políticas de *affirmative action*¹⁰³ o acciones positivas.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación no ha esperado demasiado para pronunciarse acerca de cuestiones pendientes de la “reforma indígena”; véase Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en revisión 173/2002. 10 de julio de 1002. Unanimidad de votos. Ponente Lucila Castelán Rueda. Secretario: Rafael Andrade Bufanda. Los poderes públicos tienen la obligación constitucional de garantizar que todas las personas que se encuentren en una misma situación de hecho sean tratadas igual, sin privilegio, ni favoritismo alguno. El Tribunal del Poder Judicial de la Federación también se ha manifestado en torno a las cuestiones que incumbe al artículo 2o. constitucional reformado.

¹⁰¹ Como comentario decir que este artículo 4o. tuvo su última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de enero de 1992; dicho precepto, en su primer párrafo, contenía una parte de las disposiciones que actualmente tiene el artículo 2o.

¹⁰² González Martín, Nuria, “La reforma constitucional en materia indígena: el principio de igualdad, la prohibición de discriminación y las acciones positivas”, en Carbonell, Miguel y Pérez Portilla, Karla (coords.), *Comentarios a la reforma constitucional en materia indígena*, México, UNAM, Instituto Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 89-109.

¹⁰³ El origen de la *affirmative action* o de la acción positiva, tal y como se ha traducido la expresión, hay que situarlo en el sistema jurídico norteamericano. El nacimiento de las acciones positivas se debe a la historia de discriminación racial, y también sexual, en los Estados Unidos de América desde su constitución como nación. “Es una historia por la lucha de los derechos civiles, que tuvo como punto de partida el trato discriminatorio y dispar que tradicionalmente han recibido, entre otros, la comunidad negra y las mujeres, lo que justifica la intervención pública para acabar con esa situación y remediar sus efectos”, Turner, R. *The Past and Present of Affirmative Action*, Nueva York, Quórum Books, 1991, pp. 1 y ss., *cit.* por Sierra Hernaiz, Elisa, *op. cit.*, nota 82, pp. 33 y 34.

B. *Reforma constitucional mexicana en la legislación*

Los dos artículos reformados en comentario (artículo 1o., párrafo tercero y artículo 4o., párrafo primero), en un caso una adición y en el otro una derogación, pretenden, sin lugar a dudas, actualizar, acomodar y sobre todo prevenir y eliminar cualquier forma de discriminación que se ejerza contra cualquier persona; ello constituye, definitivamente, un avance, pero aún podemos y debemos exigir mejoras en esa búsqueda hacia la igualdad sustancial, material o de hecho, no sólo igualdad formal,¹⁰⁴ a través del desarrollo de la prohibición de discriminación, establecida en la Constitución, en la legislación secundaria promoviendo una ley y reglamento de prevención y eliminación de discriminaciones.¹⁰⁵

La prohibición de discriminación del artículo 1o., párrafo tercero, se expresa para un número elevado de causas discriminatorias por antonomasia, comenzando por las ya tradicionales como el origen étnico o nacional, el género, la edad, la discapacidad (capacidades diferentes), religión y opiniones, y otras no tan tradicionales como condición social o económica, las condiciones de salud, las preferencias (entendemos que las sexuales), el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos fundamentales y la igualdad de las personas, tanto de hecho como de derecho.

En el último inciso, el legislador deja abierta la relación y así bien se podría incluir, en su momento, cualquier otro tipo de discriminación que hubiera quedado en el olvido o simplemente, cualquier otro tipo de discriminación que se genere “repentinamente”.¹⁰⁶

Hoy por hoy, y ante situaciones de intolerancia muy palpables, debemos tener un objetivo primordial que es reivindicar medios de protección para

104 González Martín, Nuria, “El principio de igualdad y los sistemas de protección y garantías en la Constitución Española de 1978: especial referencia a la situación jurídica de la mujer”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXIV, núm. 102, septiembre-diciembre 2001, pp. 791 y ss; Barrère Unzueta, Ma. Ángeles, *op. cit.*, nota 73; Gude Fernández, Ana, “El principio de igualdad: a propósito de las discriminaciones y acciones positivas (una visión europea)”, *Parlamento y Constitución*, año 2001, núm. 5.

105 El camino apenas se empieza a recorrer pero se hace con acciones como la Ley, aprobada el 27 de abril de 2005, en el que se aprueba por unanimidad en el Senado de la República, la Ley para la Igualdad entre Mujeres y Hombres y cuyo objetivo es que el Estado sea garante de este derecho fundamental.

106 Tal y como hacíamos referencia a un tema novedoso como las llamadas discriminaciones genéticas. Véase González Martín, Nuria, “Igualdad y discriminación genética”, en Muñoz Medrano de Alba, Marcia (coord.), *Temas selectos de derecho y salud*, México, UNAM, Instituto Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 139-151.

salvaguardar las garantías individuales; fomentar, en definitiva, políticas de apoyo que beneficien a nuestros grupos desprotegidos o vulnerables.

Así tenemos, tal y como declarábamos, que la carta magna mexicana no debe permanecer anclada en el reciente principio de no discriminación sino seguir avanzando en esa misma línea, promoviendo una legislación que potencie programas destinados a la erradicación de aptitudes discriminatorias: programas que fomenten una capacitación laboral; incentivos fiscales¹⁰⁷ para aquellas empresas que actúen estableciendo alguna medida activa (cuotas, capacitación, formación de grupos desprotegidos), sistemas de becas¹⁰⁸ para el acceso a la educación, etcétera.

Ante este panorama, México ha orientado su política legislativa a proteger los derechos fundamentales de las personas desde diferentes aristas, así encontramos la expedición de una serie de leyes que han dado un giro importante al tratamiento de la igualdad de trato y la igualdad en las oportunidades, de esta manera, podemos mencionar las siguientes: Ley de Asociación Religiosa y Culto Público, que reconoce tanto los derechos de las personas a profesar cualquier religión como los derechos constitucionales de los ministros de cualquier culto religioso; la Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores, en la que se denuncia específicamente que tener 60 años causa exclusión de muchas actividades productivas; la Ley de la Comisión para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, que atiende desde el Poder Ejecutivo la marginalidad en que se encuentran los integrantes de los grupos indígenas en México; la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes que se promulgó en mayo de 2000 a propósito de la reforma mencionada de la Constitución en su artículo 4o.¹⁰⁹ y, por último, la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres.¹¹⁰

Al decir de Rincón Gallardo, la ley mexicana representa un avance legal e institucional para los estándares de la región e, incluso, se considera como

¹⁰⁷ Artículo 2o., apartado B, inciso VII.

¹⁰⁸ Artículo 2o., apartado B, inciso II.

¹⁰⁹ Peña Gómez, Angélica de la, "Discriminación y cohesión social en América Latina", *Memorias del Foro Internacional sobre la No Discriminación. Los desafíos económicos, fiscales y judiciales de la implementación de leyes anti-discriminación en Latinoamérica y el Caribe*, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación–Banco Interamericano de Desarrollo, México, 2006, p. 184.

¹¹⁰ Como dijimos, aprobada por unanimidad el 27 de abril de 2005 por el Senado de la República, *Diario Oficial de la Federación* del 2 de agosto de 2006.

una legislación de vanguardia internacional.¹¹¹ Se podría así, subrayar la importancia de la norma mexicana como un modelo que puede derivar lecciones para otras naciones; sin embargo, desde otra perspectiva es necesario señalar que la ley en sí es un instrumento que necesita perfeccionarse con el paso del tiempo en función de la práctica cotidiana.¹¹²

México, en esa vía como decimos, ha expedido por otra parte una gran ley, la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación (LD)¹¹³ publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 11 de junio de 2003, una ley que ha nacido con la firme vocación de ser un instrumento de lucha contra la discriminación, en todas sus modalidades, en México; una ley que nace con las mejores intenciones y que quizá no terminará con todas las expresiones discriminatorias pero sí suministrará un instrumento más para ponerlas de relieve, prevenirlas y evitarlas. La LD se dicta en desarrollo del párrafo 3, artículo 1o. constitucional y no es una ley más, es innovadora no sólo desde el punto de vista de la técnica sino de la política legislativa,¹¹⁴ una ley que permita influir en la sociedad con acciones concretas con el ob-

111 En esa tónica y en el camino hacia el avance y combate de las desigualdades por razón de sexo, por ejemplo, tenemos que destacar que ya surgió una controversia constitucional en relación con las cuotas electorales en el estado de Coahuila. La Suprema Corte de Justicia de la Nación resuelve sobre la redefinición constitucional del principio de igualdad. El Partido de Acción Nacional (PAN) presentó una acción de inconstitucionalidad (02/2002) en contra de la ley electoral del estado de Coahuila. Entre las cuestiones de invalidez, está la inconstitucionalidad del sistema de cuotas en materia electoral y el alegato se funda, principalmente, en que la acción positiva es violatoria al principio de igualdad.

Por ocho votos a favor y dos en contra, la Suprema Corte de Justicia de la Nación decidió que los artículos impugnados, 20, 21 y 26, no transgreden el principio de igualdad entre hombres y mujeres, ya que en el caso de que algún partido político o coalición se excediera del 70% de un mismo género, la única consecuencia sería que la primera diputación de representación proporcional se otorgue a alguien del género subrepresentado. Ello, por supuesto, no se aleja y ni siquiera va en contra del principio de igualdad establecido en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que los partidos políticos están obligados a impulsar la equidad de género, lo que significa la efectiva incorporación a la vida política de las mujeres y así se reafirma el principio de reconocer las diferencias entre los géneros y fortalece el principio al permitir tratar en forma diferenciada a los diferentes.

112 Rincón Gallardo, Gilberto, "Introducción", *Memorias del Foro Internacional sobre la no discriminación...*, *op. cit.*, nota, 109, p. 19.

113 González Martín, Nuria, "Principio de igualdad y no discriminación: referencia al marco constitucional mexicano y a la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación", *ibidem*, pp. 75 y ss.

114 Acerca de la Comisión Ciudadana de Estudios contra la Discriminación, véase Carbonell, Miguel, "Legislar contra la discriminación", en Carbonell, Miguel (coord.), *op. cit.* nota 12, pp. 181-220 y *Constitucionalismo y democracia. Ensayos críticos*, México, Porrúa, 2004, pp. 57-71.

jeto de eliminar las formas de exclusión y por ende, implementar el pleno goce de los derechos y libertades de las personas.

Es una ley que crea un nuevo organismo descentralizado sectorizado por la Secretaría de Gobernación, con personalidad jurídica y patrimonio propios, hablamos del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, el cual en el desarrollo de sus atribuciones goza de autonomía técnica y de gestión; con facultades de orientación e información y que además, puede dictar resoluciones que en términos de la propia ley se formulen en los procedimientos de reclamación (contra servidores públicos) o de queja (contra particulares), ambos sustanciados mediante la conciliación.

La LD contiene 85 artículos y cinco transitorios, distribuidos en seis capítulos, los cuales sin lugar a dudas serán una importante herramienta de transformación social.

En referencia a aquellos aspectos más sobresalientes o novedosos de la nueva ley, podemos comenzar por destacar que la LD en la idea de contribuir al mantelamiento de una igualdad sustancial, no sólo formal, en el ámbito legislativo, incluye una cláusula material de igualdad, inspirada en los ordenamientos jurídicos español e italiano; así su artículo 2o. expresa que:

Corresponde al Estado promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas son reales y efectivas. Los poderes públicos federales deberán eliminar aquellos obstáculos que limiten en los hechos su ejercicio e impidan el pleno desarrollo de las personas así como su efectiva participación en la vida política, económica, cultural y social del país y promoverán la participación de las autoridades de los demás órdenes de gobierno y de *los particulares en la eliminación de dichos obstáculos.*

Tal y como ha quedado redactado el párrafo 3, del artículo 1o. constitucional, se entiende que la discriminación prohibida es aquella que atenta contra la dignidad humana y que tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y las libertades de las personas, luego entonces sólo en los casos mencionados anteriormente puede entenderse una práctica como discriminatoria, cuya elección de criterios le corresponde al legislador, el cual identificará los hechos basados en juicios de razonabilidad, en los cuales debe analizarse la adecuación del criterio elegido al fin perseguido en la norma y, por todo ello, la búsqueda de la igualdad sustancial por la vía legislativa, no representaría una actuación inconstitucional.¹¹⁵

¹¹⁵ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, UNAM-CNDH, 2004, pp. 194 y ss. y Pérez Portilla, Karla, *Principio de igualdad: alcances y perspectivas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 196.

Por otro lado, también destacamos en la LD el concepto de discriminación, expresado en el artículo 4o. de la LD que a la letra dice:

Para los efectos de esta ley se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión o restricción que, basada en el origen étnico o nacional, sexo, edad, discapacidad, condición social o económica, condiciones de salud, embarazo, lengua, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra, tenga por efecto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas.

También se entenderá como discriminación la xenofobia y el antisemitismo en cualquiera de sus manifestaciones.

El concepto que se introduce en la LD, incluye la numeración establecida en el párrafo 3, artículo 1o. constitucional, en el que se aclara la referencia sexual con respecto a las “preferencias” citadas en el texto constitucional, en el que se habla de discapacidad y no de capacidades diferentes, e incluso va más allá, tomando como causas discriminatorias la xenofobia y el antisemitismo; además deja, igualmente, abierta la posibilidad de incluir cualquier otro tipo de discriminación que se pueda dar en el futuro, tal y como expresamos en los comentarios relativos al precepto constitucional; asimismo, refuerza el reconocimiento del ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades.

La última parte del artículo 1o., párrafo 3, constitucional en el que se hace referencia a que son también discriminatorias otras causas que puedan atentar contra la dignidad humana siempre que tengan por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas no lo vemos incluido en el artículo 4o. de la LD sino, de manera invertida, en el artículo 5o. de la LD en su inciso VII, último, como corolario de que *a sensu contrario*, se enumera como aquellas conductas no discriminatorias las que “no tengan el propósito de anular o menoscabar los derechos y libertades o la igualdad de oportunidades de las personas ni de atentar contra la dignidad humana”.

Tras la definición de discriminación, creemos que se debió agregar el concepto de los diferentes “tipos” de ésta, como la discriminación directa e indirecta; inversa o simplemente qué es una acción positiva o programa de acción positiva.

A continuación la LD en su artículo 5o. precisa, como comentamos con anterioridad, una serie de conductas que, aunque suponen una distinción entre las personas, no son discriminatorias pues no utilizan los criterios prohibidos por el artículo 1o. constitucional, estas son, a saber:

- I. Las acciones legislativas, educativas o de políticas públicas positivas o compensatorias que sin afectar derechos de terceros establezcan tratos diferenciados con el objeto de promover la igualdad real de oportunidades;
- II. Las distinciones basadas en capacidades o conocimientos especializados para desempeñar una actividad determinada;
- III. La distinción establecida por las instituciones públicas de seguridad social entre sus asegurados y la población en general;
- IV. En el ámbito educativo, los requisitos académicos, de evaluación y los límites por razón de edad;
- V. Las que se establezcan como requisitos de ingreso o permanencia para el desempeño del servicio público y cualquier otro señalado en los ordenamientos legales;
- VI. El trato diferenciado que en su beneficio reciba una persona que padezca alguna enfermedad mental;
- VII. Las distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias que se hagan entre ciudadanos y no ciudadanos, y
- VIII. En general, todas las que no tengan el propósito de anular o menoscabar los derechos, y libertades o la igualdad de oportunidades de las personas ni de atentar contra la dignidad humana.

La idea en la que se basa una incorporación de este tipo es que la prohibición de discriminar no supone la imposibilidad absoluta de tratar de forma diferente a dos o más personas, sino que establece una prohibición de distinciones no razonables y ese es el listado que le pareció adecuado introducir al legislador en el que se incluyó un último inciso en el que se reitera la prescripción establecido en el texto constitucional en referencia a la “dignidad humana” tal y como expresamos anteriormente.

No obstante lo anterior, debemos hacer la puntualización en el sentido que sobre esta exclusión establecida en el artículo 5o. de la LD en el que se enumera una serie de conductas que no se consideran discriminación, éstas pueden ser sumamente discutibles y parecen ofrecer, especialmente al Estado, espacios de discrecionalidad para hacer distinciones sobre fundamentos no muy claros. Ejemplo de ello tenemos los incisos III, relativo a las distinciones por instituciones públicas de seguridad social; el IV, por razones de edad en el ámbito educativo y así en la LD al referirse a la edad por grados escolares, debería mantener una atención especial ya que ésta pudiera ser, precisamente, un atentado más a favor de la discriminación; el V, por los requisitos de ingreso o permanencia para el desempeño del servicio público y cualquier otro señalado en los ordenamientos legales; el VI, en virtud de distinciones “en beneficio” de una persona que padezca alguna enfermedad

mental, y el VII, por distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias que se hagan entre ciudadanos y no ciudadanos.

Asimismo, la cláusula abierta del inciso VIII que hace mención, en lo general, a todas las conductas que no tengan el propósito de anular o menoscabar los derechos y libertades o la igualdad de oportunidades de las personas ni de atentar contra la dignidad humana se encuentra en tensión con la definición del artículo 4o., que habla no de propósitos discriminatorios sino de efectos discriminatorios. Todas estas conductas son excesivamente genéricas y pueden encubrir supuestos de discriminación en forma discrecional.¹¹⁶

Otro aspecto destacable, y que en las páginas anteriores ya se hizo mención igualmente, es el establecido en el artículo 6o. de la LD, en referencia a la interpretación debida de la ésta con respecto a aquellos instrumentos internacionales que son parte del derecho interno mexicano y que tienen conexión directa con el principio de igualdad y no discriminación; así el intérprete al darle sentido a las disposiciones de la LD lo debe realizar atendiendo a los instrumentos internacionales.¹¹⁷

¹¹⁶ *Memorias del Foro Internacional sobre la No Discriminación...*, *op. cit.*, nota 109, p. 20.

¹¹⁷ Así la LD consagra mandatos establecidos directamente de una serie de instrumentos internacionales entre los que destacamos, con respecto a las cláusulas de no discriminación, el artículo 2o. de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, que dispone: “1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamadas en esta Declaración sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. 2. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía”. Asimismo, el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales de 1966, contiene también una cláusula de no discriminación, cuyo texto es el siguiente: “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión pública o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. El artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en diciembre de 2000, establece: “1. Se prohíbe toda discriminación y en particular la ejercida por motivos de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”. Otros instrumentos que pudiéramos citar que de manera particular se expresan en relación a la discriminación con la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 18 de diciembre de 1979, instrumento internacional publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 9 de enero de 1981; el Convenio relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 11 de

Así, el artículo 6o. de la LD expresa: “La interpretación del contenido de esta Ley, así como la actuación de las autoridades federales será congruente con los instrumentos internacionales aplicables en materia de discriminación de los que México sea parte, así como con las recomendaciones y resoluciones adoptadas por los organismos multilaterales y regionales y demás legislación aplicable”.

Aquí nos asalta una duda o cuestionamiento en cuanto a la referencia que realiza el propio artículo 6o. de la LD de tomar en cuenta también las “recomendaciones y resoluciones adoptadas por los organismos multilaterales y regionales”, que se hayan expedido con fundamento en esos tratados; la idea es de máxima importancia al reforzar la obligatoriedad de su cumplimiento, pero el cuestionamiento, por otra parte, es si es viable esta práctica cuando tenemos presente el desconocimiento por parte de los aplicadores del derecho, de los propios tratados internacionales firmados y ratificados por México, cuanto más de las innumerables recomendaciones y resoluciones que pueda emitir, por ejemplo, los diferentes Comités de la ONU.

En materia de interpretación jurídica, el artículo 7o. de la LD incluye una cláusula *pro homine*, así en caso de que hubiera varias posibles interpretaciones del texto de la ley, se obliga al intérprete preferir la que proteja con mayor eficacia a las personas o grupos en situación de vulnerabilidad, cuestión que sin lugar a duda destaca como novedad en materia de interpretación jurídica. Así el artículo 7o. de la LD señala que: “Para los efectos del artículo anterior, cuando de se presenten diferentes interpretaciones, se deberá preferir aquella que proteja con mayor eficacia a las personas o a los grupos que sena afectados por conductas discriminatorias”.

Otro aspecto que nos parece de interés destacar es el capítulo II de la LD denominado “Medidas para prevenir la discriminación” con un solo artículo en el que se realiza una numeración de las conductas que se consideran discriminatorias, se establecen prohibiciones expresas para intentar combatir las formas más destructivas de exclusión, al contrario de lo que se proclamaba en el artículo 5o. de la LD. Así el artículo 9o. de la LD expresa:

agosto de 1963; Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, firmada en Nueva York, el 7 de marzo de 1966, *Diario Oficial de la Federación*, del 13 de junio de 1975, con una última modificación en el *Diario Oficial de la Federación*, del 2 de enero de 1997; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, firmado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, *Diario Oficial de la Federación* del 12 de mayo de 1981; Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y tribunales en países independientes, *Diario Oficial de la Federación* del 24 de enero de 1991 y entre otros la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, en su artículo 2o.

Queda prohibida toda práctica discriminatoria que tenga por objeto impedir o anular el reconocimiento o ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades.

A efecto de lo anterior, se consideran como conductas discriminatorias:

I. Impedir el acceso a la educación pública o privada, así como a becas e incentivos para la permanencia en los centros educativos, en los términos de las disposiciones aplicables;

II. Establecer contenidos, métodos o instrumentos pedagógicos en que se asignen papeles contrarios a la igualdad o que difundan una condición de subordinación;

III. Prohibir la libre elección de empleo, o restringir las oportunidades de acceso, permanencia y ascenso en el mismo;

IV. Establecer diferencias en la remuneración, las prestaciones y las condiciones laborales para trabajos iguales;

V. Limitar el acceso a los programas de capacitación y de formación profesional;

VI. Negar o limitar información sobre derechos reproductivos o impedir el libre ejercicio de la determinación del número y espaciamiento de los hijos e hijas;

VII. Negar o condicionar los servicios de atención médica, o impedir la participación en las decisiones sobre su tratamiento médico o terapéutico dentro de sus posibilidades y medios;

VIII. Impedir la participación en condiciones equitativas en asociaciones civiles, políticas o de cualquier otra índole;

IX. Negar o condicionar el derecho de participación política y, específicamente, el derecho al sufragio activo o pasivo, la elegibilidad y el acceso a todos los cargos públicos, así como la participación en el desarrollo y ejecución de políticas y programas de gobierno, en los casos y bajo los términos que establezcan las disposiciones aplicables;

X. Impedir el ejercicio de los derechos de propiedad, administración y disposición de bienes de cualquier otro tipo;

XI. Impedir el acceso a la procuración e impartición de justicia;

XII. Impedir que se les escuche en todo procedimiento judicial o administrativo en que se vean involucrados, incluyendo a las niñas y los niños en los casos que la ley así lo disponga, así como negar la asistencia de interpretes en procedimientos administrativos o judiciales, de conformidad con las normas aplicables;

XIII. Aplicar cualquier tipo de uso o costumbre que atente contra la dignidad e integridad humana;

XIV. Impedir la libre elección de cónyuge o pareja;

XV. Ofender, ridiculizar o promover la violencia en los supuestos a que se refiere el artículo 4 de esta ley a través de mensajes e imágenes en los medios de comunicación;

XVI. Limitar la libre expresión de las ideas, impedir la libertad de pensamiento, conciencia o religión, o de prácticas o costumbres religiosas, siempre que estas no atenten contra el orden público;

XVII. Negar asistencia religiosa a personas privadas de la libertad, que presten servicio en las fuerzas armadas o que estén internadas en instituciones de salud o asistencia;

XVIII. Restringir el acceso a la información, salvo en aquellos supuestos que sean establecidos por las leyes nacionales e instrumentos jurídicos internacionales aplicables;

XIX. Obstaculizar las condiciones mínimas necesarias para el crecimiento y desarrollo saludable, especialmente de las niñas y los niños;

XX. Impedir el acceso a la seguridad social y a sus beneficios o establecer limitaciones para la contratación de seguros médicos, salvo en los casos que la ley así lo disponga;

XXI. Limitar el derecho a la alimentación, la vivienda, el recreo y los servicios de atención médica adecuados, en los casos que la ley así lo prevea;

XXII. Impedir el acceso a cualquier servicio público o institución privada que preste servicios al público, así como limitar el acceso y libre desplazamiento en los espacios públicos;

XXIII. Explotar o dar un trato abusivo o degradante;

XXIV. Restringir la participación en actividades deportivas, recreativas o culturales;

XXV. Restringir o limitar el uso de su lengua, usos, costumbres y cultura, en actividades públicas o privadas, en términos de las disposiciones aplicables;

XXVI. Limitar o negar el otorgamiento de concesiones, permisos o autorizaciones para el aprovechamiento, administración o usufructo de recursos naturales, una vez satisfechos los requisitos establecidos en la legislación aplicable;

XXVII. Incitar al odio, violencia, rechazo, burla, difamación, injuria, persecución o la exclusión;

XXVIII. Realizar o promover el maltrato físico o psicológico por la apariencia física, forma de vestir, hablar, gesticular o por asumir públicamente su preferencia sexual, y

XXIX. En general cualquier otra conducta discriminatoria en términos del artículo 4 de esta ley.

Nada se dice en cuanto a la procedencia de estas conductas discriminatorias, si proviene de las autoridades, órganos públicos o particulares, se omite la puntualización, cuestión que consideramos necesario rectificar.

Quizá sería conveniente, en este momento, detenernos precisamente en una cuestión muy actual ya que a través del artículo 36 constitucional se le

otorga el derecho del voto al mexicano en el extranjero, y que según el Legislativo para acceder al derecho al voto por correo, todos los ciudadanos mexicanos que residan en el extranjero podrán ejercer su derecho al sufragio siempre y cuando porten la credencial de elector. Una cuestión pendiente de resolver es aquella en la que dichos ciudadanos no posean la misma por razones diversas y que no les sea posible obtenerla por no poderse trasladar a México en el periodo requerido, ¿será éste un acto discriminatorio?¹¹⁸

Por otro lado, en el artículo 9o. de la LD destacamos que varias de las fracciones de dicho artículo se aplican a las relaciones entre particulares, *v. gr.* fracción X, cuestión que nos parece de interés al no ser contemplado dicho supuesto entre las competencias establecidas, por ejemplo, de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, como vía de reclamación de injusticias.

En referencia al establecimiento de garantías para el caso de incumplimiento de obligaciones por parte de los sujetos responsables, la LD presenta su punto, quizá, más débil, pues sólo se ha diseñado la posibilidad de presentar quejas ante el Consejo, que conduce a un procedimiento de conciliación de carácter voluntario, es decir, si el sujeto responsable de la discriminación no accede a conciliar, el Conapred no tiene ninguna otra facultad para proceder, imponer sanciones o requerir satisfacción o reparaciones.

Existe la posibilidad de proceder en términos judiciales, al menos sobre la base de la tipificación que hace el artículo 9o. de actos u omisiones ilícitos. Sin embargo, la LD no menciona ni prevé expresamente acciones judiciales, de tal manera que su desarrollo depende del empleo que le den los actores de la sociedad civil y los representantes de grupos que sufren discriminación, así como de la respuesta judicial que este empleo genere. Esta es una cuestión que será necesaria considerar para el futuro, es decir, replantear el mecanismo de evaluación y seguimiento en el cumplimiento de los objetivos planteados por la LD.

Por último, en relación con el artículo comentado, las fracciones XV y XVIII protegen que determinadas manifestaciones, que pudieran encubrirse en honor a la libertad de expresión, sean determinantes para encuadrarlas como conducta discriminatoria con base en el artículo 6o. constitucional que establece como uno de los límites de la libertad de expresión, los “derechos de terceros”. El resto de las fracciones poseen un lenguaje amplio de

¹¹⁸ Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, *Diario Oficial de la Federación* del 30 de junio de 2005.

tal manera que tenga lugar la mencionada interpretación (artículos 6o. y 7o. de la LD) y así darse una actividad hermenéutica importante en pro de la tutela antidiscriminatoria.

En ese sentido, en pro de la tutela antidiscriminatoria, se conecta el capítulo III, titulado “Medidas positivas y compensatorias a favor de la igualdad de oportunidades” (artículos 10-14 LD), que quizás otorga cierta discrecionalidad a los aparatos de la burocracia gubernamental decidiendo el nivel de compromiso real que se tendrá hacia los grupos mencionados, *v. gr.* artículo 12 de la LD. En dicho artículo, en cuanto al derecho a prestaciones, se pretende garantizar a las personas mayores de 60 años, en la fracción I, el acceso a los servicios de atención médica y de seguridad social de acuerdo con lo dispuesto en la normatividad en la materia. La cuestión real es que la mayoría de estas personas que no tienen acceso a los servicios de salud no tienen garantizado este derecho porque no se encuentran asegurados y precisamente en estas personas es en donde debemos concentrar nuestra atención, lo cual no se logra remitiendo a la normatividad de la materia. No olvidemos que estamos en un país que además de tener a este colectivo pendiente de la buena voluntad de los legisladores, también tenemos a otros colectivos, quizá no mayores de 60 años, que están desempleados o que pertenecen a ese grupo de trabajo “informal” y que tampoco accede a dichas prestaciones.

Así tenemos que en relación con el establecimiento de acciones, mecanismos y dispositivos para prevenir y atacar la discriminación y promover la igualdad de oportunidades, la LD ofrece en los artículos 10-14 un buen punto de partida, identificando ejemplos de medidas a favor de los grupos socialmente vulnerables. Sin embargo, al ser un punto de partida tiene aún un largo camino por recorrer, lo que implica que corresponde al Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación y a las respectivas autoridades, en la medida de sus competencias, la puesta en marcha de las medidas enunciadas por estas disposiciones, así como el diseño de nuevas medidas adecuadas para los ámbitos en los que se detecten desigualdades de oportunidades y accesos desiguales a bienes sociales.¹¹⁹

Asimismo, en las Memorias del Foro Internacional sobre la No Discriminación que venimos refiriendo, expresa que pocas de las medidas citadas en los artículos mencionados son técnicamente de acción positiva, es decir, que indicarían el parámetro para corregir o compensar los actos discriminatorios. Parte de éstas se pueden considerar como acciones destinadas a ga-

119 *Memorias del Foro Internacional sobre la No Discriminación...*, *op. cit.*, nota 109, p. 20.

rantizar derechos universales o bien los derechos especiales o grupales —como manifestación del respeto a la diversidad y la diferencia—. Posiblemente, además de enunciar dichos principios generales convendría que los artículos establecieran con precisión las cuotas que las instituciones deberían considerar para asegurar un trato igualitario a los miembros de grupos vulnerables.¹²⁰

En el futuro, dada la experiencia, los legisladores deberán precisar la ley en estos rubros, como cuotas o cupos laborales, educativos o electorales; la previsión de incentivos legales o económicos para que los particulares empleen a personas pertenecientes a grupos vulnerables; las medidas de preferencia a miembros de grupos vulnerables en cargos públicos o para el otorgamiento de becas, subsidios o concesiones públicas, por ejemplo.

En el artículo 20 de la LD queda establecido, por otra parte, que en el Programa Nacional para Prevenir y Eliminar la Discriminación, se deberán precisar las obligaciones concretas, los programas de trabajo, las metas precisas, el presupuesto requerido y los plazos de realización necesarios para hacer realidad lo dispuesto en el mencionado capítulo III de la LD.¹²¹

Otra cuestión importante de abordar, tal y como anunciamos al comienzo de este epígrafe y como novedad en la LD es la función del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (Conapred), su integración, los órganos que lo componen, sus respectivas competencias (capítulo IV, artículos 14-16 de la LD).¹²²

El Consejo tal y como ha sido concebido en la LD, no cuenta con facultades paralelas a las autoridades creadas por el orden jurídico nacional vigente sino como coadyuvante para lograr el establecimiento y mantenimiento del orden jurídico en materia discriminatoria. El ordenamiento jurídico nacional y la práctica administrativa requerían de una ley específica y de un órgano encargado de articular la lucha del Estado mexicano contra la discriminación.

Paralelamente, muchas de las disposiciones que integran la LD se encuentran vinculadas a diversas leyes federales, también reglamentarias de disposiciones constitucionales, que son el marco normativo de diversas conductas discriminatorias con la hipotética duplicidad de los mandatos dis-

¹²⁰ *Idem.*

¹²¹ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 115, pp. 206 y ss.

¹²² Para una revisión del Consejo Nacional más extensa, véase, Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 114, pp. 59-66.

puestos en dichas legislaciones,¹²³ que realmente, reiteramos, enlaza o coadyuva con el único objetivo de prevenir y eliminar la discriminación con una “técnica” diferente que no es la coacción o sanción tradicional, tal y como revisten las diferentes leyes federales, sino como mecanismo modelo de sanción positiva. El Conapred cumplirá, en este sentido, un papel importantísimo al coordinarse, necesariamente, con otras instancias gubernamentales, como son fundamentalmente la CNDH,¹²⁴ secretarías de Estado y administración pública descentralizada, en una tarea común que es eliminar la discriminación.

Por lo que respecta a los procedimientos, éstos están ampliamente regulados en la LD. Por un lado destacamos que la LD en su artículo 43 contempla la posibilidad de iniciar un procedimiento tanto a nivel individual como colectivo a través de un representante con un plazo para interponer denuncia de un año desde que el sujeto tenga conocimiento del acto presuntamente discriminatorio o de dos años si no se diera tal circunstancia (artículo 44

¹²³ Legislación penal federal: Código Penal Federal, Código Federal de Procedimientos Penales, Ley para el Tratamiento de los Menores Infractores, Ley Federal de Defensoría Pública, Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura. Legislación laboral: Ley Federal del Trabajo y la Ley Federal para los trabajadores al servicio del Estado: Seguridad Social: Ley del Seguro Social y Ley del ISSSTE, entre otras.

¹²⁴ No hay que omitir que hay un sector doctrinal, y así lo expresa Raymundo Gil Rendón, que establece que si la LD pretende ser reglamentaria del artículo 1o. constitucional, en virtud de que el Congreso de la Unión no cuenta con facultades expresas (artículo 73 constitucional) ni tampoco facultades implícitas (artículo 73, fracción XXX, constitucional) careciendo de atribuciones y competencia constitucional para legislar en materia federal en contra de las discriminaciones y pudiera así tener un vicio de inconstitucionalidad. Jurídicamente, el Congreso de la Unión tiene el mandato constitucional para establecer el organismo federal de protección de los derechos humanos e incluso en la propia Constitución se estableció el nombre del mismo en el artículo 102-B, párrafo 4, Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH). Por otro lado, las legislaturas de las entidades federativas tienen también la obligación constitucional de establecer (legislar) las comisiones de las entidades federativas por lo que ni el Congreso de la Unión ni las legislaturas de las entidades federativas tienen facultades para establecer otros organismos que protejan los derechos humanos; a nivel internacional tampoco se le da legitimidad ya que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos expresa que el Congreso de la Unión carece de facultades expresas o implícitas para legislar sobre la discriminación y expedir la ley comentada, es facultad de las entidades federativas (artículo 124 constitucional), además se crea un órgano con competencia y atribuciones que ya le corresponden originalmente al *ombudsman* nacional, en el se pretende salvar esta irregularidad mediante la intervención del Instituto cuando no haya admitido la queja la Comisión (artículo 63LD), buscando salvar incluso de esta manera el problema de inconstitucionalidad de origen. Por otra parte, los logros son importantes: el respeto a los derechos humanos prohibiendo la discriminación pero falta la capacidad de sancionar (norma completa y coactiva). Gil Rendón, Raymundo, “Comentarios a la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación”, *La Barra*, México, núm. 42, enero-febrero 2004, pp. 38-40.

de la LD); el problema lo encontramos en determinar cuándo el sujeto adquirió ese conocimiento del acto discriminatorio y así computar los plazos establecidos.

La LD establece, además, que será supletorio el Código Federal de Procedimientos Civiles.

Establece que las denuncias no están sujetas a ningún tipo de formalidad, con excepción de los datos que permitan identificar al interesado; las denuncias podrán presentarse por escrito, de forma oral, por teléfono o por cualquier medio electrónico, incluido Internet (artículo 19 de la LD).

Por otro lado, la presentación de una queja o denuncia ante el Consejo no interrumpe la prescripción de las acciones judiciales o procedimientos administrativos que se pudieran derivar de los hechos denunciados (artículo 53 de la LD); así el Consejo deberá informar y asesorar al denunciante sobre éste hecho, instándolo a que promueva las correspondientes acciones antes de que prescriban; además, deberá tramitar con celeridad sus propios procedimientos para que una vez terminados, el denunciante tenga todavía la posibilidad de acudir ante otro órgano sin que haya prescrito su acción.¹²⁵

Asimismo, en cuanto al procedimiento se refiere, la LD establece una serie de impedimentos o restricciones al Consejo, estableciendo en su artículo 54 lo siguiente: “El Consejo, por conducto de su Presidente, de manera excepcional y previa consulta con la Junta de Gobierno, podrá excusarse de conocer de un determinado caso si éste puede afectar su autoridad moral o autonomía”; ésta es una disposición que normalmente se utiliza para evitar intereses ilegítimos o simplemente por evitar intereses partidistas.

Por otro lado, comentar que si una denuncia involucra tanto a autoridades como a particulares, se realizaran procedimientos distintos, así a las autoridades se les aplicará lo dispuesto en los artículos 58 a 79 y a los particulares lo dispuesto en los artículos 80 a 82 de la LD.

Para finalizar este apartado procedimental añadir, siguiendo a Carbonell, que en cuanto a la competencia del Consejo y la posibilidad de ser éste un obstáculo para el procedimiento de las funciones que tiene atribuidas por mandato constitucional la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), la LD señala con precisión que “los particulares que consideren haber sido discriminados por actos de autoridades o de servidores públicos en el ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas que acudan en queja ante la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y si ésta fuera admitida, el Consejo estará impedido para conocer de los mismos hechos que die-

¹²⁵ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 114, p. 67.

ron fundamento a la queja”; es decir, la CNDH tiene competencia preferente sobre el Consejo; y por otro lado si un particular acude al Consejo y no ve satisfecha su pretensión, puede acudir si lo desea a la CNDH, incluso en queja contra el propio Consejo.¹²⁶

Para finalizar estos breves comentarios al articulado de la LD, tenemos que referirnos a las medidas administrativas para prevenir y eliminar la discriminación. Son medidas de sanción no en el sentido negativo, punitivo que tradicionalmente invoca el derecho, no sólo por no redundar en aspectos sancionadores que ya están contemplados en las diversas leyes que regula nuestro ordenamiento jurídico sino por darle el perfil positivo de premiar, *a sensu contrario*, a aquellos que sí cumplen con la prohibición de discriminar.

Por una parte, tenemos que a través de su artículo 83:

El Consejo dispondrá la adopción de las siguientes medidas administrativas para prevenir y eliminar la discriminación:

I. La impartición, a las personas o a las instituciones que sean objeto de una resolución por disposición dictada por el Consejo, de cursos o seminarios que promuevan la igualdad de oportunidades;

II. La fijación de carteles en cualquier establecimiento de quienes incumplan alguna disposición de esta Ley, en los que se promueva la modificación de conductas discriminatorias;

¹²⁶ *Ibidem*, p. 68. En cuanto al problema del ámbito de competencia de las instituciones públicas en que debe ubicarse la responsabilidad del seguimiento de la prohibición de discriminación, debe considerarse que el Poder Judicial tiene atribuciones específicas para reparar la violación a garantías individuales mediante el juicio de amparo; que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos también tiene competencia para intervenir en esos casos en el marco de sus atribuciones limitadas y para efectos de formular recomendaciones, que las autoridades de procuración de justicia son a quien corresponde actuar cuando la conculcación del derecho fundamental está considerado un delito en la legislación y que las autoridades judiciales de carácter civil tienen competencia para intervenir en las demandas que pretendan fincar responsabilidad por daño moral contra quienes han incurrido en conductas ilícitas vinculadas con la violación de derechos fundamentales. La intervención del Poder Judicial de la Federación en el juicio de amparo y de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos a través del procedimiento de queja son medios reparadores; también de la misma naturaleza son las tareas a cargo de los órganos de procuración de justicia y de los tribunales civiles. Lo que se busca ahora es establecer un ámbito de competencia que forme una cultura nueva, que prevea situaciones de discriminación y, a través de su acción, que aliente un cambio en los comportamientos, sin dejar de considerar un catálogo de medidas administrativas que no cabe apreciar como sanciones en su acepción más extendida, sino más bien como acciones para desincentivar cualquier conducta de naturaleza discriminatoria. Rincón Gallardo, Gilberto, *op. cit.*, nota 112, p. 55.

III. La presencia del personal del Consejo para promover y verificar la adopción de medidas a favor de la igualdad de oportunidades y la eliminación de toda forma de discriminación en cualquier establecimiento de quienes sean objeto de una resolución por disposición, por el tiempo que disponga el organismo;

IV. La publicación íntegra de la Resolución por Disposición emitida en el órgano de difusión del Consejo, y

V. La publicación o difusión de una síntesis de la Resolución por Disposición en los medios impresos o electrónicos de comunicación.

La imposición de estas medidas administrativas a los particulares, se sujetará a que éstos se hayan sometido al convenio de conciliación correspondiente.

Como anteriormente comentamos, también se promueven las sanciones positivas que tienen por objeto reconocer públicamente que una determinada institución, ya sea pública o privada, o un particular cumplen de manera extraordinaria con las disposiciones establecidas en la LD. Son reconocimientos como los establecidos en el artículo 85 de la LD, otorgados por el Consejo y darán lugar a la obtención de algún tipo de beneficios fiscales no determinados por la ley.

Tal y como acabamos de ver, de la estructura de la LD quedan claros varios objetivos de política pública: definir más claramente a la discriminación, prevenirla y eliminarla, promover la igualdad de oportunidades, en especial de grupos en desventaja o estructuralmente discriminados. Una vez fijados estos objetivos, la LD dispone de un catálogo abierto de medios o instrumentos para llevar a cabo estos fines.

De esta manera, estos fines o medios, en especial las mencionadas en los artículos 10 a 15 de la LD, constituyen herramientas tentativas para el logro de los objetivos de política pública y así, al decir de Christian Courtis, para evaluar la consecución de éstos y la necesidad de reforzar, modificar o rediseñar las medidas correspondientes, es necesario prever mecanismos de monitoreo de los efectos y del cumplimiento de la LD. Tales mecanismos requieren la elaboración de indicadores que permitan mediar o estimar puntos de partida y resultados, tomando en consideración lapsos adecuados, y puedan considerar variables diversas. Siguiendo con Courtis, algunas de las variables de más fácil manejo tienen que ver con el número de quejas recibidas por el Consejo y su desglose por ámbito y por resultado. No obstante, ello daría una idea del funcionamiento del sistema de quejas, pero no mide el fenómeno de la discriminación: muchos factores podrían explicar la brecha entre el número y tipo de quejas recibidas y la incidencia de prácticas discriminatorias como puede ser la falta de percepción de la discriminación por quienes son discriminados, por

ejemplo, la falta de difusión de la normativa y del mecanismo de queja que prevé, la falta de acceso a servicios de asesoría legal, la desconfianza frente a los organismos estatales, etcétera.¹²⁷

VII. PANORAMA COMPARADO

Llegados a este punto, constatamos que el origen legal de las acciones positivas es realmente amplio y se ha destinado a todos los colectivos en situación desigual dentro del grupo social. Tampoco se restringe solamente al ámbito del empleo, sino que se han venido aplicando en todos los sectores de actuación social.

Vamos a marcar varios espacios, geográficos, dada que la interpretación de las acciones positivas no es el mismo en el sistema anglosajón o en el sistema continental, tal y como hemos venido insistiendo. De esta manera vamos a tratar los orígenes de las acciones positivas en los Estados Unidos de América, como primer sistema en implementar políticas de acción positiva, también en el mismo ámbito anglosajón visualizaremos las mismas en Inglaterra; asimismo vamos a estudiar las acciones positivas en el sistema continental y en concreto el panorama en la Unión Europea y en el Consejo de Europa y, por último, veremos el ámbito latinoamericano, así como otros casos puntuales.

1. *Estados Unidos de América*¹²⁸

Para comprender la lucha por los derechos civiles en los Estados Unidos de América, es indispensable conocer algo acerca de la historia, el sistema gubernamental y el sistema político del país,¹²⁹ es indispensable conocer la naturaleza y raíz del problema racial en dicho país para que se pueda así en-

¹²⁷ Courtis, Christian, “Parámetros para discutir la legislación y las políticas antidiscriminatorias”, *Memorias del Foro Internacional sobre la No Discriminación...*, op. cit., nota 109, pp. 226 y 227.

¹²⁸ Una obra de referencia imprescindible si queremos abundar en las características y evolución de la *affirmative action* en el contexto norteamericano es Rosenfeld, Michel, *Affirmative Action and Justice: A Philosophical and Constitutional Inquiry*, New Haven, Yale University, 1991.

¹²⁹ En torno al tema ni que decir tiene que existe una amplia bibliohemerografía sobre el tema, pero en este momento queremos destacar la actualidad y la titularidad de los derechos fundamentales en los Estados Unidos de América y para ello destacamos a Brage Camazano, Joaquín, “Algunos aspectos de teoría general constitucional sobre los derechos fundamentales en los EE.UU.”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, nueva época, enero-marzo 2004, pp. 271-290, esp. 277 y ss.

tender el por qué de dichos conflictos y el por qué, en definitiva, de toda una amplia e innovadora legislación sobre los derechos civiles.¹³⁰

El origen de la *affirmative action* o de la acción positiva, tal y como se ha traducido la expresión,¹³¹ hay que situarlo en el sistema jurídico norteamericano. El nacimiento de las acciones positivas se debe a la historia de discriminación racial, y también sexual, en los Estados Unidos de América desde su constitución como nación. Es una historia por la lucha de los derechos civiles, que tuvo como punto de partida el trato discriminatorio y dispar que tradicionalmente han recibido, entre otros, la comunidad negra y las mujeres, lo que justifica la intervención pública para acabar con esa situación y remediar sus efectos.¹³² La historia norteamericana había demostrado, reiteradamente, que incluso las leyes más sabias y los esfuerzos mejor inspirados para luchar contra la discriminación habían sido incapaces de aumentar la representación de las minorías si no se apoyaban en medidas concretas, precisas y obligatorias.

El recorrido que planteamos inicia en la Constitución norteamericana de 1787, y en concreto con sus enmiendas decimotercera,¹³³ decimocuarta¹³⁴ y decimoquinta,¹³⁵ en donde la esclavitud queda abolida definitivamente y se conceden a los negros derechos de ciudadanía a nivel constitucional.

¹³⁰ En general, en torno al tema de los orígenes más remotos, orígenes históricos, de la discriminación sugerimos leer a Salazar Carrión, Luis, *Democracia y discriminación*, Cuadernos de la Igualdad, núm. 5, México, Conapred, 2005, en especial, pp. 13 y ss.

¹³¹ Ya vimos que esta traducción de acción positiva es más común en el contexto europeo y concretamente surge en el Reino Unido, pero también se considera factible traducirla como acción afirmativa.

¹³² Turner, R., *op. cit.*, nota 104, pp. 1 y ss., *cit.* por Sierra Hernaiz, Elisa, *op. cit.*, nota 82, pp. 33 y 34.

¹³³ Enmienda XIII (18 de diciembre de 1865). Sección 1. Ni la esclavitud ni la servidumbre involuntaria, excepto como castigo de un crimen del cual la parte haya sido hallado debidamente culpable, podrán existir en los Estados Unidos o en cualquier lugar sujeto a su jurisdicción. Sección 2. El Congreso tendrá el poder de hacer cumplir este artículo mediante la legislación apropiada.

¹³⁴ Enmienda XIV (28 de julio de 1868). Sección 1. Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sujetas a su jurisdicción, son ciudadanos de los Estados Unidos y del Estado donde residen. Ningún Estado instrumentará o pondrá en vigor ninguna ley que restrinja los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos. Tampoco podrá Estado alguno privar a persona alguna de la vida, la libertad o la propiedad, sin el debido proceso legal. Asimismo, no podrá negar a persona alguna, dentro de su jurisdicción, la protección igual de las leyes.

¹³⁵ Enmienda XV (30 de marzo de 1870). Sección 1. El derecho de los ciudadanos de los Estados Unidos a votar no será negado o restringido por los Estados Unidos o algún otro Estado por motivo de raza, color o condición previa de servidumbre. Sección 2. El Congreso tendrá el poder de hacer cumplir este artículo mediante la legislación apropiada.

La decimocuarta enmienda constitucional norteamericana surge, realmente, en el caso *Barrow*. En él, se dilucidó si los estados estaban sujetos a la Declaración de Derechos de la Constitución Americana, llegando el Tribunal Supremo a la conclusión de que esto no era así. La Declaración de Derechos, apuntaba la Corte Suprema, únicamente limitaba al legislador federal, siendo las propias Constituciones de los estados las que debían acotar las leyes estatales. Esta interpretación dio lugar a que los estados esclavistas del sur pudieran seguir negando la condición de ciudadanos a su población africana.¹³⁶

Después de la Guerra Civil (1861-1865), el norte triunfador, para asegurar el abolicionismo, impulsa en 1866 una ley antidiscriminatoria, la *Civil Right Act*, y en 1868 una reforma constitucional obliga a los estados a tratar a todas las personas nacidas en Estados Unidos por igual, es el nacimiento de la mencionada decimocuarta enmienda constitucional.¹³⁷

En 1896 comienza la verdadera segregación entre blancos y negros cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación emite la sentencia *Plessy vs. Ferguson en la que se estableció* la doctrina “iguales pero separados”, que reforzaba la constitucionalidad de una ley de la Asamblea General del Estado de Louisiana, aprobada en 1890, que regulaba disposiciones referentes a compartimentos de ferrocarril separados para las razas blanca y de color. La Corte sostuvo que la segregación impuesta por el estado, debida a leyes que exigen la separación, “no necesariamente implica la inferioridad de una raza frente a otra...”, “una distinción que se funda en el color de las dos razas y que debe siempre existir en tanto que los hombres blancos se distinguen de la otra raza por el color, no tiende de manera alguna a destruir la igualdad legal de las dos razas o a restablecer un estado de servidumbre involuntaria...”, tratando de darle sustento a través de la decimotercera enmienda constitucional,¹³⁸ cuestión que no logró.

La cláusula de igual protección que contiene la decimocuarta enmienda constitucional, se considera como la primera posibilidad normativa creada en el derecho constitucional comparado para lograr la igualdad en la ley. La igualdad en la ley establecida en la decimocuarta enmienda únicamente vinculaba a la ley estatal, no a la ley federal. Al no existir ninguna cláusula de igual protección en la originaria *Bill of Rights*, la Constitución, que obligaba a los estados a

¹³⁶ Pérez Portilla, Karla, *op. cit.*, nota 115, p. 88.

¹³⁷ *Idem*.

¹³⁸ Quint, Howard H; Cantor, Milton; Alberston, Dean (eds.), *Main Problems in American History*, 3a. ed., The Dorsey Press, 1972, vol. 2, pp. 145-148, *cit.* por Núñez García, Silvia y Zermeño Padilla, Guillermo, *EUA. Documentos de su historia III*, México, Instituto Mora, 1988, pp. 64-68.

no discriminar a través de la enmienda decimocuarta, dejaba sin sanción la discriminación proveniente de una ley del gobierno federal.¹³⁹

La lucha por la desegregación tuvo un marcado valor a través de una serie de órdenes ejecutivas, reglamentos administrativos, a los que recurre el presidente sin que sea necesario que el Congreso dé su visto bueno para su plena vigencia y validez; sin embargo, éste último sí que ejerce un control indirecto ya que estas órdenes necesitan financiación para su plena implantación y ésta sólo puede conseguirse con el beneplácito del Congreso.

En 1941, el presidente Roosevelt promulga la orden ejecutiva 8802, en la que se adopta la primera prohibición de discriminación racial aplicada a todas aquellas empresas armamentísticas que quisieran obtener un contrato con el gobierno.¹⁴⁰

¹³⁹ Pérez Portilla, Karla, *op. cit.*, nota 115, pp. 88 y 89.

¹⁴⁰ A partir de esta primera orden ejecutiva de 1941 implementando la igualdad, se promueven una diversidad de órdenes: O.E.9346 (1943 y 1946), que crea una Comisión de Prácticas Equitativas de Empleo; recomendó, asimismo, medidas tendentes a eliminar la discriminación y a promover la utilización de fuerza de trabajo; además, no sancionó a los contratistas por incumplimiento de una orden ejecutiva, ni siquiera rescisión, sino que utilizó la publicidad y la influencia moral. En definitiva, la orden ejecutiva perseguía: 1. Resolver la discriminación con la negociación y persuasión. 2. Resolver la discriminación con el gobierno federal que manifieste autoridad y propósitos. 3. Cuando la negociación fracasara eran esenciales las audiencias públicas, y por último 4. El Congreso tenía la obligación de promulgar legislación federal relativa a prácticas equitativas de empleo. O.E.9691 (1946), prohibió la discriminación racial en la contratación de temporeros. O.E.9808 (1946 y 1964), examinaba la situación vigente y realizaba recomendaciones. Creó una Comisión de Derechos Civiles de la Presidencia y recomendó una Comisión Federal de Prácticas Equitativas de empleo con atribuciones para poner en práctica la orden presidencial y ordenar su cumplimiento. O.E.9980 (1948), creó el Consejo de Equidad en el Empleo, encargado de hacer cumplir la política de no discriminación en la rama ejecutiva del gobierno federal. O.E. 10479 (1953), se propuso amparar a los ciudadanos por sus calificaciones en toda la actividad que se utilizaran fondos públicos. Se creó una Comisión Presidencial de Contratos con el Gobierno, como labor educativa, además de una cláusula anti-discriminatoria obligatoria referida al empleo, ascenso, traslado, contratación, publicación ofertas de empleo, ceses, despidos, salarios y programas de aprendizaje, pero las excepciones eran muchas. Por último, estableció un procedimiento de quejas: recepción, verificación, análisis y resolución. O.E.10925 (1961) esta orden fue promovida por el presidente Kennedy y creó la Comisión Presidencial de Igualdad de Oportunidades en el Empleo, una poderosa acción administrativa del Poder Ejecutivo: las empresas que firmaron un contrato con el Gobierno tendrían en caso de incumplimiento, sanciones especiales (rescisión e incluso impidió la firma de contratos con empresas que discriminen, publicar nombres, etcétera). Sanciones especiales: 1. Por parte del organismo gubernamental contratante. 2. Por parte de la Comisión. Podía iniciar encuestas o investigaciones. Los contratistas tenían obligación de suministrar información de las actividades sindicales. Las empresas contratantes debían elaborar programas de acción positiva. Las empresas después de los 30 días siguientes a la firma del contrato, debían presentar un "informe de observancia" y después los subsiguientes seguimientos. Todo

En 1954, con la sentencia del Tribunal Supremo *Brown vs. Board of Education of Topeka*, se declaró inconstitucional la segregación en las escuelas, derogando la teoría contenida en la sentencia *Plessy vs. Ferguson* de 1896.

En el caso *Oliver Brown et al. vs Board of Education of Topeka, Kansas*, el fallo unánime de la Corte, bajo la presidencia del juez Earl Warren, favoreció las demandas de los negros. La Corte declaró que la segregación tiene un efecto perjudicial sobre los niños de color; la segregación deliberadamente implantada producía un estigma de inferioridad psicológica en el niño negro, e incluso declaraba que la segregación en sí misma era un error moral. Desde entonces, y en lo sucesivo, la lucha negra por la desegregación llegó a ser con más claridad un “movimiento normativamente orientado”. El énfasis que el caso *Brown* puso sobre la escuela pública oscureció su verdadero significado. En gran medida el significado de la sentencia *Brown* reside más allá del ámbito escolar, en el fundamento que estableció un ataque masivo contra la misma legislación Jim Crow.¹⁴¹

Antes de *Brown* era habitual “la separación forzosa de negros y blancos, precursora americana del apartheid sudafricano”; después de *Brown* las plazas públicas y los autobuses, los parques, los tribunales, etcétera, comenzaron a abrirse a blancos y negros simultáneamente. *Brown* fue el elemento

ello basándose en la idea de que la persuasión puede ser eficaz cuando la obligación jurídica ha sido definida con precisión. O.E.11246 (1965) el presidente Lyndon B. Johnson firmó la primera Ley Derechos Civiles en la que se estableció una Comisión de Igualdad de Oportunidades (5 miembros que solicitan responsabilidades); Johnson derogó la Comisión de Igualdad de Oportunidades de la Ley de Derechos Civiles y los transfirió a la Secretaría del Trabajo. Objetivos: 1. Dar a todos la posibilidad de desarrollo y ganar su sustento. 2. Garantizar a todos los ciudadanos un nivel de vida decoroso. Fue en los Estados Unidos de América, con la administración Johnson, cuando se comienza a tener en cuenta no sólo lograr niveles de igualdad sino dar los instrumentos. Johnson declaró en la ceremonia de entrega de diplomas de la Universidad Howard, en junio de 1965, es decir, el mismo mes de la votación decisiva en el Congreso que daba una mayor participación electoral a los negros: “La libertad no es suficiente. No es posible borrar las cicatrices de heridas seculares diciendo: ‘Ahora sois libres, libres de hacer lo que queráis, de elegir a los dirigentes que os parezca’. Cuando alguien ha permanecido encadenado durante años no basta, para hacerle justicia, con romper sus cadenas y decirle: ‘Ahora sí que puedes competir libremente con los demás’. Lo que queremos es una libertad unida a verdaderas posibilidades de ejercerla, para que la igualdad no sea un principio abstracto, sino una realidad tangible, un auténtico paso adelante”.

¹⁴¹ En 1890 se promulgan las primeras leyes de “Jim Crow”, que segregan completamente la raza blanca de la raza negra. Se estimulan con dichas leyes, maneras de opresión y explotación que dejó en un lugar inferior al negro. Calderazzi, A, Máximo, *La revolución negra en los Estados Unidos*, trad. de Arriba Egea, España, Bruguera, 1972, p. 66.

catalizador que conmovió al Congreso y que culminó con los dos actos fundamentales del siglo en materia de derechos civiles: uno de ellos permitió el acceso de los negros a los restaurantes, a los hoteles y al ámbito laboral, en igualdad de condiciones; el otro, otorgó a los votantes negros el carácter de una nueva fuerza política.¹⁴²

En los años posteriores y hasta la promulgación de la Ley de Derechos Civiles de 1964, fue la administración federal la que más se preocupó por hacer efectivos los mandatos de la sentencia *Brown* para que la situación cambiase de una manera real y efectiva; no obstante se necesitaba una respuesta más activa y contundente que la que podía proporcionarse a través de estos instrumentos ejecutivos.

A través de la Ley de Derechos Civiles de 1964, el legislador norteamericano da respuesta a las demandas del movimiento de lucha por el pleno reconocimiento de los derechos civiles a los negros, iniciadas en 1954 con la sentencia *Brown*, y se demandan cambios políticos, económicos y sociales reales.

Durante la presidencia de Nixon, queda acuñado el término de *affirmative action* en el denominado Plan Philadelphia, que proponía el establecimiento para los empresarios de una serie de cuotas que garantizaran la ampliación de la contratación femenina.

Hay que hacer una puntualización, que en la legislación federal norteamericana no hay un mandato expreso en torno a las acciones positivas, aunque sí un mandato constitucional de “igual protección de las leyes”, que viene dependiendo de la interpretación que hagan los tribunales.

La Ley de Derechos Civiles fue promovida el 20 de junio de 1963 por el republicano Sélter, promulgada por el Congreso el 2 de julio de 1964 y entró en vigor al año siguiente, el 2 de julio de 1965.

La Ley contenía once títulos con el siguiente contenido: voto, establecimientos públicos, asistencia pública, educación. Comisión de Derechos Civiles, programas financiadas por el gobierno, igualdad de oportunidades empleo, estadísticas de voto, apelaciones casos de derechos civiles, comunidad y miscelánea.

La Ley, en su título VII, requiere que los empleadores, sindicatos y agencias contraten con base en los méritos y habilidades sin distinguir por raza, género, etcétera.

El título VII fue más allá de una simple enmienda de las disposiciones procesales. Concretamente, el título VII de la Ley de Derecho Civiles *prohibió*:

¹⁴² Wilkinson, J. Harvie, *From Brown to Bakke. The Supreme Court and School Integration: 1954-1978*, Nueva York, Oxford University Press, 1979.

1. Que una oficina de empleo omitiera recomendar o se negara a recomendar para un empleo a un individuo por cuestiones de raza, sexo, etcétera.
2. Que un sindicato excluyera por origen étnico, racial, etcétera o incite a empleador a excluir a individuos pertenecientes a este grupo.
3. La no admisión en cursos de formación por raza, sexo, etcétera.
4. Además, expresamente, se prohíbe presentar recriminación contra una persona por haberse opuesto a una práctica ilícita de empleo o haber presentado acusación.

Las únicas excepciones que autoriza la ley son las que se refieren:

1. Al empleador respecto al empleo de extranjeros en sus oficinas del exterior.
2. A las instituciones religiosas respecto del empleo de personas de determinada religión para que efectúen trabajos relacionados con sus actividades religiosas.
3. A las instituciones docentes, que están exentas de todas las disposiciones de la ley en cuanto al empleo relacionado con sus actividades docentes.¹⁴³

En definitiva, la Ley de Derechos Civiles de 1964 y en concreto su título VII prohibió la discriminación racial y sexual en el ámbito laboral, estableciendo, por una parte, la prohibición a los empresarios, sindicatos y agencias de colocación llevar conductas discriminatorias directas o intencionales y, por otro, reconoció a los tribunales la capacidad de imponer planes de acción positiva como remedio de conductas discriminatorias.

En 1971 la Suprema Corte falló, por unanimidad, en el caso *Griggs vs. Duke Power Co.*, expresando que el título VII de la Ley de Derechos Civiles, prohibía no sólo las prácticas que tenían un motivo de discriminación sino también las prácticas que fueran adoptadas sin intención de discriminación pero que tenían un efecto de discriminación en las mujeres y en las minorías en general.¹⁴⁴ Esta decisión fue el comienzo de una definición legal denomi-

¹⁴³ Follete, Jennifer Miyoko, "Complete Justice: Upholding the Principles of Title VII Through Appropriate Treatment of After-Acquired Evidence", *Washington Law Review*, Seattle, vol. 68, núm. 3, July 1993, pp. 652 y 653. Means, John E., "Prácticas equitativas de empleo: la legislación y su aplicación en Estados Unidos", *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, vol. 73, núm. 3, marzo 1966, pp. 237-279.

¹⁴⁴ Bartosic, Florian y Minda, Gary, "The Labor Law Legacy of the Burger Court's Last Term: A Failure of Imagination and Vision", *Arizona Law Review*, Tucson, Arizona, vol. 28,

nada “impacto dispar” o “efecto adverso”. En este caso, si el demandante alega el impacto de una práctica aplicada a un grupo protegido, el demandado debe presentar como prueba que el uso de dicha práctica es justificada; en *Griggs vs. Duke Power Co.*, la carga de la prueba que presentaron fue la “necesidad del negocio” (*business necessity*).

Por una parte, el demandante establece que la práctica tuvo un efecto adverso a un grupo protegido cuando: la práctica usada es de alguna forma limitante a las oportunidades de trabajo entre blancos y negros, hombres y mujeres, etcétera, y al mismo tiempo tiene que demostrar que dicha práctica no es esencial o indispensable para el negocio del empleador. Por otra parte, el demandado, debe de probar que el uso de la práctica está justificada por la necesidad del negocio.

El caso *Griggs* conceptualiza la discriminación como un fenómeno complejo, de naturaleza sistemática. Se trata, entonces, de corregir los desequilibrios raciales y sexuales existentes en la composición de la fuerza de trabajo y la infrautilización de la misma, con el fin de evitar futuras condenas por discriminación.

Tras la sentencia *Griggs* se establecieron numerosos planes de acción positiva al amparo de la mencionada orden ejecutiva 11.246 de Johnson de 1965, en la que se establece un doble objetivo: dar a todos la posibilidad de desarrollo y ganar su sustento y, en segundo lugar, garantizar a todos los ciudadanos un nivel de vida decoroso.

Como decimos, estos principios fueron interpretados por la Corte Suprema de una manera amplia lo que dará lugar a la doctrina de la discriminación indirecta (*disparate impact*)¹⁴⁵ de 1971 y a la admisión de las acciones positivas en el sector privado.

Todos estos principios y acciones dieron lugar a la *Equal Employment Opportunity Act* de 1972, como primera reforma del título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964. Entre sus novedades destacaba: 1. La aplicación del título VII a empresas con más de 15 trabajadores; 2. La extensión de la

núm. 4, 1986, pp. 535-538. Véase, asimismo, el comentario de una sentencia opuesta al caso *Griggs* como es la decisión de 1984, *Menphis Firefighters vs. Stotts*.

¹⁴⁵ *Disparate treatment* y *disparate impact* son doctrinas estadounidenses que en la cultura jurídica europea suelen identificarse con la discriminación directa y con la discriminación indirecta respectivamente. Es de destacarse también que existen otros tipos de clasificaciones sobre la discriminación, a saber: deliberadas e inconscientes, que también suelen identificarse con la discriminación directa, en el primer caso y con la discriminación indirecta en el segundo. Lo más importante de esta distinción es la carga de la prueba sobre la intencionalidad o no intencionalidad de la discriminación. Barrére Unzueta, Ma. Ángeles, *op. cit.*, nota 73, pp. 37 y ss.

prohibición de discriminar en los ámbitos local y estatal, y 3. Las nuevas funciones de la EEOC dado el papel pasivo de las agencias federales en la lucha contra la discriminación. Asimismo, incorporó la expresión “prácticas o conductas discriminatorias” al texto del título VII; se hizo referencia a nuevos criterios distributivos al tenerse en cuenta el alto porcentaje de desempleo entre las personas pertenecientes a colectivos tradicionalmente discriminados, demandando actuaciones que corrigiesen esa situación.

Merece la pena, en este momento, tomar en cuenta una serie de casos que dieron pautas a las políticas de *affirmative action*, como es el caso *Kahn vs. Shevin*, de 1974, en la que la Corte aceptaba como no discriminatoria una ley del siglo XIX, de acuerdo con la cual las viudas podían recibir una pequeña exención de tasas por las propiedades. Se entendía que esa exención era justa en cuanto que compensaba a las viudas por las desventajas a las que veían sometidas en las transacciones mercantiles.

Entre 1975 y 1977, la Corte apreció discriminaciones por razón de género en la legislación en materia de seguridad social, solicitando al legislador la aprobación de medidas para eliminar estas diferencias, y apoyando las llamadas medidas preferenciales justificadas, sobre todo en materia de empleo.¹⁴⁶

Otro importante asunto es el caso *University of California vs. Bakke*, de 1978. En la Facultad de Medicina de la Universidad de California en Davis, se reservaban 16 de cada 100 plazas para personas pertenecientes a minorías desfavorecidas desde el punto de vista económico y cultural. La idea surgió cuando en 1968, año de la creación de la Facultad, no ingresó ningún estudiante negro ni hispano; al año siguiente, sólo entraron dos negros y un hispano y de esta manera en 1970, el Consejo de la Universidad decidió implementar un plan para estudiantes *Economically or Educationally Disadvantages*. Allan Bakke, de raza blanca, ingeniero de la Nasa, no pudo ingresar a la Facultad porque su puntaje era insuficiente frente a otros sujetos del grupo ordinario pero estaba muy por encima de las notas de los 16 que integraban el grupo reservado. La Suprema Corte de los Estados Unidos resolvió del siguiente modo: confirmó la sentencia (5 a 4) ordenando a la Universidad incorporar a Bakke y, al mismo tiempo, anuló la sentencia también por (5 a 4) en cuanto a que prohibía en general, utilizar criterios raciales para el ingreso a la Universidad. El resultado fue una notable ausencia de unanimidad en donde no se admitía la existencia de cuotas fijas para las minorías que desean

¹⁴⁶ Conferencia pronunciada por R. Ginsburg, jueza de la Corte Suprema de Estados Unidos, en el Seminario de Derechos Humanos, celebrado en Salzburgo, del 1o. al 8 de agosto de 1998, con el título *Acciones positivas-un diálogo internacional sobre los derechos humanos* (texto inédito), cit. por Durán y Lalaguna, Paloma, *op. cit.*, nota 14, p. 283.

aplicar para la escuela de medicina si esto implica que se niegue el derecho a los aplicantes blancos de competir por esos lugares.¹⁴⁷ Realmente, la decisión que originariamente había tomado el Consejo de la Universidad trataba de argumentar que las cuotas para admitir en la Universidad a alumnos y alumnas de una determinada raza no era una fórmula contraria a la igualdad.

A principios de la década de los ochenta, la situación era la siguiente: 1. En el *ámbito público*, el gobierno promulgó la *Uniform Guidelines on Employee Selection Procedures* (aplicado tanto al sector público como privado) fijando los criterios necesarios para comprobar que los test y reglas de selección utilizados fueran los correctos; la *Equal Employment Opportunity Commission* elaboró guías de orientación para los empresarios privados que voluntariamente quisieran adoptar planes de acción positiva en sus empresas; 2. En el *ámbito judicial*, también se utilizaron metas y calendarios como instrumentos judiciales para acabar con situaciones discriminatorias. Impusieron planes de acción positiva para remediar los efectos de conductas discriminatorias comprobadas, centrándose en corregir situaciones de desigualdad que se producían en la admisión, contratación y promoción de trabajadores; 3. En el *ámbito privado*, los empresarios adoptaron planes, fijando una serie de requisitos numéricos mínimos con la finalidad de corregir los desequilibrios existentes entre la composición de su fuerza de trabajo y la del mercado en general.¹⁴⁸

También en los ochenta, con el cambio de administración, se renovaron algunos jueces de la Suprema Corte. Esta nueva situación dio lugar a que en 1988 la Suprema Corte juzgara una serie de casos, entre otros *Wards Cove Atonio; Price Warehouse vs. Hopkins* en los que se dio un retroceso importante a la doctrina sobre la discriminación indirecta y la acción positiva.

En materia de discriminación se alteró el modelo de carga de la prueba¹⁴⁹ y las evidencias necesarias para demostrar la existencia de discriminación indirecta; se admitió la existencia de motivos mixtos en las conductas dis-

¹⁴⁷ Pérez Portilla, Karla, *op. cit.*, nota 29, pp. 2 y 3.

¹⁴⁸ Pueden llevar a efecto las políticas de acción positiva distintos agentes del sector público, como el gobierno federal o los gobiernos estatales y locales, o el sector privado, como empleadores o centros de enseñanza, así como el ámbito judicial en el sentido descrito.

¹⁴⁹ En el ámbito de la Unión Europea también se ha dado la inversión de la carga de la prueba, así el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha establecido la inversión de la carga cuando se interpone una demanda judicial alegando discriminación por razón de sexo. El Tribunal afirma que en estos casos es la empresa y no el trabajador o trabajadora quien debe probar sus alegaciones, comprendiendo a las discriminaciones indirectas. Desde esta perspectiva, lo que se debe probar no es que se ha sido discriminado sino que no existe ninguna discriminación, ni directa ni indirecta. Asunto Nils Draehmpaehl contra Urania, C-180/1995. Freixes, Teresa, *op. cit.*, nota 30, p. 623.

criminatorias del empresario; se sostuvo que el periodo para impugnar una regla discriminatoria en materia de antigüedad comenzaba cuando la regla fue adoptada y no cuando el trabajador fuese despedido y, por último, se limitó la aplicación del concepto de acoso sexual.

En cuanto a los planes de acción positiva, se permitió que trabajadores blancos pudieran impugnar un plan de acción positiva, contenido en un *consent decree* años después de su aprobación judicial. Un *consent decree* no podía afectar a los derechos de personas que no participaron en su elaboración o dieron el visto bueno para su presentación ante un tribunal por lo que se permitía que cualquier trabajador que se hallaba en estas circunstancias pudiera impugnarlo con independencia de su fecha de aprobación. Se estableció, por otra parte, un modelo de revisión judicial para los planes públicos de acción positiva que contuvieran una reserva mínima de plazas a favor de grupos minoritarios.

Todos estos avances determinaron una verdadera y amplia reforma a la Ley de Derechos Civiles de 1964. El primer borrador de la reforma de la Ley de Derechos Civiles fue presentado en 1990, en él se daba una regulación específica a la acción positiva al establecerse una previsión anticuota que finalmente no fue aprobada.

La nueva Ley de Derechos Civiles fue aprobada y sancionada el 21 de noviembre de 1991 por el presidente George Bush tras arduas negociaciones entre Congreso, Senado y el mismo. El objetivo del Congreso era establecer remedios adicionales para la discriminación intencional y el acoso sexual en el trabajo, codificar los conceptos de “necesidad de empresa o de negocio” y “relación con el trabajo” para evitar más confusiones en torno a su contenido, y proporcionar una protección adecuada a las víctimas de la discriminación.

Con la Ley de Derechos Civiles de 1991 se consolidó la doctrina del mencionado *disparate impact*,¹⁵⁰ de la inversión de la carga de la prueba, el incre-

150 Germen, Heather K. “Understanding Mixed Motives Claims Under the Civil Rights Act of 1991: An análisis of Intentional Discrimination Claims Based on Sex-Stereotyped Interview Questions”, *Michigan Law Review*, Michigan, vol. 91, núm. 7, June 1993, pp. 1824, 1837-1841. Véase, asimismo, la diferencia entre *disparate treatment* y *disparate impact* en Barthelet, Elizabeth, “Proof of Discriminatory Intent Under Title VII: United States Postal Service Board of Governors vs. Aikens”, *California Law Review*, Berkeley, vol. 70, núm. 5, September 1982, pp. 1205-1209, así como Sean W., “The Public Policy Exclusion and Insurance for Intentional Employment Discrimination”, *Michigan Law Review*, Michigan, vol. 92, núm. 5, March 1994, pp. 1307-1312. Con respecto al *disparate treatment* en cuanto al género Aamot-Snapp, Kari, “Putting Teeth into Minnesota’s Employment Discrimination Law: A Legislative Proposal Defining Gender Stereotyping”, *Minnesota Law Review*, Minnesota, vol. 79, núm. 1, november 1994, pp. 221 y ss.; Thompson, Jennifer L., “Civil Rights-Employment Discrimination: The Standard of Review in State-Based Employment Discrimination Claims: The

mento de indemnización por daños y perjuicios, así como la ampliación de la prohibición de discriminación a los test de trabajo. Con respecto a la acción positiva, la ley se limitó a establecer la legalidad de los remedios de los tribunales, de las acciones positivas, de los acuerdos de conciliación, y limitar el periodo de impugnación de los *consent decree*.

En 1995, la sentencia *Adarand Constructors, Inc vs. Pena*, ratificó el modelo estricto de revisión como el adecuado para los planes de acción positiva sea cual sea la administración pública que los adopte. En cuanto a los planes de acción positiva voluntarios implantados en el sector privado, en un principio este pronunciamiento no les afecta.

Como corolario, habría que decir que a pesar de los esfuerzos realizados hay una falta de regulación legal de la acción positiva, a diferencia de la dada a la discriminación indirecta, *disparate impact*, lo cual la convierte aún en una figura notablemente vulnerable.

2. Reino Unido

Como ya adelantamos, en todo este tema hay una importante confusión terminológica entre acciones positivas o afirmativas y discriminación positiva o incluso entre discriminación directa e indirecta con sus respectivas traducciones, etcétera.

Así, tenemos que el término acción positiva se utiliza, preferentemente, en la Unión Europea y más concretamente proviene de la influencia del Reino Unido. Reiteramos que el término acción afirmativa se utiliza en el ámbito americano, dada la traducción textual del término inglés *affirmative action*.

En el ámbito europeo la cuestión es la no idoneidad o adecuación de tales términos, esencialmente norteamericanos, a la realidad europea.

En Europa hay una frontera tenue entre discriminación inversa y acciones positivas en el sentido de que no tiene la misma legitimación social: *a)* establecer una reserva de plazas para la admisión de minorías, permitiendo a los estudiantes de esas minorías entrar con pruebas menos exigentes que por ejemplo, las aplicadas a los blancos (discriminación inversa); *b)* el supuesto de que, ante los mismo resultados de las pruebas de acceso, se dé prioridad a la entrada de los miembros de las minorías (acción positiva).¹⁵¹

Nort Dakota Supreme Court Redefines the Standard of Review in Employment Discrimination Claims, *Schuhmacher vs. North Dakota Hospital Association*”, *North Dakota Law Review*, Grand Fork, vol. 72, núm. 2, 1996, pp. 411-431.

¹⁵¹ Pérez Portilla, Karla, *op. cit.*, nota 29, p. 2.

Opinamos que hay una distinción más allá de la lingüística entre acciones afirmativas y acciones positivas. Los Estados Unidos de América aplica la *affirmative action* en algunos estados basándose en cuotas de representación como un todo, usados para determinar el número de personas de un particular origen, de una determinada étnica, para ser empleados y, por lo tanto, la gente puede ser contratada con base en su raza, género, sexo, discapacidad, etcétera. La lógica de la acción afirmativa es clara: es una manera inmediata de obtener una representación balanceada de que un determinado grupo pueda acceder a un puesto de trabajo.

En el Reino Unido esta política de cuota es rechazada porque opinan que es inevitable que en el proceso de cuota se enfoque en el color de la piel, la raza y no necesariamente en la habilidad del trabajo.¹⁵²

Entrando en el contexto del Reino Unido, cuando hablamos de Gran Bretaña e Irlanda del Norte nos referimos a una unidad desde el punto de vista internacional, pero internamente debemos dividir lo que es, por una parte Inglaterra y País de Gales, concebido como derecho inglés; Escocia como sistema híbrido o mixto, no romano germánico no *Common Law*, e Irlanda del Norte, como un genuino *Common Law*.

Con esta afirmación pretendemos generar la idea de que hay diversas concepciones y entendimiento de la proyección de la acción positiva en el país que constituye el Reino Unido.

Estamos convencidos de que en la diversidad de Escocia es en donde se ha heredado una verdadera agenda para la igualdad racial.

La acción positiva no es un requerimiento legislativo obligatorio pero quizá por un “mal entendimiento”.

Generalizando, entendemos que en Inglaterra hay acuerdo en la necesidad de la igualdad racial a través de la acción positiva, pero las instituciones tienden a tratar a todos por igual y por tanto no hay posibilidad de una estrategia verdadera de la acción positiva. La igualdad de la raza en el empleo, en las promociones, como clave de la movilidad social en donde la política ejecutiva se esfuerza en convertir los complicados planes en más efectivos no está funcionando.

Hay muchos compromisos políticos, a través de la legislación, estrategias locales y nacionales, pero las agencias encargadas de desarrollar políticas de acción positiva no tienen una distinción entre servicios generales para conocer

¹⁵² Nosotros, venimos de una opinión contraria, en el sentido de que en igualdad de capacitación, de habilitación, se opta por el representante del grupo infrarrepresentado. Esa es el verdadero objetivo de las acciones positivas.

las necesidades de la gente de un determinado sector, el trabajo y la educación y la acción positiva promedio para combatir el estado de exclusión social o la baja representación que ellos sufren.

Escocia está en la delantera de una política que ayuda a aumentar la conciencia de esta discriminación y la fomenta para formular igualdad de oportunidades y aumentar las políticas de igualdad que claramente reflejan esta distinción. No obstante, hay todavía mucha diferencia entre la comunidad negra, las minorías étnicas con la población mayoritaria de raza blanca.

La solución bien podría ser implementar una buena legislación y enfrentar la responsabilidad para detener la discriminación institucional en el sostenimiento de prácticas que en definitiva provoca una exclusión social.

En concreto, los organismos escoceses deben trabajar en colaboración con la Comisión para la Igualdad Racial y al mismo tiempo con la Comisión de Igualdad y Derechos Humanos para que inicien auditorías externas que evalúen el impacto de la aplicación de políticas de igualdad racial y los planes de acción; además de conducir estas auditorías externas con organizaciones para el acatamiento legal de sus actuaciones en promover la igualdad, así como combatir la discriminación y la marginación.

Aprender, en definitiva, de las experiencias que han dado buenos resultados, reforzando dichas auditorías, la inspección y el establecimiento de recomendaciones y guías.

Antes de ubicarnos en el contexto de la Unión Europea, queremos destacar a un país, la India, en el que se mantiene el sistema anglosajón y ha sido, dentro de éste, uno de los países más favorecedores de las acciones positivas. La Constitución de la India de 1950, incluye un compromiso para adoptar acciones positivas, e impone de forma expresa la obligación del Estado de promover con especial atención y cuidado los intereses económicos y educativos de las secciones más desfavorecidas de la sociedad, en particular de las castas inferiores.

Por otro lado, en el ordenamiento constitucional canadiense también encontramos instrumentos fundamentales que recogen el principio de igualdad a través de la prohibición de discriminación y de la implementación de acciones positivas. Uno de estos instrumentos es la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, que se aplica a las relaciones entre los individuos y el gobierno.¹⁵³ Este documento, en su sección 15 muestra la importancia de la igualdad en el orden social canadiense al indicar que:

¹⁵³ Brito Melgarejo, Rodrigo, “El principio de igualdad en el derecho constitucional comparado”, en González Martín, Nuria (coord.) *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 142.

Sección: 15

(1) Todos son iguales ante y bajo las leyes y tiene el derecho a la igual protección y al igual goce de la ley sin discriminación y, en particular, sin discriminación basada en la raza, el origen nacional o étnico, el color, la religión, el sexo, la edad, o la discapacidad psíquica o física.

(2) La subsección (1) no prohíbe las leyes, programas o actividades que tengan como objeto la mejoría de las condiciones de los individuos y grupos desaventajados incluyendo aquellos que se encuentren en desventaja a causa de la raza, el origen nacional o étnico, el color, la religión, el sexo, la edad y la discapacidad psíquica o física.

Un aspecto de gran interés en relación con a las cláusulas de prohibición de la discriminación dentro del ordenamiento canadiense, lo encontramos en el trabajo de interpretación que lleva a cabo el Tribunal Supremo de Canadá. En el caso *Andrews vs. The B.C. Law Society* (1989), este órgano jurisdiccional afirmó que el objetivo de las normas de igualdad de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, es el de proteger de la discriminación a todos aquellos grupos que sufren desventajas sociales, políticas y legales en la sociedad. La discriminación, dice el Tribunal Supremo, se presenta cuando una ley, tanto por su finalidad/intención (*Purpose*) como por su efecto, impone una desventaja a los miembros de uno de dichos grupos en comparación con otros miembros de la sociedad. Para alcanzar el ideal de la completa igualdad ante y bajo la ley, la principal consideración debe ser el impacto de una ley sobre el individuo o grupo. El Tribunal ha rechazado de manera firme “el mismo o idéntico tratamiento” como estándar de igualdad, reconociendo que no todos los tratamientos diferenciados entre individuos resultan necesariamente en desigualdades, y que, de la misma manera, el tratamiento idéntico produce frecuentemente graves desigualdades. La discriminación no es simplemente una distinción entre el tratamiento de grupos o individuos: debe suponer una desventaja. La igualdad, por tanto, se protege cuando la legislación y las políticas del gobierno tienen en cuenta las específicas circunstancias de aquellos canadienses que, debido a un atributo innato como el color o el género, se encuentran en una posición de desventaja social, política o legal.

Concluye Brito Melgarejo que esta interpretación del Tribunal canadiense nos hace ver que la implementación de acciones positivas esta cargada de problemas éticos y axiológicos cuyo tratamiento es esencial si se quiere justificar su establecimiento.¹⁵⁴

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 143.

3. *Unión Europea*

La protección de los derechos fundamentales o las garantías individuales en la Unión Europea no fue recogida, inicialmente, por los tratados constitutivos.¹⁵⁵ El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, percibiendo esta laguna, este punto oscuro, edificó, a través de una jurisprudencia basada en los principios generales del derecho, un sistema peculiar y propio de protección (artículo F.2 TUE), materia que ha sido abordada con cierta profusión por la doctrina.¹⁵⁶

Ante la igualdad de oportunidades tenemos que, por ejemplo, el sistema de clasificación profesional debería ser formal, analítico, objetivo y no discriminatorio. Tales características derivadas de la jurisprudencia comunitaria, confluyen en el importante principio de la transparencia de los sistemas profesionales y retributivos fijados por la contratación colectiva, que, desde esta visión, está bien sometida al *test* de paridad (principio establecido en el asunto Danfoss). Este conjunto de principios interpretativos basados en el artículo 119 del Tratado del cual se deriva su eficacia inmediata y directa, puede constituir un *test* de verificación de la compatibilidad con el principio de paridad retributiva de los efectos de la aplicación de los sistemas de clasificación profesional convencionales y de la jurisprudencia de los jueces nacionales; es más:

(...) ha demostrado la voluntad del Tribunal de concretar los principios generales afirmados por ella misma, transformándolos en derechos accionables judicialmente. Del Asunto Jenkins, que ha constituido un verdadero y propio avance para la identificación de una correcta calificación conceptual del principio de discriminación indirecta, con el que resultaba inaugurado el método de origen americano del “advers impact” como criterio o técnica jurisprudencial de identificación de la discriminación indirecta, hasta los más recientes casos Bilka, Nimz, Kowalska y Botel, la Corte ha construido un mosaico bastante rico, constituido por telas variadas y preciosas.¹⁵⁷

¹⁵⁵ Véase, Rodríguez Iglesias, G. C., “La evolución del derecho comunitario desde 1980”, *La Ley*, España, D. 99, 1996, pp. 1417 y 1418, en especial véase Rodríguez Piñero, M. y Casas Baamonde, María Emilia, “El reconocimiento de los derechos sociales en la Unión Europea”, *Relaciones Laborales. La Ley*, España, 1995-I, pp. 103-112, en especial véase p. 106.

¹⁵⁶ Para un estudio en profundidad de la protección de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión Europea véase Liñán Noguera, D.J., “Los derechos fundamentales en la Unión Europea”, Liñán Noguera, D.J. y Mangas Martín, Araceli, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, Madrid, 1996.

¹⁵⁷ Caruso, Bruno, “La aplicación judicial de las normas sobre igualdad de trato”, en Cruz Villalón, Jesús (coord.), *op. cit.*, nota 26, p. 93.

En lo tocante al contexto de la *affirmative action*, la normativa jerárquicamente más importante del derecho comunitario se encuentra en el artículo 119 del TCEE. Luego, destacaríamos la declaración conjunta del Consejo, la Comisión y el Parlamento del 5 de abril de 1977 sobre la protección de los derechos fundamentales en la Comunidad Europea,¹⁵⁸ al establecer que los derechos fundamentales son parte fundamental del ordenamiento comunitario insertándose como principios generales del mismo.

Entre las directivas comunitarias, posee especial importancia la comentada Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y promoción profesionales, así como las condiciones de trabajo. En su artículo 1o., se enuncia que el principio de igualdad de trato “supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente” (o —según ha sido interpretado judicialmente— prohíbe la discriminación directa e indirecta), es más, en su artículo 2o., apartado 4, dispone que “La presente Directiva no obstará las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afectan a las oportunidades de las mujeres en las materias contempladas en el apartado 1 del artículo 1o.”. Precisamente a esas “medidas” de las que habla el mencionado apartado, encaminadas por un lado a “promover la igualdad de oportunidades” y por otro a corregir las desigualdades”, a las que se denominará “acciones positivas”. No obstante, hay que recordar el carácter permisivo o voluntario del artículo 2o., apartado 4, de la Directiva 76/207/CEE, en donde la política de acción positiva se impulsa o promueve desde las instituciones comunitarias con diferentes instrumentos, a través de recomendaciones, programas y planes de acción para la igualdad de oportunidades, entre otros de los muchos “instrumentos” comunitarios.¹⁵⁹

¹⁵⁸ Declaración común del Parlamento Europeo, Consejo y Comisión sobre el respeto y alcance de los derechos fundamentales en la Comunidad Europea. *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. C/103/1 del 27 de abril de 1977.

¹⁵⁹ Destacamos, en este momento, una relación de legislación y disposiciones de la Unión Europea, respecto al tema: Reglamento del Consejo 1612/68 del 13 de octubre relativo a la libre circulación de trabajadores de la Comunidad; Directiva del Consejo del 25 de julio de 1977 relativa a la escolarización de los trabajadores migrantes; Resoluciones del Consejo del 10 de junio de 1985, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. C/141/462 y del 26 de julio de 1985, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. 186/3 concerniente a las políticas comunitarias sobre migraciones; Declaración Común del Parlamento, Consejo y Comisión contra el racismo y la xenofobia del 11 de junio de 1986, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, núm. C/158/1 del 25 de junio de 1986; Informe sobre los resultados de los trabajos de la comisión de investigación, del ascenso del fascismo y el racismo en Europa, llamado Informe Erigre-

En Europa la normativa se centra especialmente en las repercusiones laborales de la no discriminación por razón de sexo.

En definitiva, para el Derecho Comunitario, el derecho de la Unión Europea, las acciones positivas son medidas tendentes a “promover” la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Pero qué sea lo que debe entenderse por igualdad de oportunidades, y cómo ésta puede ser “promovida” no lo dicen las fuentes normativas comunitarias y tan sólo dicen que la promoción de la presencia y de la participación de las mujeres en todos los sectores y profesiones y en todos los niveles de responsabilidad constituye un objetivo de la acción positiva.¹⁶⁰

La sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del 17 de octubre de 1995 (asunto C-450/93 Kalanke) ha tenido un impacto posiblemente inesperado y el balance realizado de la misma ha sido bastante crítico, más por el resultado que por los razonamientos que ha llevado a ésta. En el ámbito comunitario pese a los “logros” conseguidos en su medio, no se ha podido remediar tener la presencia de la famosa y, permítannos, nefasta sentencia Kalanke del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del 17 de octubre de 1995, en donde se expone, entre otras considera-

nis, de diciembre de 1985; Dictamen del Comité Económico Social sobre la propuesta de resolución del Consejo relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia del 23 de noviembre de 1988, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, núm. C/231 del 30 de enero de 1989; Resolución del Parlamento Europeo de 1989 por la que se aprueba la declaración de los derechos y libertades fundamentales de la CEE, artículos 3.2. y 3.3 *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. 120/51 del 16 de mayo, Doc. A”-3/89; Proyecto de Carta Comunitaria de los derechos sociales fundamentales que aprueba el colegio de la Comisión del 27 de septiembre de 1989; Resolución del Consejo y de los Estados miembros relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia del 29 de mayo de 1990, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. C, 157 del 27 de junio de 1990; Resoluciones del Parlamento Europeo sobre la lucha contra el racismo y la xenofobia y sobre trabajadores migrantes de terceros países del 14 de junio de 1990, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. C, 175 del 16 de junio de 1990; Segundo Informe de la Comisión de Investigación del racismo y la xenofobia del 25 de junio de 1990, Doc. A-3 195/90, llamado Informe Ford; Resoluciones del Parlamento Europeo del 10 de octubre de 1990 sobre el informe de la Comisión de Investigación del racismo y la xenofobia, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, núm. C, 284 del 12 de noviembre de 1990; Declaración del Consejo Europeo reunida el 10 de diciembre de 1991 en Maastricht por la que se aprueba el Tratado de la Unión Europea sobre el racismo y la xenofobia; Resolución del Parlamento Europeo del 12 de marzo de 1992 sobre el apoyo a las manifestaciones en favor de la democracia y la tolerancia contra el racismo y la xenofobia, *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* núm. C, 94; Tratado de Amsterdam, firmado el 2 de octubre de 1997 y aún en vía de ratificación por los quince Estados miembros.

¹⁶⁰ Ballestrero, María Vittoria, *op. cit.*, nota 24, p. 97.

ciones, que la discriminación positiva de la mujer es ilegal cuando se aplica de forma “absoluta e incondicional”.¹⁶¹

Siguiendo a Rodríguez Piñero, el asunto era el siguiente:

En un proceso de selección interna para cubrir una jefatura de sección en un servicio municipal de Bremen (Alemania) había que optarse entre dos candidatos, de igual titulación, distinta antigüedad y distinto sexo. Partiendo de la base de que ambos candidatos poseían la misma capacitación se entendió aplicable al caso el artículo 4o. de una Ley de 1990 del Land de Bremen sobre igualdad de trato de hombres y mujeres en la función pública, según la cual al realizarse una promoción “se concederá preferencia a las mujeres frente a los trabajadores masculinos con la misma capacitación si en el sector de que se trata están infrarrepresentadas”, tal infrarrepresentación existe cuando las mujeres no cubran al menos la mitad de los puestos.¹⁶²

Concedido el puesto a la candidata femenina, el varón se consideró “discriminado” y formuló reclamación judicial alegando poseer una capacitación superior a la de la mujer elegida, así como que el régimen legal de cuotas era anticonstitucional. Desestimada su demanda en instancia y apelación, interpuso recurso de revisión (casación) ante el Bundesarbeitsgericht (BAG).

En el fondo, el actor, no se queja de que en caso de “empate” se haya elegido a la mujer, desde el primer momento ha entendido que tenía más méritos o calificación que la candidata designada. Aparentemente no se ha decidido un “empate”, se ha elegido a quien de no ser mujer se hubiera rechazado.

En la doctrina alemana ha sido polémico el tema de la constitucionalidad de un régimen de cuotas, en principio hipotético, en la contratación o en la promoción en favor de la mujer. Antes de dictarse la ley de Bremen se habían formulado posiciones claramente contrarias a la constitucionalidad del régimen de las “Fraüenquoten”. Hanau, Richardi y, sobre todo, Sachs se mostraron contrarios a la validez de la discriminación a la inversa (“umgekehrte Diskriminierung”) o sea, medidas en favor de la mujer para corregir

¹⁶¹ La sentencia Kalanke del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del 17 de octubre de 1995, expone, entre otras consideraciones, que la discriminación positiva de la mujer es ilegal cuando se aplica de forma “absoluta e incondicional”, Comas, José, *op. cit.*, nota 25, p. 31. Para más información acerca de la mencionada Sentencia véase entre las numerosísimas publicaciones: Ballestrero, María Vittoria, *op. cit.*, nota 26; Rey Martínez, Fernando, *op. cit.*, nota 26; Ruiz Miguel, Alfonso, *op. cit.*, nota 26; Rodríguez Piñero, Miguel, *op. cit.*, nota 26; Ruano, Lucía, *op. cit.*, nota 26; Rivero Ortega, Ricardo, *op. cit.*, nota 26; Quintanilla Navarro, Beatriz, “La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 17 de octubre de 1995 sobre el caso ‘Kalanke versus Glissmann’”, *Actualidad Laboral*, Madrid, núm. 5, 1996.

¹⁶² Véase, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel, *op. cit.*, nota 26, p. 97.

su situación estadísticamente inferior en el trabajo que facilitan su vida profesional, pero en perjuicio de hombres concretos.¹⁶³

El término “cuota de mujeres” es muy genérico. Daubler distingue entre las cuotas “por decisión”, que implican que en el caso de contratación o promoción, a igualdad de calificación las mujeres tengan preferencia frente a los candidatos varones, y las cuotas “por resultados”, que fijan objetivos de igualdad a lograr en un determinado periodo, y si la cuota no se consigue en el plazo previsto obliga a justificarlos demostrando la existencia de motivos objetivos para la selección no relacionados con el sexo.¹⁶⁴

Sobre esta segunda fórmula no parece haber dudas de constitucionalidad. Aquí no se establecen medidas concretas en perjuicio de trabajadores determinados, además se evitan riesgos de discriminaciones indirectas u ocultas. Los supuestos debatidos en la doctrina alemana son aquellos en los que la preferencia por la mujer se especifica y concreta en el perjuicio de un determinado candidato varón, relegado precisamente en razón de su sexo. Las objeciones constitucionales que se hacen no cuestionan la legitimidad del fin perseguido, el logro de una efectiva igualdad de oportunidades, frente a la situación desfavorable de la mujer en la promoción y en el empleo, como el Tribunal Constitucional alemán ha reconocido (BVerfGE 74, 163).¹⁶⁵

En definitiva, tenemos sentencias esenciales como el asunto *Marschall vs. Land Nordrhein-Westfalen*¹⁶⁶ que señala la posición de la Unión Europea en el sentido de promocionar la igualdad de oportunidades acabando con las desigualdades actuales que afectan a las oportunidades de las mujeres.

En este caso, el recurrente, un profesor, no logra un ascenso porque, en aplicación del artículo 25.5 de la Ley de Función Pública del Land de Nordrhein-Westfalia expresa

Quando en el sector del organismo competente en el que deba producirse la promoción haya menos mujeres que hombres en el nivel del correspondiente puesto de la carrera se concederá preferencia en la promoción a las mujeres, en igualdad de aptitud, competencia y prestaciones profesionales, salvo que concurran en la persona de un candidato motivos que inclinen la balanza a su favor.

¹⁶³ *Ibidem*, pp. 98 y 99.

¹⁶⁴ *Idem*.

¹⁶⁵ *Idem*.

¹⁶⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, del 11 de noviembre de 1997, en el asunto C-409/95, del caso Hellmut Marschall y Land Nordrhein-Westfalen.

Esto es, ascienden a una compañera mujer que tenía igual capacidad que él. Es un caso semejante a Kalanke, pero no idéntico porque la cuota no es automática en el caso de infrarrepresentación, sino que existe una cláusula de apertura: se establece un regla de preferencia en favor de las mujeres, pero pueden concurrir motivos en la persona de un candidato que inclinen finalmente la balanza a su favor.

La sentencia establece la necesidad de decisiones individualizadas y no de preferencias automáticas, lo que implicaría que en cada caso, habría que analizar las circunstancias que concurren, tanto de la igualdad de méritos, como de aquellas que puedan inclinar la balanza hacia alguno de los candidatos. La raza o el sexo pueden constituir factores para tener en cuenta a la hora de favorecer el empleo, la promoción o la admisión en una institución educativa o similar, *pero la preferencia no sería siempre y en todo caso absoluta e incuestionable*.

En el sunto *Kalanke vs. Hansestadt Bremen*¹⁶⁷ señala explícitamente que una normativa nacional que garantiza la preferencia absoluta e incondicional de las mujeres en un nombramiento o promoción va más allá de una medida de fomento de la igualdad de trato y sobrepasa los límites de la excepción establecida en el artículo 2.4. de la Directiva 76/207/CEE.

Con ambas sentencias no se entra en una contradicción sino que en el caso Kalanke se refiere a un supuesto de aplicación de preferencia automática en favor de las mujeres en los ámbitos en los que estén infrarrepresentadas. En el caso Marschall, lo que se contiene es una “cláusula de apertura” y de acuerdo con ella, las mujeres no gozan de preferencia en la promoción si concurren en la persona de un candidato masculino motivos que inclinen la balanza a su favor.

Con dicha “apreciación objetiva” se cuestiona la preferencia automática a favor de las mujeres, y se vuelve a abrir el debate sobre los límites entre la igualdad, la no discriminación y la legitimidad de las acciones positivas.¹⁶⁸

¹⁶⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, del 17 de octubre de 1995, asunto C-450/93, caso Eckhard Kalanke y Freie Hansestadt Bremen.

¹⁶⁸ Durán y Lalaguna, Paloma, *op. cit.*, nota 14, p. 289 “No resulta accesorio recordar aquí el texto de la Recomendación 84/635/CEE, del Consejo, del 13 de diciembre de 1984, que en materia de acciones positivas afirmaba en su tercer considerando que las normas jurídicas existentes sobre igualdad de trato, que tienen por objeto conceder derechos a los individuos, son insuficientes para eliminar toda forma de desigualdad de hecho, si paralelamente no se emprenden acciones por parte de los gobiernos y de los interlocutores sociales y otros organismos competentes, tendentes a compensar los efectos perjudiciales que resultan, para las mujeres en activo, de actitudes, de comportamientos y de estructuras de la sociedad”.

En la sentencia Badeck, marzo de 2000, se plantea la posible contradicción con la directiva 76/207 de la Ley del Land de Hesse sobre la igualdad de derechos entre mujeres y hombres para la eliminación de la discriminación de las mujeres en la administración pública (de 1993). El Tribunal utiliza el *test* Kalanke/Marschall a fin de enjuiciar diversas acciones positivas de esta Ley.¹⁶⁹

En definitiva, de acuerdo con la normativa comunitaria, *la solución a la preferencia* de las mujeres como vía para garantizar la igualdad de oportunidades, es la fórmula de las apreciaciones objetivas, manteniendo un acceso preferencial, que no es lo mismo que automático, en igualdad de méritos respecto a los candidatos masculinos.

Paralelamente, la normativa comunitaria ha ido acompañada de los Programas de Igualdad:

- Primer Programa de Igualdad (1982-1985). Materia de empleo para mujeres. Desarrollo de la legislación en materia de igualdad de trato y promoción de la igualdad mediante las acciones positivas.
- Segundo Programa de Acción (1986-1990). Favorecer la presencia femenina en empleos donde tradicionalmente estaban subrepresentadas, y a favorecer y fomentar un reparto equitativo de las responsabilidades profesionales y familiares.
- Tercer Programa de Acción comunitaria a medio plazo (1991-1995). Consolidar los logros en el campo de la igualdad y crear mecanismos para favorecer a las mujeres en el terreno de la formación profesional y el empleo. Reducir obstáculos en el acceso al empleo, mejorar la calidad en dicho acceso mediante el fortalecimiento de acciones en beneficio de la educación y la formación profesional, la mejor gestión de los recursos humanos, y la aplicación de acciones positivas en las empresas.
- Cuarto Programa de Acción comunitario para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (1996-2000). Fomento de la cooperación e igualdad en una economía cambiante, la integración de la perspectiva de género en el diseño de las actuaciones políticas y en el diálogo social, favorecer los cambios en la cultura empresarial y orga-

¹⁶⁹ Rey Martínez, F., *op. cit.*, nota 53, pp. 81 y ss. En este texto se puede ver comentadas diversas sentencias que han dado pauta a la clarificación de estos conceptos o acciones. Así véanse sentencia Katarina Abrahamsson (y otras), del 6 de julio de 2000; sentencia Julia Schnorbus, del 7 de diciembre de 2000; sentencia Lommers, del 19 de marzo de 2002.

nizativa, fomentar el cambio de actitudes en la educación, la cultura, los medios de comunicación, diversificar las opciones profesionales de mujeres y hombres, eliminar la segregación ocupacional y las discriminaciones que persisten en el empleo, así como favorecer la creación de empresas por las mujeres. Por otra parte, el programa busca la conciliación de la vida familiar y laboral para mujeres y hombres, elabora estrategias para fomentar una participación equilibrada en la toma de decisiones y garantizar la aplicación de legislación comunitaria.¹⁷⁰

El balance es alentador, tanto la legislación como la jurisprudencia comunitaria han sido catapultas para la aplicación de acciones positivas que, al margen de la calificación jurídica, han sensibilizado a la sociedad y al sector empleador para facilitar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.¹⁷¹

El Tribunal de Luxemburgo ha jugado también un papel importante y ha podido definir con extrema claridad conceptos como discriminación directa (cubiertas y encubiertas) y discriminación indirecta, fundamentalmente.

Asimismo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, su jurisprudencia, ha ido perfilando, aun más, el concepto de discriminación indirecta a través de las sentencias *Bilka*, 170/84; *Rummler* 237/85; *Mary Murphy* 157/86 y *Danfoss* 109/88, entre otras.¹⁷²

4. Consejo de Europa

El Consejo de Europa es diferente al marco comunitario. El Consejo de Europa es una organización internacional de cooperación intergubernamental creada mediante tratado internacional el 5 de mayo de 1949 con entrada en vigor el 3 de agosto de ese mismo año. Su sede se encuentra en Estrasburgo y su misión central es reforzar, en el espacio constituido por sus Estados miembros, la democracia, los derechos del hombre y el Estado de derecho; en definitiva, se potencia la defensa y promoción de los valores políticos fundamentales de todos sus Estados miembros.¹⁷³

¹⁷⁰ Durán y Lalaguna, Paloma, *op. cit.*, nota 14, p. 290.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 291.

¹⁷² Véanse los elementos que perfilan a la discriminación indirecta en el propio concepto que de la misma damos más arriba.

¹⁷³ González Martín, Nuria, "Consejo de Europa", *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, Porrúa-UNAM, 2005, p. 172.

Como decimos, el Consejo de Europa es independiente de la Unión Europea y se compone, en la actualidad, de 41 Estados de todo el continente, incluidos todos los Estados miembros de la Unión Europea y los de la Europa del Este, en la que la interpretación de la igualdad difiere de Europa Occidental.

La actividad más sobresaliente del Consejo de Europa es la protección de los derechos humanos. De esta manera, en el Consejo hay que diferenciar entre las prácticas para fomentar la igualdad de oportunidades y lo que podría ser la igualdad de resultados.¹⁷⁴

Las pautas de este foro internacional son las siguientes:

1. La existencia de discriminación positiva o de tratamiento preferencial para una persona o grupo de personas de un sexo, no se considerará como una derogación ilegal del principio de igualdad entre los sexos, teniendo en cuenta que para conseguir ésta de forma rápida son necesarias medidas especiales de carácter temporal.
2. Las medidas adoptadas se mantendrán hasta que la igualdad de oportunidades y de trato se haya conseguido.
3. Las medidas de acción positiva serán aprobadas por los Estados en sus relaciones con los ciudadanos, grupos o instituciones, entendiéndose que constituyen un modo de cumplir los derechos consagrados en la Convención contra las formas de discriminación contra la mujer, de las Naciones Unidas, que deben estar incorporados en las legislaciones nacionales con los correspondientes procedimientos de garantía.

Los tres principios enunciados implican:

1. La necesidad de un seguimiento y evaluación de estas medidas a través de un grupo de especialistas en acciones positivas.
2. La divulgación paralela de las conclusiones del grupo de especialistas en *mainstreaming*, que potencia la incorporación de la igualdad de oportunidades de un modo transversal, en cualquier política o programa que pueda adoptarse tanto a nivel público como privado.

5. América Latina

En Latinoamérica la situación es diferente. Las acciones positivas han estado centradas en la integración de mujeres en los procesos de toma de decisiones, y en su incorporación a los procesos de desarrollo.

¹⁷⁴ Vogel-Polsky, E., *Positive Action and the Constitutional and Legislative Hindrances to its Implementation in the Member States of the Council of Europe*, Strasbourg, 1989, Documento EG (89), 1.

En un gran número de países se han potenciado los mecanismos necesarios para garantizar la igualdad de oportunidades, fundamentalmente entre mujeres y hombres, pero dichos mecanismos siempre están supeditados a los presupuestos económicos para la realización de dichas acciones positivas.

Las acciones positivas se han identificado en muchos casos con las cuotas, omitiendo el verdadero concepto de aquéllas, en las que no sólo se pretende integrar un porcentaje, en este caso de mujeres, sino también fomentar la participación de éstas en todos los ámbitos de actuación de la sociedad.

Aquí se hace más clara la afirmación de que *la igualdad no es identidad* y como consecuencia, *la igualdad puede ser un criterio para medir el “quantum” aceptable generalmente de desigualdad*.¹⁷⁵

Son diversos los casos que podemos presentar para proyectar la situación en Latinoamérica con respecto a las políticas de acción positiva. Así, en el caso de Colombia tenemos que la Constitución de Colombia de 1991 reconoce toda suerte de derechos fundamentales y ahí destacamos la consagración del principio de igualdad y no discriminación, así como los mecanismos tendentes a lograr la protección y efectividad de tales derechos.¹⁷⁶ El artículo 13 de la Constitución colombiana establece que “todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunida-

¹⁷⁵ Rey Martínez, F., *Posibilidades y límites de las medidas de acción positiva a favor de las mujeres*, conferencia pronunciada en el curso *Mujer y trabajo: un debate europeo sobre la igualdad*, celebrado en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Santander, 21-23 de junio de 1999, *cit.* por Durán y Lalaguna, Paloma, *op. cit.*, nota 14, p. 284.

¹⁷⁶ Así, la Constitución en su artículo 86 consagra la acción de tutela como mecanismo preferente y sumario para la protección de los derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública, o un particular en los casos expresamente señalados. La acción se ha de tramitar ante cualquier autoridad judicial, en cualquier momento, a través de un trámite expedito y siempre que la persona afectada no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que la tutela se instaure como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La protección consistirá en una orden judicial para que aquel respecto de quien se instaure la tutela actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo es de inmediato cumplimiento, susceptible de ser recurrido, la autoridad judicial debe decidir en un término perentorio de diez días, so pena de comprometer su responsabilidad disciplinaria, y debe ser remitido de inmediato a la Corte Constitucional a efecto de que esta Corporación realice la revisión eventual que prevé la Carta. La tutela procede frente a particulares encargados de la prestación de un servicio público, o cuya conducta afecte de manera grave y directa el interés colectivo, o respecto de quien el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión. Moreno Flórez, Sandra Paola, “El principio de igualdad y no discriminación a la luz de la jurisprudencia de la corte constitucional colombiana”, Pérez Royo, Javier *et al.*, *op. cit.*, nota 5, pp. 666 y 667.

des sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica”; tenemos, entonces, que se consagra la cláusula general de igualdad y no discriminación haciendo hincapié que a la luz de la Constitución colombiana, que la igualdad, además del carácter de principio fundamental, tiene la consideración de derecho fundamental de las personas, entendido éste como un derecho subjetivo susceptible de ser amparado a través de la acción de tutela (artículo 86) y de aplicación inmediata.

La novedad, así lo podríamos decir, que permea a la Constitución colombiana y que, en cierta medida, la diferencia de otras tantas Constituciones que tan sólo se limitan a enunciar o proclamar un principio de igualdad y una prohibición de discriminación es que Colombia a efecto de que la igualdad reconocida trascienda de la categoría de un enunciado meramente teórico, la carta magna reconoce una serie de garantías adicionales tendentes a que la igualdad sea real y efectiva. Así las cosas, la Corte Constitucional ha elaborado en la jurisprudencia nacional una compleja teoría sobre la igualdad y la no discriminación. Al decir de Moreno Flórez, el Estado social de derecho colombiano asume un triple compromiso tendente: *a)* a promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva; *b)* adoptar medidas a favor de grupos discriminados y marginados, y *c)* dispensar una especial protección a personas que se hallen en situación de debilidad manifiesta.¹⁷⁷

De esta manera, la Corte en relación con las medidas de acción positiva ha señalado que

el principio de igualdad y la posibilidad de realizar el Estado una diferenciación positiva tienen como fundamento el Preámbulo de la Constitución, cuando éste se refiere al propósito de asegurar la igualdad dentro de un marco social justo. También en el artículo 2 al consagrar los deberes sociales del estado, propugna por el cumplimiento de uno de los fines esenciales, cual es garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (sentencias T-330/1993 y C-472/1992).

En referencia a la igualdad de oportunidades, la Corte expresa que más que una garantía el artículo 13 contiene la consideración de derecho fundamental mediante el que se “equipara” a las personas en inferioridad de condiciones, para garantizarles el pleno goce de sus derechos (sentencia T-288/1995).

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 680.

Como vemos, la igualdad es el derecho estrella en Colombia porque la Corte Constitucional trabaja de manera intensa y así, aproximadamente, el 30% de los casos resueltos por la Corte gira en torno a la igualdad, concebida como un mandato dirigido a todos los poderes públicos de tratar “igual”.

Incluso la Corte llega más allá y crea una serie de instrumentos metodológicos:¹⁷⁸

1. Instrumento prestado de los Estados Unidos de América, *Carolina vs. EUA* (1940) en el que se establece que para examinar los tratos diferentes hay que analizar los derechos en juego (“juicio de razonabilidad”) y así los criterios sospechosos tienen que ser sometidos a un estricto escrutinio.¹⁷⁹

¹⁷⁸ Recomendamos en torno a las medidas concretas que Colombia implementa para poner en marcha las acciones positivas a Estrada, Alexei Julio, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, así como su participación en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en la I Jornada Internacional sobre Discriminación, el 7 de diciembre de 2006.

¹⁷⁹ La doctrina de la clasificación razonable y la doctrina de la clasificación sospechosa son temas de máximo interés y que no han sido abordados en este trabajo, por lo tanto, hay que darle su lugar expresando que la “razonabilidad” exigida por la primera, para que la clasificación no vulnere la igualdad viene determinada por el trato semejante a los “similarmente situados” atendiendo al propósito de la ley. La “sospechosa” a la que va referida la segunda, tiene que ver con las clasificaciones basadas en el credo, raza, nacimiento, etcétera, y se traduce en la presunción de inconstitucionalidad de las leyes que empleen los rasgos definitorios mencionados. En la década de los cuarenta, la doctrina de la clasificación sospechosa se completó por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América siguiendo tres estándares de revisión a la hora de enjuiciar la constitucionalidad de una clasificación normativa: el *rational relationship test*, el *strict scrutiny test* y el *intermediate test*. El primero, exige la racionalidad de la relación entre los medios (la regulación) y los fines perseguidos, asumiendo que toda legislación debe tener un objetivo público legítimo. El segundo, supone que para aceptar una clasificación sospechosa, el Tribunal Supremo requiere que el autor de la norma demuestre que persigue un fin primordial (*compelling interest*) que justifique una limitación de valores constitucionales fundamentales. Por último, y a partir de 1976, el Tribunal Supremo siguió el *intermediate test* particularmente en los casos relativos a clasificaciones originadas por el sexo, aunque no sólo. En la articulación de esta forma de revisión, la doctrina verá seis técnicas argumentativas concretas: 1) insistir en que los objetivos perseguidos por una clasificación son “importantes” (aunque no lleguen a ser primordiales, *compelling*, como demandaría un escrutinio estricto); 2) requerir que las reglas empleadas por el autor de la clasificación estén “sustancialmente dirigidas a la consecución de los objetivos” invocados para defender aquellas reglas; 3) enfocar la diferencia no desde un punto de vista distinto hacia la autoridad legislativa, o desde una perspectiva objetivamente neutral, sino desde el prisma del grupo en situación de desventaja por sí mismo; este enfoque requiere “que el juez intente obtener la perspectiva de un grupo al que no pertenece”; 4) requerir una articulación actual, es decir, rehusar suplir la diferencia cuestionada con un criterio dibujado en la imaginación judicial; 5) limitar el uso de las ideas adicionales posteriores para justificar la regla

2. *Test* intermedio. La Corte lo utiliza cuando adoptan acciones positivas transitorias, es decir, están a favor de un grupo especialmente discriminado pero tienen cierta desconfianza al aplicar acciones positivas.
3. Cuando están relacionados aspectos económicos.

Así las cosas, en 1996 en Colombia se establece un juicio de proporcionalidad como herramienta argumentativa para resolver problemas de ésta índole. En esta tesitura en 2001, a raíz de lo estipulado en el Código Civil colombiano en relación con la adopción y, concretamente, la edad mínima para poder adoptar (25 años) expresó que era un requisito irrazonable e injustificado. Introduce el instrumento metodológico citado: decidiendo sobre el fondo y posteriormente realizando un juicio de proporcionalidad.

discriminatoria. En especial, hay que comprobar si detrás de una regla “para compensar pasadas discriminaciones de las mujeres”, no está “el tradicional modo de pensar sobre ellas”, y 6) requerir que el esquema legal sea alterno tanto como lo permita la refutación en casos individuales; el legislador no debe actuar “al por mayor” cuando ciertas materias sensibles estén en cuestión”. Rey Martínez, F., *op. cit.*, nota 53, pp. 52 y ss., así como Barrére Unzueta, Ma. Ángeles, *op. cit.*, nota 73, pp. 38 y 39. Como vemos, el concepto incluye diferentes perspectivas, sobre todo cuando se debe otorgar un trato igual o cuando, con la finalidad de alcanzar la igualdad real, es necesario impulsar diferencias de trato que no sean discriminatorias, comprendiendo las acciones positivas. En principio, para situaciones iguales en sí mismas, se impone la igualdad de trato, pero, casi siempre, no estamos en presencia de situaciones idénticas, sino parecidas o con un cierto grado de similitud. En estos últimos casos, es necesario determinar el grado o intensidad de posibles diferencias de trato, dentro de las razonables y no discriminatorias. En este sentido, el “test” o escrutinio sobre la igualdad y la no discriminación prefigurado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es, al decir de Teresa Feixes, especialmente remarcable y pertinente. El Tribunal lo ha elaborado a partir de la aplicación del artículo 14 CEDH, que garantiza la igualdad en el disfrute de los derechos reconocidos por el Convenio y así el Tribunal construye su análisis sobre tres puntos: 1. La existencia de situaciones comparables y así se aplicará el test ante situaciones verdaderamente comparables, con indicios de precisar una cierta diferencia de trato; 2. La pertinencia del trato diferente, es decir, la diferencia de trato debe justificarse mediante razones objetivas y compatibles con los principios generalmente reconocidas en una situación democrática, y 3. Principio de proporcionalidad, es decir, la diferencia de trato debe ser proporcional a las culpas que la originan y a las finalidades perseguidas y, la proporcionalidad, debe ser también presente en los medios utilizados para tal fin. De esta manera, si los tres puntos del *test* o escrutinio resultan positivamente evaluados, la diferencia de trato no es discriminatoria y es compatible con las exigencias del mencionado artículo 14 CEDH. Freixes, Teresa, *op. cit.*, nota 30, p. 622. Si seguimos abundando en el tema, tenemos que para “legitimar” esta actuación en forma de acción positiva, ha de estar sometida, reiteramos, a un severo escrutinio de razonabilidad, es decir, para aplicar el principio de proporcionalidad se ha de corroborar: 1. Principio de utilidad o idoneidad; 2. Principio de mínima intervención o de necesidad; 3. Principio de proporcionalidad *stricto sensu*; 4. Objetividad de la situación de discriminación; 5. Transitoriedad de la discriminación inversa; 6. han de establecerse mediante ley. Aranda Álvarez, Elviro, *op. cit.*, nota 28, p. 783.

La Corte, en este caso citado, expresó que: 1. La edad (mínima) en principio no es sospechoso. La edad se convierte en un criterio sospechoso cuando son edades máximas, pero no cuando son mínimas porque naturalmente van a llegar a la edad, en principio; 2. No hay obligación de hacer un juicio intenso de igualdad, sino un test intermedio ya que es un derecho cobijado por la Constitución colombiana; y 3. Se hace un juicio de proporcionalidad.

Pocas legislaciones han tratado el tema de manera tan cuidadosa y puntual, de ahí que podamos pensar que las medidas de acción positiva implementadas en el ordenamiento jurídico colombiano puedan ser modelo a seguir dado el rigor y criterio argumentativo que se está estableciendo con respecto a la misma tanto a nivel legislativo como jurisprudencial.

Por otro lado, comentar que Colombia también implementó un proyecto de ley mediante el cual se reconocen las uniones de parejas del mismo sexo,¹⁸⁰ así como sus efectos patrimoniales y otros derechos que derivan de la misma. Es un proyecto que cobró rápidamente sustento legal al apoyarse en los principios básicos que sustenta la propia Constitución colombiana de 1991, al instaurarse como principio básico la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad (que implicaría el pluralismo), así como la igualdad tal y como hemos comentado.¹⁸¹

Brasil, por otro lado, aborda de manera constante el tema del combate de la discriminación y el fomento de la igualdad racial. Hay que recordar que la lucha en contra de la discriminación en Brasil es histórica ya que la población negra e indígena es prácticamente la mitad de la población total del país.¹⁸² Desde su Constitución de 1891 se contempló formalmente que todos los habitantes son iguales ante la ley. Las subsecuentes Constituciones, van siete en el periodo republicano, reiteran este principio con variaciones de estilo;¹⁸³ sin embargo, en la vida cotidiana existe discriminación, a pesar

¹⁸⁰ Una ley que difiera de la ley española de 2005, ...en cuanto le da el status de matrimonio a las uniones entre personas del mismo sexo. En torno al tema, sugerimos la lectura de González Martín, Nuria, “Un acercamiento a las nuevas estructuras familiares: la adopción homoparental”, en González Martín, Nuria y Rodríguez Benot, Andrés (coords.), *El derecho de familia en un mundo globalizado*, México, UNAM-Porrúa, 2007 (en prensa).

¹⁸¹ Gaviria, Carlos, “La experiencia colombiana en la defensa de los derechos de los homosexuales”, *Memorias del Foro Internacional sobre la No Discriminación...*, op. cit., nota 109, p. 230.

¹⁸² Como singularidad, decir que Brasil es la segunda nación por el tamaño de su población negra en todo el planeta, sólo detrás de Nigeria. Martins de Souza, Douglas, “La experiencia de Brasil en el combate a la discriminación racial”, *ibidem*, pp. 189-191.

¹⁸³ Un análisis sobre el recorrido de las disposiciones constitucionales brasileñas hasta la fecha lo podemos encontrar en *ibidem*, p. 191 y 192.

de la reconquista de las libertades democráticas, cuyo marco jurídico es la actual Constitución de 1988, conocida como la Constitución Ciudadana,¹⁸⁴ por ello el gobierno busca la promoción de la igualdad racial como un valor fundamental de la diversidad y la tolerancia. Es un principio que tiene prioridad en la formulación de las políticas públicas y lo podemos constatar desde que el 21 de marzo de 2003, Ley 10,678-03, se creó la Secretaría de Promoción de la Igualdad Racial de la Presidencia de Brasil como el órgano del Estado encargado de promover la igualdad racial.¹⁸⁵

En el organigrama del Poder Ejecutivo Federal, la Secretaría fue colocada dentro del gabinete de la Presidencia de la República, esto es indicativo ya que responde a la exigencia de que la promoción de la igualdad racial debe atravesar a todos los ministerios como una cuestión de principio, es decir, los programas de las diferentes áreas de gobierno —salud, educación, justicia, etcétera— deberán incluir, en la medida que les resulte pertinente, la promoción de la igualdad racial.¹⁸⁶

La Constitución brasileña de 1988, en su artículo 5o., adoptó el principio de igualdad de derechos, vislumbrando la igualdad de oportunidades de adquirir una igualdad de posibilidades formales, es decir, que todos tengan el derecho de un tratamiento igual ante la ley, de conformidad con los criterios consagrados por el ordenamiento jurídico.¹⁸⁷

Martins de Souza expresa que esta política brasileña se realiza teniendo en consideración tres principios: transversalidad, descentralización y admi-

¹⁸⁴ Con la promulgación de la Constitución de 1988 cobró vigencia el inciso XLII del artículo 5o., que afirma que la práctica del racismo es un “crimen sin derecho a fianza e imprescriptible, sujeto a pena de cárcel, en los términos que marca la ley” y así para dar cobertura a tal disposición, en 1989 fue sancionada la Ley 7,716 para reglamentar la materia. Véase Silva, José Afonso da, *Constituciones iberoamericanas. Brasil, México*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 49 y ss.

¹⁸⁵ En la estructura de la Secretaría se inserta el Consejo Nacional de Promoción de la Igualdad Racial (CNPiR), constituido por 10 ministerios y otras entidades identificadas con los diversos segmentos étnicos-raciales con representación nacional. A su vez la Secretaría está integrada por tres Subsecretaría: de Planeación y Formulación Política (encargada de la administración y el presupuesto), de Políticas para Comunidades Tradicionales Afirmativas (encargada de las comunidades organizadas con fundamento en valores étnicos) y de Políticas de Acciones Afirmativas (encargada de los programas de inclusión y formulación de políticas conjuntamente con las áreas de ejecución como educación, cultura, deportes y trabajo, principalmente).

¹⁸⁶ Martins de Souza, Douglas, *op. cit.*, nota 182, p. 195.

¹⁸⁷ Rodrigues da Cunha e Cruz, Marco Aurelio, “O princípio da igualdade na Constituição brasileira”, Pérez Royo, Javier *et al.*, *op. cit.*, nota 5, pp. 811 y ss.

nistración democrática. Los tres principios son inseparables y de una magnitud realmente importante en este discurso sobre la igualdad si se desea la efectividad de la promoción de la igualdad de trato y de oportunidades. Al hablar de la transversalidad se refiere a la promoción de la igualdad racial como premisa del conjunto de políticas del gobierno.¹⁸⁸ La descentralización implica un modo de administración que compromete a los demás entes de la Federación, así la Constitución de 1988 expresa que el combate a los factores de marginación y la promoción de la integración social es competencia de la Unión, de los estados, del Distrito Federal y de los municipios. Por último, en referencia a la administración democrática implica una diversidad de canales de diálogo, de colaboración y armonización de las acciones y apoyo de la sociedad civil.¹⁸⁹

No será, como venimos constatando, una tarea fácil pero la inquietud y sobre todo la preocupación y activación de estas acciones promoverán, sin lugar a dudas, el rebase de obstáculos de diversa índole, en donde destacamos el cultural, y así promover la igualdad de oportunidades que afecta a los niños, ancianos, mujeres, personas con discapacidad e indígenas, fundamentalmente.

Costa Rica es otro caso digno de mención en el contexto latinoamericano.

La Constitución Política de Costa Rica establece una jerarquía de las normas, mediante la cual da rango constitucional a la regulación internacional sobre derechos humanos, la cual se sitúa por encima de la legislación nacional, los reglamentos, los decretos y la costumbre. Esta jerarquía la refuerza la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia al establecer que los derechos o garantías establecidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos priman sobre la Constitución Política. Con este voto de la Sala Constitucional se elevó a un rango superior al de la Constitución Política todos los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, incluyendo los tratados internacionales en tanto pautas orientadoras que surgen de las normas uniformes, declaraciones, resoluciones, etcétera,

¹⁸⁸ También podemos hablar que como consecuencia de haberse reconocido “en todos los ámbitos” la igualdad entre las mujeres y los hombres tiene un carácter transversal a toda la normativa y a toda la acción política (el *mainstreaming* de género) y es también un derecho fundamental. Freixes Sanjuan, Teresa, *op. cit.*, nota 30, p. 617 y ss. Véase, asimismo, Rees, T., *Mainstreaming Equality in the European Union: Education, Training and Labour Market Policies*, Routledge, London, 1998; Pollack, M. A., y Hafner-Burton, E., “Mainstreaming Gender in the European Union”, *Journal of European Public Policy, Special Issue on Women, Power and Public Policy*”, vol. 7, 2000, pp. 385-405, entre otras.

¹⁸⁹ Martins de Souza, Douglas, *op. cit.*, nota 182, p. 195.

de los organismos internacionales. De esta manera el artículo 33 constitucional expresa que “Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana”¹⁹⁰ en el que incluimos la normativa convencional internacional.¹⁹¹

Como consecuencia de lo anterior y de la asunción de las obligaciones internacionales por el Estado costarricense se han aprobado leyes dirigidas a prevenir, sancionar y erradicar la discriminación, ejemplos de ello son la Ley de Promoción Social de la Mujer, la Ley de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, la Ley Integral para la Persona Adulta Mayor, el Código de la Niñez y la Adolescencia, la Ley de Violencia Intrafamiliar y la Ley contra el Hostigamiento Sexual.

Costa Rica ha establecido una diversidad de acciones para el combate de la discriminación desde los tres poderes.

Desde el Poder Judicial cuenta con una Sala Constitucional, así conforme a la Ley de Jurisdicción Constitucional se pueden interponer diferentes recursos: habeas corpus, amparo y acción de inconstitucionalidad.¹⁹² No obstante, teniendo toda una serie de acciones la Sala Constitucional emite fallos que aún mantienen prejuicios discriminantes contra algunos sectores sociales.

Por su parte, el Poder Legislativo ha creado la Defensoría de los Habitantes, la cual ha establecido oficinas específicas para tutelar el derecho de la no discriminación, una acción que pretende contribuir con asegurar la prevención, erradicación y sanción de la discriminación.

El Poder Ejecutivo ha creado una serie de instituciones cuyo objetivo es buscar la igualdad de oportunidades para diversos sectores sociales, así cuenta con un Patronato Nacional de la Infancia, órgano constitucional que busca tutelar los derechos de los niños, niñas y adolescentes del país; el Instituto Nacional de la Mujer, con rango de ministerio que desarrolla programas dirigidos a eliminar la discriminación contra la mujer; el Consejo

¹⁹⁰ La Constitución de Costa Rica de 1948, reformó en 1968 el artículo 33 para añadirle la frase “y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana” y con ello se acogió el principio de interdicción de la arbitrariedad, que prohíbe al legislador, a la administración pública y a los jueces establecer diferencias fundadas en la raza, la religión o el sexo. Hernández Valle, Rubén, *Constituciones Iberoamericanas. Costa Rica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 37.

¹⁹¹ Jiménez Sandoval, Rodrigo, “El ordenamiento jurídico costarricense para prevenir la discriminación: proceso, alcances, desafíos y lecciones”, *Memorias del Foro Internacional sobre la No Discriminación...*, op. cit., nota 109, pp. 175 y ss.

¹⁹² *Ibidem*, p. 178.

Nacional del Indígena, que busca garantizar los derechos de esta población; el Consejo Nacional de Rehabilitación y Educación Especial, cuya misión es la búsqueda de la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad; el Consejo de la Persona Joven, que ejecuta programas dirigidos a las personas jóvenes y el Consejo de la Persona Adulta Mayor.¹⁹³

La Constitución Política de Perú vigente señala en su artículo 2.2 que toda persona tiene derecho “A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”. El artículo 6.3 garantiza a todos los hijos iguales derechos: “Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad”. El artículo 26, relacionado con los principios laborales, plantea la “igualdad de oportunidades sin discriminación”. El artículo 63 relativo a la inversión nacional y extranjera dice que éstas “se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional del Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas”, por último, el artículo 74.2 sobre régimen tributario y presupuestal sostiene que “El Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de la ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona”.¹⁹⁴

Perú posee la Ley núm. 27,270, publicada el 26 de mayo de 2000 en el diario oficial *El Peruano* y tipifica la discriminación como delito en el Código Penal estableciendo que quien discrimina a otra persona o grupo de personas por su diferencia racial, étnica, religiosa o sexual será reprimido con prestación de servicios a la comunidad de treinta a sesenta jornadas o limitación de días libres de veinte a sesenta jornadas. Además, la ley explica qué se entiende por discriminación, así expresa que es la anulación o alteración de oportunidades o de trato en los requerimientos personales, los requisitos para ingresar a centros de educación, formación técnica y profesional, que impliquen un trato diferenciado basado en motivos de raza, sexo, religión, opinión, origen social, condición económica, estado civil, edad o de cualquier otra índole. No obstante, la Ley aún no entró en vigor con lo cual no es elemento coactivo.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 180.

¹⁹⁴ Villarán de la Fuente, Susana, “Normas y políticas públicas contra la discriminación en Perú”, *ibidem*, p. 161

Además de esta Ley, Perú dispone de otras que contienen una idea muy aproximada y acertada del concepto, tratamiento de la igualdad y no discriminación, entre las que destacamos el Código de los Niños y Adolescentes de Perú e incluso el Acuerdo Nacional aprobado en julio de 2002, en el que se incluyen estrategias para la promoción de la igualdad, que integran a todos los partidos políticos con presencia en el Congreso, así como a organizaciones de la sociedad civil, y en el que se lograron 29 políticas de Estado.

Chile cuenta con mecanismos institucionales y legales habilitados para prevenir la discriminación en sus diversas formas, destaca el Plan Nacional para Superar la Discriminación, pero aún no cuenta con una norma que de manera integral aborde esta problemática, de ahí el debate en torno a la inclusión del concepto “discriminación” en el artículo 19, número 2 de su Constitución Política. El problema radica, fundamentalmente, en que no se han uniformado criterios, principalmente en el ámbito judicial, para abordar los casos de controversia en la materia.¹⁹⁵

No obstante la observación, tenemos que destacar que en Chile, en su legislación nacional, hay algunos cuerpos legales que abordan la temática de no discriminación conjuntamente con la consagración de derechos diferenciados en razón de grupos determinados, destacando la Ley Indígena de 1993, en la que se proclama la diversidad indígena; la Ley sobre Discapacidad de 1994, en la que se sanciona la discriminación por motivos de discapacidad e incluso se crea un Fondo Nacional de la Discapacidad cuya finalidad será administrar los recursos públicos para el financiamiento de ayudas técnicas en favor de personas con discapacidad de escasos recursos y el financiamiento de planes, programas y proyectos de prevención, rehabilitación y equiparación de oportunidades, presentados a concurso público por entidades dedicadas al área; la Ley de Culto de 1999, donde se proclama la libertad religiosa; la Ley de Sida de 2001, que prohíbe el examen del VIH Sida en materias laboral y educativa; la Ley sobre el Adulto Mayor de 2002, en la que se proyecta la integración de las personas de la tercera edad; la Ley del Consumidor de 1997 (con modificaciones introducidas en 2004); el Código del Trabajo con un marco normativo contra la discriminación en materia laboral.

Con estas premisas, muy prometedoras todas, aún cuando la Constitución contempla las concepciones de igualdad, así como muchas de las vías para prevenir y superar la discriminación, la no inclusión del término “discriminación” en su artículo 19.2 y el hecho de que aún no se hayan uniformado criterios, co-

¹⁹⁵ Cisternas Reyes, María Soledad, “Vías constitucionales y legales para prevenir y superar la discriminación en Chile: desafíos”, *ibidem*, pp. 133 y ss.

mo dejamos constancia, se promueve un proyecto de reforma constitucional, en trámites desde 2000, ante el Parlamento chileno y tiene por finalidad incorporar a la carta magna el derecho a la no discriminación.¹⁹⁶

Por su parte, Argentina destaca con su Ley de Cupo argentina, ley 24.012, promulgada el 29 de noviembre de 1991, y su decreto reglamentario, del 8 de marzo de 1993, ley de “cupos” para asegurar la integración de las mujeres en las listas y procesos electorales.

Esta Ley se enfoca únicamente al ámbito electoral, incorporando un sistema de cuotas, el cual ha sido muy controvertido dentro de los países europeos.¹⁹⁷

Así las cosas, Argentina optó por un sistema de cuotas, que fue considerado, inconstitucional en Italia; en Francia supuso la reforma de la Constitución,¹⁹⁸ y se ha planteado con reservas en Gran Bretaña y Suiza.

Lo que es de resaltar es el enfoque que se le da a esta ley argentina pues no es de representación equilibrada sino un intento de incorporación de mujeres. De tal manera que en el artículo 60 de dicha Ley se impone la obligación de incluir un 30% de mujeres en las listas de candidatos.

Este 30% viene a constituir la denominada “masa crítica” para garantizar la participación de las mujeres en la vida política y ello abre el debate acerca de cuáles son los mecanismos más adecuados para garantizar la igualdad de oportunidad entre mujeres y hombres, en este caso, en la vida política.

6. Otros casos puntuales: Noruega e Italia

Noruega siempre es un caso muy ilustrativo y casi modelo al considerarse a la sociedad noruega como igualitaria en el sentido de contar con un buen sistema de seguridad social, con una mínima diferencia entre los ricos y los pobres, y donde el número de habitantes con diferencias étnicas es mínimo. No obstante, desde 1960 se produce una inmigración a Noruega, constituyendo ésta un 7.3% del total, y en la que se proyecta rápidamente problemas de racismo, sexismo y discriminación. En la actualidad no cuen-

¹⁹⁶ En torno al tema chileno y al proyecto de Ley Antidiscriminatoria, véase *ibidem*, 146 y ss.

¹⁹⁷ Ya tuvimos ocasión de apuntar que en Europa las posturas están encontradas, siendo algunos países partidarios de la política de cuota y otros no. En este último caso tenemos el rechazo a la política de cuota por parte del Reino Unido.

¹⁹⁸ Ruiz Miguel, A., “Paridad electoral y cuotas femeninas”, *Aequalitas*, mayo 1999, pp. 44 y ss., Rey Martínez, F., “Cuotas electorales reservadas a mujeres y Constitución”, *Aequalitas*, mayo 1999, pp. 52 y ss. *cit.* por Durán y Lalaguna, Paloma, *op. cit.*, nota 14, p. 295.

ta con una legislación integral en contra de la discriminación y de ahí que destaca, ante esta ausencia, la Ley de Igualdad de Género de 1978.

Ley noruega núm. 45, del 9 de junio de 1978. Ley de ámbito general de acciones positivas, para integrar a las mujeres en todos los sectores de la actividad social.

El artículo 1o. señala la promoción de la igualdad entre los sexos, y el compromiso de las autoridades públicas de promover dicha igualdad en todos los ámbitos de la sociedad. Para ello la Ley establece una serie de campos prioritarios que son la educación, el empleo, el progreso cultural y profesional.

En su artículo 3o. establece una cláusula general, que es la prohibición de tratamiento diferencial de mujeres y hombres, explicando en el mismo artículo que dicha prohibición no contradice el reconocimiento de algunos aspectos especiales de los derechos, basados en diferencias de carácter biológico.

Todo ello se garantizará:

1. La creación de un Consejo para la igualdad (artículo 13).
2. *Ombudsman*, defensor de la igualdad (artículo 12).
3. Responsabilidad por daños (artículo 17), y
4. La responsabilidad criminal (artículo 18) para los casos de incumplimiento de las decisiones tomadas por el Consejo o por el *ombudsman*.

Garantiza la igualdad en términos genéricos, sin establecer pautas o cuotas para hacerlo efectivo, tan sólo hace una referencia en ese sentido en el artículo 21 al regular la representación de ambos sexos en los comités de la administración pública: “cada sexo deberá estar representado con al menos el 40% de los miembros, cuando la Administración Pública nombre o elija comités, consejos de gobierno, juntas...”.

Ley que estableció la Defensoría del Pueblo desde 1978 y que ha sido una base institucional firme que ha resuelto con éxito problemas de discriminación hacia las mujeres en diversos ámbitos. El derecho a obtener información pública o privada, la cooperación en cuanto a compartir pruebas y la posibilidad de recibir medidas compensatorias contribuyen al buen funcionamiento de esta Defensoría.¹⁹⁹

¹⁹⁹ En cuanto a la estructura y funciones de la Defensoría del Pueblo de Equidad de Género, véase el artículo de Mile, Kristin, “Aplicación de las leyes antidiscriminatorias. La experiencia de Noruega”, *Memorias del Foro Internacional sobre la No Discriminación...*, *op. cit.*, nota 109, pp. 245 y ss. Comentar, por otra parte que “la Defensoría no tiene poder para tomar decisiones obligatorias pero trata de lograr acuerdos voluntarios en casos donde se ha determinado que hay

En definitiva, la Ley que comentamos no es de prioridades ni de preferencias automáticas. El objetivo lo ha conseguido: sensibilizar a la sociedad situándose a la cabeza de la participación de mujeres en todos los ámbitos.²⁰⁰

Poco a poco en Noruega va creciendo el interés en atajar la discriminación y ponderar los derechos humanos, ello es debido, en parte, a los cambios ocurridos en este y otros países debido al desarrollo de las convenciones internacionales, en el que no se escapan los lineamientos sobre discriminación en la Unión Europea.

Como resultado de la afirmación anterior, tenemos que destacar que en Noruega hay un nuevo capítulo en la Ley de Entorno Laboral de 2004, en el que se prohíbe la discriminación basada en el género, etnicidad, religión, creencias, discapacidad, edad u orientación sexual en la vida laboral.²⁰¹

Ley italiana 125, del 10 de abril de 1991 —actualmente en trámite de reforma— de aplicación de acciones positivas en el ámbito laboral.

Esta Ley es muy concreta en su ámbito de aplicación, pues sólo se dirige a la rama laboral, por lo que su eficacia no se ha visto reflejada en resultados prácticos para las mujeres italianas.

Establecimiento de acciones positivas que remuevan obstáculos que impiden la igualdad de oportunidades y para ello la Ley expresa:

1. Qué se entiende por discriminación y los mecanismos para erradicarla Comité del Ministerio de Trabajo y su seguimiento— (artículo 4o.).
2. Italia cuenta con un Ministerio de Igualdad, un Comité de Acciones Positivas para las Mujeres y un Comité para la Igualdad de Oportunidades.

incumplimiento de la ley. Sin embargo, es fundamental para la Defensoría que sus recomendaciones sean acatadas. Si ello no sucede, el caso puede ser llevado ante la Junta de Apelaciones. Esta Junta es convocada para sostener audiencias y fallar sobre las quejas generadas por las decisiones de la Defensoría o sobre casos presentados por ésta. Este organismo tiene el poder de hacer recomendaciones de carácter obligatorio, puede prohibir cualquier acción que contravenga la Ley de la Equidad de Género y puede ordenar cualquier medida necesaria para garantizar que tales acciones cesen o no se repitan. La Junta no puede indemnizar por daño u otorgar otra compensación monetaria en casos de discriminación”, p. 247.

²⁰⁰ Durán y Lalaguna, Paloma, *op. cit.*, nota 14, p. 295.

²⁰¹ También está en ciernes la propuesta de una ley contra la discriminación étnica y religiosa. Asimismo, hay una iniciativa de ley en contra de la discriminación de personas funcionales con discapacidad. Por último, comentar la constitución de un defensor del pueblo para la equidad y discriminación y una junta de apelaciones para manejar las posibles quejas acerca de las decisiones de éste. Un defensor basado, evidentemente, en el modelo de la Defensoría del Pueblo de Equidad de Género que hemos venido comentando.

La diversificación de tantos comités no ha beneficiado la consecución de la igualdad de oportunidades, y el hecho de restringirla al empleo tampoco ha sido significativamente positiva.

VIII. MODALIDADES DE LAS ACCIONES POSITIVAS²⁰²

Ante un panorama como el descrito no queda más que expresar que la acción positiva puede adoptar formas o “modalidades” diferentes, no es una medida uniforme por lo cual pueden cambiar los métodos para conseguir el objetivo principal.

Cada modalidad de acción positiva tendrá que ser congruente o se deberá ajustar al contexto particular para el cual se le demande una acción de este tipo. De esta manera destacamos, según nuestro parecer, las principales modalidades:

1. Medidas dirigidas a eliminar las causas subyacentes de las menores posibilidades de empleo o de carrera de cualquiera de los sexos, de las razas, etcétera.
2. Medidas que favorezcan un cierto equilibrio entre las responsabilidades familiares y profesionales, así como un reparto más equilibrado de estas responsabilidades entre los dos sexos, cuando hablamos, en específico, de la discriminación por género.
3. Medidas basadas en la idea de que la acción positiva debería procurar compensar las desventajas del pasado.

La primera de las medidas mencionadas, se centra, fundamentalmente, en la intervención en el sector de la orientación y formación profesional. Un ejemplo sería el establecimiento de programas de formación profesional que permitan el adiestramiento de miembros de las minorías para que puedan competir por empleos y ascensos. Dicho proceso, a su vez, puede consistir en buscar miembros de grupos desfavorecidos que tal vez no sepan a qué prestaciones tienen derecho en la esfera de la vivienda u otros bienes de carácter social.²⁰³ Son las denominadas “movilización positiva” y “equidad

²⁰² González Martín, Nuria, *op. cit.*, nota 7, pp. 354 y ss. y nota 12, pp. 804 y ss.

²⁰³ *Op. cit.*, nota 25, p. 112. Es lo que se denomina “movilización afirmativa o positiva”. Cuando lo que se quiere comprobar es si para acceder a un determinado empleo, por ejemplo, se ha realizado con base en sus méritos o si el racismo o el sexismo ha sido un factor en el proceso de evaluación, verificando la pertinencia de criterios de contratación o ascenso para los puestos respectivos y que éstos no se utilizan para ocultar la discriminación racial o sexual, se le deno-

positiva” destinadas a superar los problemas sociales de un determinado grupo, medidas de buena acogida y aceptación.

Por lo que respecta a la segunda medida, consideramos importante detenernos en ella para valorar su dimensión y/o proyección actual. Partimos entonces, en cuanto al sexo se refiere y en el contexto europeo, de la transposición de las Directivas del Consejo 92/85/CEE, del 19 de octubre, de protección de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o esté en periodo de lactancia y 96/34/CE, del 3 de junio, relativa al permiso parental, al ordenamiento jurídico español, por ejemplo, a través de la Ley 39/1999 para la conciliación de la vida familiar y laboral, del 5 de noviembre, que nace como una necesidad de adaptación de la célula básica de nuestra sociedad, la familia, la cual se ha visto obligada a adaptarse a una época de grandes cambios.²⁰⁴

España, por ejemplo, en veinte años ha pasado de un modelo familiar y laboral en el que la división de roles de género era dominante a un nuevo modelo en el que tanto mujeres como hombres participan directamente en el mundo del trabajo remunerado. Hablamos de conciliar la vida familiar y laboral (y nosotros agregaríamos “personal”),²⁰⁵ que debería consistir fundamentalmente en una efectiva equidad en la distribución de las responsabilidades familiares y laborales tanto desde el punto de vista personal como social, como elemento im-

mina a este proceso “equidad positiva o afirmativa”, un proceso que lleva a contratar siempre a las personas mejor cualificadas.

²⁰⁴ La Ley 39/1999 introduce modificaciones en el Estatuto de los Trabajadores en lo relativo a permisos y excedencias relacionados con la maternidad, paternidad y cuidado de la familia (permisos para consultas prenatales y cursos de preparación al parto —siempre que no puedan realizarse fuera del horario de trabajo—, permisos por maternidad, permisos por paternidad, hora de lactancia, permisos en caso de nacimiento prematuro, reducción de jornada por causas familiares, excedencia para el cuidado de familiares —no remunerado—, excedencia para el cuidado de hijas o hijos menores de seis años —no remunerado—, situaciones de riesgo asociadas a la maternidad), así como modificaciones en la Ley de Procedimiento Laboral, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, la Ley General de Seguridad Social y las Leyes reguladoras de la Función Pública.

²⁰⁵ La profesora Eva Martínez resalta la esfera personal porque a las mujeres ésta siempre se les ha negado (...) y no han podido tener tiempo físico y mental para sí mismas, ocio para cultivar su espíritu, su mente y su cuerpo, debiendo dedicarse en exclusiva a dar apoyo emocional, cuidar a la infancia, a familiares ancianos, enfermos o discapacitados, a las tareas domésticas y al trabajo fuera del hogar. La jornada interminable. Tiempo personal que a los hombres nunca se les ha negado. Martínez Sampere, Eva, “Legislación para combinar la vida personal, familiar y laboral. Análisis comparado desde una perspectiva autonómica, estatal e internacional”, *Jornadas Conciliar Vida laboral, Familiar y Personal. Descripción y análisis interdisciplinar de los bancos del tiempo. Legislación e impacto social*, Universidad de Sevilla, Servicio de Asistencia a la Comunidad Universitaria, 28 y 29 de mayo de 2003 (en prensa).

prescindible (pero no el único) para la efectiva igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.²⁰⁶ Una conciliación (que determina de partida un conflicto) que visualice esa necesidad de proteger y no atentar contra la salud de las mujeres y que ello no derive en una sucesión de acontecimientos que generen un problema para todos, como ejemplo no tenemos más que atender el planteamiento de muchas mujeres con vocación o con la inquietud de la maternidad y la tesitura en la que se encuentran cuando deben valorar el binomio: maternidad/trabajo remunerado y/o maternidad/no promoción laboral.

Hay una relación simbiótica entre la igual protección ante la ley y la no discriminación; este hecho lo explica la CIDH con gran precisión de la siguiente manera: “Una persona que goza de igual protección y reconocimiento ante la ley está facultada para actuar a fin de asegurar otros derechos ante actos públicos o privados. A la inversa, la discriminación de género dificulta o anula la capacidad de la mujer para ejercer libre y plenamente sus derechos y da lugar a una serie de consecuencias”.²⁰⁷

En realidad la crítica que persiste en el tema es que parece que la evolución hacia un papel cada vez más visible y activo de las mujeres en la vida social, respaldada por una normativa legal que la apoya e impulsa, se ha producido sin que se haya puesto en marcha, de forma seria y coincidente, apenas algún tipo de desplazamiento en las conductas y en los roles públicos y privados de muchos hombres, en la cultura que envuelve el mundo del trabajo —el estilo de organización, la distribución de los horarios o la legislación que regula las relaciones laborales—, en la dinámica de funcionamiento familiar, en las políticas de apoyo que ofrecen las instituciones

²⁰⁶ Corona Aguilar, Antonia, “¿Cómo conciliar en los tiempos que corren?”, *idem*. En Ana Guil Bozal, “Mujeres y hombres de hoy. El Banco del Tiempo. Perspectiva Psicosocial”, *idem*, se presentan una serie de datos que plantean interrogantes como que en España en 1998, más del 40% de quienes alcanzan el grado de doctor son mujeres, que en su mayoría sólo llegan a profesoras titulares ¿por qué el escaso 13% de catedráticas?. Expresa que la falta de ascenso o promociones no se debe a una falta de preparación y de ahí incoa a medidas como las acciones positivas, entre ellas conciliar la vida laboral con la familiar y la personal. Los bancos del tiempo representan un importante punto de apoyo a la difícil conciliación entre vida laboral, familiar y personal de las mujeres y los hombres.

En Romero Landa, Luis Benjamín, “Diferentes formas de economía y/o intercambios”, *idem*, se pueden contemplar los inconvenientes que pueden producirse en un banco del tiempo como el que tiene la Universidad de Sevilla y cómo se intenta resolver estos problemas en el caso concreto.

²⁰⁷ CIDH, Informe núm. 4/01, Caso 11.625. Maria Eugenia Morales de Sierra, Guatemala, 19 de enero de 2001, párrafo 52.

públicas, etcétera, lo que conduce a poner de manifiesto la existencia de desajustes y la permanencia de desigualdades.²⁰⁸

Por último, por lo que respecta a la tercera medida señalada, las acciones positivas consisten en el trato preferencial a favor de determinados grupos que bien puede plasmarse en objetivos cuantificados para el empleo de mujeres, grupos étnicos, etcétera, en sectores de actividad y profesiones donde están infrarrepresentados, especialmente en puestos de responsabilidad. Son planes de igualdad en las empresas y como una política más, en el sector público o privado, se incentivará a aquéllas que incorporen medidas innovadoras para hacer realidad la igualdad en su organización y proporcionen servicios que faciliten la conciliación.

Esta es la modalidad de acción positiva a la que nos hemos venido refiriendo, y que más controversia implica, y la que siempre se proyecta como modelo primigenio, ya que puede inducir a aplicar una preferencia hacia miembros de grupos sin tener en cuenta los méritos individuales; ahí es precisamente donde se debe tener sumo cuidado y no incidir en una discriminación hacia aquellos grupos que en principio no son vulnerables.²⁰⁹

IX. ALGUNOS FUNDAMENTOS O JUSTIFICACIONES DE LAS ACCIONES POSITIVAS

La filosofía en la que se enmarca las políticas de igualdad, es más, políticas de igualdad de oportunidades son, definitivamente, generadoras de mucha controversia y poco acuerdo.

El debate en torno a la *affirmative action*, acciones positivas, no es una cuestión numérica, minorías/no minorías, es sobre todo, una filosofía social, en la cual la nación o todos los individuos, en general, se deberían esforzar por erradicar la discriminación.

Podemos distinguir una diversidad de justificaciones para las acciones positivas. En primer lugar, tenemos el argumento de que las acciones positivas actúan para compensar una discriminación del pasado, por ejemplo, en el mercado de trabajo, que reemplazó a las minorías a una desventaja que nunca se hubiera dado por sí sola.

²⁰⁸ Flecha García, Consuelo, "Educación y relaciones de género", *op. cit.*, nota 205.

²⁰⁹ Invitamos al lector a consultar la cuestión que diferencia entre cuotas y objetivos determinadas en esta investigación en páginas anteriores.

Se necesita “discriminar”²¹⁰ temporalmente para el avance de la justicia social y el progreso; son demasiadas las distancias económicas, de educación y culturales, fundamentalmente. La acción positiva encierra toda medida que va más allá de la terminación con las prácticas discriminatorias para compensar discriminaciones pasadas, presentes o futuras.

De esta manera tenemos que en el aspecto económico, un país no puede soportar la pérdida de talentos que pueden ejercer su potencial. Es una cuestión lógica donde podríamos visualizar los *beneficios* de una política de igualdad en el empleo, por ejemplo, donde se expresa: 1. Igual empleo para todos los ciudadanos. 2. Reforzamiento de los objetivos sociales (plena igualdad), 3. Mejores servicios para los grupos desfavorecidos ya que los profesionales procedentes de dichos grupos conocen mejor los problemas del grupo, 4. Mejor aprovechamiento de la fuerza laboral, 5. Ingresos familiares más elevados, 6. Mayor producción nacional. 7. Mejor autoimagen de los ciudadanos, 8. Contribuyentes más útiles a la sociedad.

Como vemos, hay sólidas razones económicas para promover la igualdad de oportunidades, con la finalidad de que todo el mundo contribuya al bienestar económico,²¹¹ bienestar social de nuestras comunidades y participe del mismo

²¹⁰ En este momento, reiteramos la confusión terminológica existente entre las nociones de acción positiva, medidas de igualdad de oportunidades, discriminación positiva y discriminación inversa. No es infrecuente que en la literatura sobre esta materia denomine un mismo concepto de maneras diversas sin saber muy bien qué comprende cada término, existiendo, incluso, contradicciones entre los diferentes significados asignados a cada uno de ellos. Véase Ruano, Lucía, “Acciones positivas y discriminación positiva”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Madrid, año V, núm. 227, 1995. En el ámbito norteamericano continúa una ardua polémica entre términos que aparentemente pueden parecer sinónimos, como discriminación positiva y discriminación inversa. En el ámbito comunitario, el problema se encuentra, fundamentalmente, en la no idoneidad o adecuación de tales términos, tal y como se concibieron en los Estados Unidos de América, a la realidad europea. En Europa, hay una frontera tenue entre discriminación inversa y acciones positivas. Según Barrére Unzueta, “no es lo mismo (en el sentido de que no obtiene la misma legitimación social): a) establecer una reserva de plazas para la admisión de minorías, permitiendo a los estudiantes de esas minorías entrar con pruebas menos exigentes que, por ejemplo, a los blancos (discriminación inversa o positiva); que b) el supuesto de que, ante los mismos resultados de las pruebas de acceso se de prioridad a la entrada de los miembros de las minorías (acción positiva)”. En España el desarrollo de derecho antidiscriminatorio es por vía administrativa y judicial. En Europa es por vía legislativa.

²¹¹ Ya John Stuart Mill en su libro *La subyugación de las mujeres*, de 1869, explicó la “igualdad perfecta” entre hombre y mujer, es decir, que no haya privilegio ni poder para un sexo, ni incapacidad alguna para el otro porque la humanidad entera gana mucho con la igualdad: hombres y mujeres son más felices, se duplica la suma de facultades intelectuales para el bien de la especie humana y, finalmente, los varones se liberan de la corrupción que recae también, inevitablemente, sobre el déspota. *Cit.* por Rey Martínez, F., *op. cit.*, nota 53, p. 56.

(dadas las tendencias demográficas y la necesidad de impulsar la participación).

No obstante, no hay que descuidar que una política de esta envergadura puede generar *perjuicios* que deben ser contemplados para ser superados, tales como: 1. Carga adicional por el gasto administrativo de programas para el personal. 2. La dirección de las empresas pierden cierta autonomía de la que gozaba, por ejemplo, en cuanto a decisiones de reclutamiento. 3. Incluso si se disminuyen los requisitos a la hora de contratar, cuestión que nunca debe darse, disminuye la eficiencia en la industria y la educación. 4. Jubilaciones anticipadas para preservar empleos de minorías.

Estos aspectos están relacionados con aquellos beneficios que el Estado debe proporcionar al sector que actúe activamente en favor de estos grupos.²¹²

Hablamos de igualdad de oportunidades en relación con la igualdad en los resultados.

En el ámbito educativo, en una sociedad donde la educación es tal vez la llave de la economía y la movilidad social, el acceso a una oportunidad educacional es crucial para las minorías, no es una cuestión de inferioridad intelectual.

Ya en los Estados Unidos de América la práctica demostró que en una escuela de admisión abierta, los negros eran admitidos pero fracasaban si no se daban recursos y apoyo, programas específicos de acción positiva, donde se alcanzan niveles igualitarios para poder competir.

La educación es el camino de un éxito seguro para poder acabar con actos discriminatorios.

Otro factor de justificación en las medidas de acciones positivas lo tenemos en la necesidad de crear representación proporcional de los grupos como componente de una sociedad justa. Hablamos de la necesidad de un componente de “diversidad” ya contemplado en la sentencia *DeFunis vs. Odegaard* de 1974 y posteriormente en el caso *Regents of the University vs. Bakke* de 1978, en el que se concluyó que el objetivo de admitir preferencias raciales en la universidad era el propio interés de la universidad de contar con un alumnado diverso que aportara experiencias diversas y así enriquecer la experiencia educativa en general.

Las acciones positivas tienen por objeto la sensibilización y la movilización de la sociedad y deben emanar tanto de las autoridades del Estado como de las organizaciones sociales, base de estabilidad no sólo económica sino social.

²¹² Reiteramos que, por ejemplo a las empresas que empleen al sector discriminado y que invierten en programas de prácticas o capacitación necesitan un trato fiscal favorable; en el ámbito educativo, la promoción de becas, etcétera, y así sucesivamente.

Acciones positivas como un conjunto diverso de respuestas que tienden a superar la discriminación. No obstante, realizamos la observación que los programas de acción positiva no son un sustituto de los programas de reducción de la pobreza y tampoco sustituyen las leyes contra la discriminación, ya que por ejemplo al beneficiar a una determinada comunidad china o judía no significa que estos grupos son desfavorecidos o discriminados en el resto de la comunidad internacional.

La meta de la acción positiva es el eliminar las barreras que se encuentran más allá de la ley, para una igualdad de oportunidades en el empleo, en la educación, en la vida diaria, incluyendo prácticas intencionales o no intencionales,²¹³ discriminaciones directas e indirectas.

El propósito de los programas de acciones positivas es “quebrar viejos patrones de segregación y jerarquía”; abrir oportunidades para las minorías que les han sido cerradas tradicional y sistemáticamente, o “cambiar los signos visibles de pasadas distinciones raciales o sexuales y, así, brindar el aliento para el proceso de dismantelar las barreras, psicológicas o de otro tipo, erigidas por prácticas pasadas”.²¹⁴

Los programas de acción positiva actúan desde dos perspectivas: 1. Programas de *protección* (llegar a mejor calificación), y 2. Programas *preferenciales* (mínimo de calificación y después se da estas preferencias que son moralmente justificables).²¹⁵

X. RECOMENDACIONES PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE ACCIONES POSITIVAS

Hasta este momento, según el desarrollo del presente trabajo, destacamos un punto toral que es la necesidad de introducir, en todos los niveles, la igualdad entre los géneros, entre las razas, etcétera.

En este tenor nos congratulamos al visualizar que a lo largo de esta exposición en torno al derecho a la no discriminación seguimos, casi de manera paralela, el Informe final presentado por el señor Marc Bossuyt, relator especial, de conformidad con la Resolución 1998/5 de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos; Prevención de la discrimi-

²¹³ Paul Ellen Frankel; Miller, Fred D. (jr.) y Paul, Jeffrey (eds.), *Reassessing Civil Rights*, Ann Arbor, Mi., Edwards Brothers Inc., 1991, pp. 80 y ss.

²¹⁴ Rodríguez, Marcela V., *op. cit.*, nota 93, p. 253.

²¹⁵ Taylor, Bron Raymond, *Affirmative Action at Work Law, Politics, and Ethics*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 1991, pp. 5-34.

nación, al hacer referencia al concepto y la práctica de la acción afirmativa;²¹⁶ y no sólo desde su introducción en donde se refuerza, tal y como nosotros concebimos, la necesidad de permear a la comunidad internacional de posturas activas en torno al concepto y la práctica de la acción afirmativa o positiva, pasando por su concepto, caracteres, justificación, las formas o “modalidades” de las acciones positivas hasta llegar, en nuestro contexto mexicano, a recomendaciones para la implementación de dichas medidas, que van más allá, incluso, de las propuestas en el mencionado Informe tal y como vamos a resumir a continuación.

El marco jurídico mexicano, en cuanto al principio de igualdad, ha sido modificado, tal y como ya reflejamos, en las últimas décadas a través de la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación del 14 de agosto de 2001, en el que se adiciona un segundo y tercer párrafos al artículo 1o., se reforma el artículo 2o., se deroga el párrafo primero del artículo 4o., se adicionan un sexto párrafo al artículo 18 y un último párrafo a la fracción tercera del artículo 115. Además, se observan las modificaciones a los códigos penales y civiles para el Distrito Federal con el propósito de prevenir y sancionar la violencia familiar, así como la Ley de Prevención y Atención a la Violencia Intrafamiliar para el Distrito Federal; la iniciativa de reforma y adiciones al Código Penal para elevar la edad de 6 a 18 años del sujeto pasivo del delito de corrupción de menores; las iniciativas de reforma de diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo y la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado; iniciativas de reforma a la Ley General de Salud; iniciativas de reforma y adiciones a diversas disposiciones de la Ley Agraria; iniciativa que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales; Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación.

Con respecto a esta última, la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, ya tuvimos ocasión de comentar muchos de sus aspectos en un epígrafe anterior, al cual remitimos para no redundar en sus propuestas y recomendaciones, además de apuntar que el Conapred ya tiene recogidas

²¹⁶ *Op. cit.*, nota 25, pp. 93-127. También lo podemos encontrar en Bossuyt, Marc, “El concepto y la práctica de la acción afirmativa”, Informe final presentado de conformidad con la resolución 1998/5 de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, Naciones Unidas, E/CN.4/Sub.2/2002/21, del 17 de junio de 2002. Bossuyt al definir las acciones positivas expresa que son “el conjunto coherente de medidas de carácter temporal dirigidas específicamente a remediar la situación de los miembros del grupo a que están destinadas en un aspecto o varios aspectos de su vida social para alcanzar la igualdad efectiva”.

todas y cada una de las sugerencias y opiniones vertidas, a lo largo de su itinerario de dos años, a la LD para que una vez analizadas se pueda mejorar dicha ley; de hecho buena parte de las medidas sugeridas son derechos ya existentes en otros ordenamientos como los enunciados e incluso en la propia Constitución, por lo tanto una tarea importante para el Consejo sería o es la instrumentación de tales medidas como, por ejemplo, la fijación de metas específicas y plazos para alcanzarlas, el seguimiento estadístico de los resultados, etcétera. Por otro lado, subrayar y reiterar que es una ley que nació con la firme vocación y las mejores intenciones de ser un instrumento más de lucha contra la discriminación en México, y que como desarrollo del párrafo III, del artículo 1o. constitucional, innova no sólo desde el punto de vista de la técnica sino de la política legislativa, una ley que permite influir en la sociedad con acciones concretas con el claro objetivo de eliminar cualquier forma de exclusión y, por ende, establecer el pleno goce de los derechos y libertades de las personas.

Además, a lo largo de este trabajo se han manejado diversas “alternativas” o propuestas dirigidas a la erradicación de la discriminación y así hemos propuesto:

- Programas que fomenten capacitación laboral.
- Incentivos fiscales para empresas que actúen estableciendo medidas activas (cuotas, capacitación, formación de grupos desprotegidos).
- Sistemas de becas para el acceso a la educación.
- Cotejo con el derecho comparado para atender éxitos legislativos que mediante la adaptación a nuestra realidad mexicana, nos sirva para avanzar en estas políticas de acción positiva, nos referimos a la mencionada Ley española para Conciliar la Vida Familiar y Laboral de 1999, con la propuesta de los bancos de tiempo, e incluso la denominada renta básica, ubicada en Brasil, tal y como vamos a hacer referencia en nota a pie de página y, por último.
- Una propuesta que nos parece de gran interés que es el establecimiento de presupuestos con perspectivas de género, que va desde el ámbito federal hasta el local.

Como decimos, en todo este discurso cobra una singular importancia, para llevar a cabo este proyecto de igualdad, los presupuestos con perspectivas de género, raza, etcétera.

Si nos acotamos, en este momento, a los presupuestos con perspectivas de género vemos cómo forman parte de una de las grandes iniciativas, a ni-

vel mundial, en la búsqueda de la tan anhelada igualdad real, de hecho y de derecho, entre los sexos.

El papel del poder financiero del Estado es de suma importancia como incentivador de la igualdad de géneros, de razas, etcétera. Es aquí donde el derecho financiero se ve como un derecho promocional e incentivador, en cuanto tiene la característica de la repartición de recursos disponibles para influir en las condiciones de vida de la sociedad, estimular, incentivar y promover los comportamientos de los individuos y grupos sociales considerados económicamente ventajosos, por ejemplo, exenciones, bonificaciones, subvenciones y transferencias.

En México, el marco legislativo, a nivel Federal, en materia presupuestaria está conformado por la Ley de Planeación, el Presupuesto de Egresos de la Federación, la Ley de Presupuesto, Contabilidad y Gasto Público Federal, y el Plan Nacional de Desarrollo, sin embargo, la perspectiva de género en estas legislaciones es muy pobre. En este punto, es necesario mencionar la iniciativa para modificar el decreto de Presupuesto de Egresos de la Federación de 1999, el cual contenía modificaciones a los presupuestos para el rubro de pobreza extrema (ramo 26) y el Fondo de Aportaciones para la Infraestructura Social Municipal (ramo 33), cuyo objetivo era lograr mayores beneficios directos para las mujeres.

XI. CONCLUSIONES

Primera. No se puede dar una respuesta universal, hay que estudiar cada caso concreto y visualizar sus realidades y/o necesidades. No hay, por lo tanto, una respuesta universal para la implementación de las acciones positivas.

Segunda. En la Unión Europea se ha sostenido una doble política: *a)* mantenimiento de programas y actuaciones dirigidas específicamente a las mujeres, allí donde todavía es necesario; *b)* se ha fomentado una política de transversalidad de igualdad de género en todas las políticas públicas (con un marco conceptual de las acciones positivas elaborado en el seno del Consejo de Europa).

Tercera. Las acciones positivas están enfocadas a la igualdad de oportunidades (ámbito amplio, *v. gr.* hombres y mujeres).

Cuarta. Los sistemas de cuotas (reserva de un mínimo garantizado de plazas) van dirigidos a conseguir una igualdad de resultados (ámbito restringido, *v. gr.* mujeres).

Quinta. La elección de un sistema u otro parece condicionado por el ordenamiento legal, la tradición jurídica, política y, en definitiva, por la situación en la que se encuentre el colectivo vulnerable.

Sexta. Las acciones positivas son una forma de diferenciación para la igualdad, bien realizadas a través de objetivos o de cuotas, aunque la verdadera acción positiva se realiza con cuotas porque los objetivos son indicativos y no obligan realmente a adoptar medidas de acción positiva.

Séptima. Ante igualdad de calificación, la accione positiva opta por el representante del grupo protegido, pero el nivel de desempeño debe seguir siendo un elemento crucial de selección. Es un régimen de cuotas que depende de la aptitud de los candidatos.

Octava. Participación equilibrada del grupo vulnerable, en el ámbito público y en el privado, en todos los órdenes de actuación dentro de la vida social.

Novena. Todas las cuestiones que se plantean a través de la acción positiva son sociales, necesidad de movilidad social, que deben reivindicar una política social y medidas jurídicas apropiadas que garanticen la representación equilibrada.

Décima. México, sin lugar a dudas, tiene bien delineado, bien trazado, el camino que debe seguir para conseguir una igualdad real, de hecho y de derecho, pero debe seguir proyectando la política de igualdad y no discriminación hasta llegar a la etapa de las sanciones. España, a finales del 2006, aprobó una Ley de Discriminación Laboral para los discapacitados en la que ya se ejecutan sanciones.

Decimoprimera. La lucha contra la discriminación no puede ser la represión sino estrategias del Estado mexicano privilegiando los estímulos, las acciones positivas o afirmativas, el cambio cultural y la conciliación de las partes.

XII. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO GARCÍA, E., “El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española”, *Revista Administración Pública*, núms. 100-102, 1983.

AÑÓN, María José, *Igualdad, diferencias y desigualdades*, México, Fontamara, 2001.

ARANDA ÁLVAREZ, Elviro, “Discriminación por razón de sexo en el ámbito político: los problemas de las cuotas electorales”, en PÉREZ ROYO, Javier, URÍAS MARTÍNEZ, Joaquín Pablo y CARRASCO DURÁN, Manuel (eds.), *Derecho constitucional para el siglo XXI*, España, Aranzadi, 2006, t. I.

- BALLESTEROS, J., *Derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1992.
- , *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, Madrid, Tecnos, 1989.
- BALLESTRERO, María Vittoria, “Acciones positivas. Punto y aparte”, *Doxa*, España, núm. 19, 1996, Recomendación 84/635/CEE.
- BARBERA, Marzia, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto de lavoro*, Milán, Giuffrè, 1991.
- BARRÈRE UNZUETA, Ma. Ángeles, *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Madrid, Civitas, 1997.
- BARTHOLET, Elizabeth, “Proof of Discriminatory Intent Under Title VII: United States Postal Service Board of Governors vs. Aikens”, *California Law Review*, Berkeley, vol. 70, núm. 5, September 1982.
- BARTOSIC, Florian y MINDA, Gary, “The Labor Law Legacy of the Burger Court’s Last Term: A Failure of Imagination and Vision”, *Arizona Law Review*, Tucson, Arizona, vol. 28, núm. 4, 1986.
- BELLACE, Janice R., “The International Dimension of Title VII”, *Cornell International Law Journal*, Nebraska, vol. 24, núm. 1, Winter 1991.
- BLACKSTONE, William T. y HESLEP, Robert (eds.), *Social Justice and Preferential Treatment*, Athens, University of Georgia Press, 1977.
- BLUMROSEN, Alfred W., “Strangers in Paradise: Griggs vs. Duke Power Co. and the Concept of Employment Discrimination”, *Michigan Law Review*, Ann Arbor, Michigan, USA, vol. 71, núm. 1, 1972.
- BORNOT CRÉBESSAC, Sophie, *La discriminación en las empresas*, México, Conapred, 2005.
- BRAGE CAMAZANO, Joaquín, “Algunos aspectos de teoría general constitucional sobre los derechos fundamentales en los EE.UU.”, *Revista de Estudios Políticos*, nueva época, Madrid, enero-marzo 2004.
- BRITO MELGAREJO, Rodrigo, “El principio de igualdad en el derecho constitucional comparado”, en GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria (coord.) *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau*, México, IJ-UNAM, 2006.
- BURGENTHAL, Thomas, *Internacional Human Rights*, Minnesota, West Publishing, 1988.
- CALDERAZZI, A. Máximo, *La revolución negra en los Estados Unidos*, trad. de Arriba Egea, España, Bruguera, 1972.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto y VENTURA ROBLES, Manuel E., *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 3a. ed., San José, Costa Rica, ACNUR-CORTE IDH, 2005.
- CANO MATA, A., *El principio de igualdad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Madrid, Editorial de Derecho Privado, 1983.

- CARBONELL, Miguel, “La reforma constitucional en materia indígena. Un primer acercamiento”, en CABONELL, Miguel (coord.), *La reforma constitucional en materia indígena: un comentario*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2002 (en prensa).
- , *Constitucionalismo y democracia: ensayos críticos*, México, Porrúa, 2004.
- , *Los derechos fundamentales en México*, UNAM-CNDH, 2004.
- CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, “Algunos aspectos de la participación de México ante los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 9, julio-diciembre 2003.
- CASAS, José Ignacio, *Guía didáctica*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales (Instituto de la Mujer), s.f., p. A-2 y A-5.
- CISTERNAS REYES, María Soledad, “Vías constitucionales y legales para prevenir y superar la discriminación en Chile: desafíos”, *Memorias del Foro Internacional sobre la No Discriminación. Los desafíos económicos, fiscales y judiciales de la implementación de leyes anti-discriminación en Latinoamérica y el Caribe*, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación-Banco Interamericano de Desarrollo, México, 2006.
- COMAS, José, “El Tribunal Federal alemán falla también contra la discriminación positiva en el trabajo”, *El País*, Madrid, miércoles 6 de marzo de 1996.
- Compilación de instrumentos jurídicos en materia de no discriminación*, vol. I, disco compacto, CDHDF, México, 2004.
- COSSÍO, José Ramón, “La reforma constitucional en materia indígena”, *Documento de Trabajo*, núm. 21, México, Departamento Académico de Derecho, ITAM, 10 de septiembre de 2001.
- DÍAZ MUÑOZ, Eloisa, “El concepto de minoría. Su conexión con la alteración de la estructura de poder estatal”, *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas*, Madrid, julio-diciembre 1995, núm. 5.
- DULITZKY, Ariel E., “Algunas aproximaciones al marco jurídico de la igualdad y la no-discriminación en el derecho internacional de los derechos humanos”, ZERBINI, Renato *et al*, *Os rumos do direito internacional dos direitos humanos: ensayos em homenagem ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade: (Liber amicorum Cançado Trindade)*, Porto Alegre, Fabris, 2005, 6 vols.

- DURÁN Y LALAGUNA, Paloma, “Una aproximación comparada a las acciones positivas. El caso de Italia, Noruega y Argentina”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Granada, España, núm. 34, 2000.
- , *Manual de derechos humanos*, Granada, Comares, 1993.
- FACIO, Alda y FRIES Lorena (eds.), “Igualdad, democracia y acciones positivas”, *Género y derecho*, Madrid, Lom Ediciones.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Ma. F., “Igualdad y no discriminación por razón de sexo: planteamiento constitucional”, APARICIO, J. y BAYLOS, A., *Autoridad y democracia en la empresa*, Madrid, Trotta, 1992.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1997.
- , “Sobre los derechos fundamentales”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 15, julio-diciembre 2006.
- FLECHA GARCÍA, Consuelo, “Educación y relaciones de género”, *Jornadas Conciliar Vida Laboral, Familiar y Personal. Descripción y análisis interdisciplinar de los bancos del tiempo. Legislación e impacto social*, Universidad de Sevilla, Servicio de Asistencia a la Comunidad Universitaria, 28 y 29 de mayo de 2003.
- FOLLETE, Jennifer Miyoko, “Complete Justice: Upholding the Principles of Title VII Through Appropriate Treatment of After-Acquired Evidence”, *Washington Law Review*, Seattle, vol. 68, núm. 3, July 1993.
- FREIXES SANJUAN, Teresa, “La configuración de la igualdad entre las mujeres y los hombres”, en PÉREZ ROYO, Javier, URÍAS MARTÍNEZ, Joaquín Pablo y CARRASCO DURÁN, Manuel (eds.), *Derecho constitucional para el siglo XXI*, España, Aranzadi, 2006, t. I.
- BALLESTEROS, J., *Derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1992.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2a. ed., México, UNAM, 2006, vols. I y II.
- GASTWIRTH, Joseph L., “Employment Discrimination: A Statistician’s Look at Analisis of Disparate Impact Claims”, *Law and Inequality. A Journal of Theory and Practice*, Minnesota, USA, vol. XI, núm. 1, December 1992.
- GAVIRIA, Carlos, “La experiencia colombiana en la defensa de los derechos de los homosexuales”, *Memorias del Foro Internacional sobre la No Discriminación. Los desafíos económicos, fiscales y judiciales de la implementación de leyes anti-discriminación en Latinoamérica y el Caribe*, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación–Banco Interamericano de Desarrollo, México, 2006.

- GERMEN, Heather K., “Understanding Mixed Motives Claims Under the Civil Rights Act of 1991: An Analysis of Intentional Discrimination Claims Based on Sex-Stereotyped Interview Questions”, *Michigan Law Review*, Michigan, vol. 91, núm. 7, June 1993.
- GIL RENDÓN, Raymundo, “Comentarios a la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación”, *La Barra*, México, núm. 42, enero-febrero 2004.
- GIMÉNEZ GLUCK, David, *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- GOLDMAN, Alan H, *Affirmative Action in Equality and Preferential Treatment*, Princeton, N. J., Princeton University Press, 1977.
- GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge Alberto; HERNÁNDEZ, María del Pilar y SÁNCHEZ-CASTAÑEDA, Alfredo, “La pluralidad de los grupos vulnerables: un enfoque interdisciplinario”, en VALADÉS, Diego y GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo (coords.) *Derechos Humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional III*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, “Acciones positivas: orígenes, conceptualización y perspectivas”, en TORRE MARTÍNEZ, Carlos de la (coord.), *Derecho a la no discriminación*, IJJ-Comisión Derechos Humanos del D.F.-Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, 2006.
- , “El principio de igualdad y los sistemas de protección y garantías en la Constitución Española de 1978: especial referencia a la situación jurídica de la mujer”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXIV, núm. 102, septiembre-diciembre 2001.
- , “Principio de igualdad y no discriminación: referencia al marco constitucional mexicano y a la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación”, *Memorias del Foro Internacional sobre la No Discriminación. Los desafíos económicos, fiscales y judiciales de la implementación de leyes anti-discriminación en Latinoamérica y el Caribe*, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación–Banco Interamericano de Desarrollo, México, 2006.
- , “Consejo de Europa”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, Porrú-UNAM, 2005.
- , “El principio de igualdad, la prohibición de discriminación y las acciones positivas”, *Derechos fundamentales y Estado. Memorias del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM,

- Instituto de Investigaciones Jurídicas-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2002.
- , “Igualdad y discriminación genética”, en MUÑOZ DE ALBA MEDRANO, Marcia (coord.), *Temas selectos de derecho y salud*, México, UNAM, Instituto Investigaciones Jurídicas, 2002.
- , “La reforma constitucional en materia indígena: el principio de igualdad, la prohibición de discriminación y las acciones positivas”, en CARBONELL, Miguel y PÉREZ PORTILLA, Karla (coords.), *Comentarios a la reforma constitucional en materia indígena*, México, UNAM, Instituto Investigaciones Jurídicas, 2002.
- , “Notas sobre las políticas de acción positiva en los Estados Unidos de América”, en JIMÉNEZ LARA, Ma. José y FRANCO ROJAS, Ricardo (coords.), *Nuevas estrategias para una política de inmigración solidaria*, Sevilla, Mergablum, 2003.
- , “El principio de igualdad y los sistemas de protección y garantías en la Constitución Española de 1978: especial referencia a la situación jurídica de la mujer”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXIV, núm. 102, septiembre-diciembre 2001.
- , “Un acercamiento a las nuevas estructuras familiares: la adopción homoparental”, en GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y RODRÍGUEZ BENOT, Andrés (coords.), *El derecho de familia en un mundo globalizado*, México, UNAM-Porrúa, 2007 (en prensa).
- GRIFFIN, Mary C., “Making the Army Safe of Diversity: A Title VII Remedy for Discrimination in the Military”, *The Yale Journal*, New Haven, USA, vol. 96, núm. 8, July 1987.
- GUDE FERNÁNDEZ, Ana, “El principio de igualdad: a propósito de las discriminaciones y acciones positivas (una visión europea)”, *Parlamento y Constitución*, Anuario, año 2001, núm. 5.
- GUIL BOZAL, Ana, “Mujeres y hombres de hoy. El Banco del Tiempo. Perspectiva Psicosocial”, *Jornadas Conciliar Vida Laboral, Familiar y Personal. Descripción y análisis interdisciplinar de los bancos del tiempo. Legislación e impacto social*, Universidad de Sevilla. Servicio de Asistencia a la Comunidad Universitaria, 28 y 29 de mayo de 2003 (en prensa).
- HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.
- , *Libertad, igualdad y fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, trad. de Ignacio Gutiérrez, Madrid, Trotta, 1988.

- HERNÁNDEZ VALLE, Rubén, *Constituciones Iberoamericanas. Costa Rica, México*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.
- JIMÉNEZ CAMPO, J., “La igualdad jurídica como límite frente al legislador”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, 1983.
- JIMÉNEZ SANDOVAL, Rodrigo, “El ordenamiento jurídico costarricense para prevenir la discriminación: proceso, alcances, desafíos y lecciones”, *Memorias del Foro Internacional sobre la No Discriminación. Los desafíos económicos, fiscales y judiciales de la implementación de leyes anti-discriminación en Latinoamérica y el Caribe*, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación–Banco Interamericano de Desarrollo, México, 2006.
- JULIO ESTRADA, Alexei, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.
- KARI, “Putting Teeth into Minnesota’s Employment Discrimination Law: A Legislative Proposal Defining Gender Stereotyping”, *Minnesota Law Review*, Minnesota, vol. 79, núm. 1, November 1994.
- KELMAN, Mark, “Concepts of Discrimination in ‘General Ability’ Job Testing”, *Harvard Law Review*, U.S.A., vol. 104, núm. 6, April 1991.
- KON, S.D., “Aspects of reverse discrimination in Community Law”, *European Law Review*, vol. 6, 1981.
- LAMAS, Marta, *La perspectiva de género: una herramienta para construir equidad entre mujeres y hombres*, México, DIF, 1998.
- LE CLERQ, Juan Antonio, “¿Es más justa una sociedad multicultural a través de la discriminación inversa?”, *Revista del Senado de la República*, vol. 2, núm. 5, octubre-diciembre 1996.
- LIÑÁN NOGUERAS, D. J., “Los derechos fundamentales en la Unión Europea” en LIÑÁN NOGUERAS, D. J. y MANGAS MARTÍN, Araceli, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, 1996.
- LÓPEZ RODÓ, L., “El principio de igualdad en la doctrina del Tribunal Constitucional”, *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102, 1983.
- LUCAS VERDÚ, P., “El valor constitucional de la igualdad y la condición femenina”, *Revista Política Comparada*, núm. 7, 1981.
- MARTÍNEZ SAMPERE, Eva, “Igualdad y no discriminación”, en PÉREZ ROYO, Javier, URÍAS MARTÍNEZ, Joaquín Pablo y CARRASCO DURÁN, Manuel (eds.), *Derecho constitucional para el siglo XXI*, España, Aranzadi, 2006, t. I.
- , “Legislación para combinar la vida personal, familiar y laboral. Análisis comparado desde una perspectiva autonómica, estatal e internacional”, *Jornadas Conciliar Vida Laboral, Familiar y Personal. Des-*

- cripción y análisis interdisciplinar de los bancos del tiempo. Legislación e impacto social*, Universidad de Sevilla, Servicio de Asistencia a la Comunidad Universitaria, 28 y 29 de mayo de 2003 (en prensa).
- MARTINS DE SOUZA, Douglas, “La experiencia de Brasil en el combate a la discriminación racial”, *Memorias del Foro Internacional sobre la No Discriminación. Los desafíos económicos, fiscales y judiciales de la implementación de leyes anti-discriminación en Latinoamérica y el Caribe*, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación–Banco Interamericano de Desarrollo, México, 2006.
- MCCORMACK, Christopher, “Business Necessity in Title VII, Importing an Employment Discrimination Doctrine into the Fair Housing Act”, *Fordham Law Review*, Nueva York, U.S.A., vol. LIV, núm. 4, March 1986.
- MEANS, John E., “Prácticas equitativas de empleo: la legislación y su aplicación en Estados Unidos”, *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, vol. 73, núm. 3, marzo 1966.
- MILE, Kristin, “Aplicación de las leyes antidiscriminatorias. La experiencia de Noruega”, *Memorias del Foro Internacional sobre la No Discriminación. Los desafíos económicos, fiscales y judiciales de la implementación de leyes anti-discriminación en Latinoamérica y el Caribe*, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación–Banco Interamericano de Desarrollo, México, 2006.
- MORAIS PIRES, María José, “A ‘discriminação positiva’ no direito internacional e europeu dos direitos do homem”, *Documentação e Direito Comparado. Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, março de 1996.
- MORENO FLÓREZ, Sandra Paola, “El principio de igualdad y no discriminación a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana”, PÉREZ ROYO, Javier, URÍAS MARTÍNEZ, Joaquín Pablo y CARRASCO DURÁN, Manuel (eds.), *Derecho constitucional para el siglo XXI*, España, Aranzadi, 2006, t. I.
- NÚÑEZ GARCÍA, Silvia y ZERMEÑO PADILLA, Guillermo, *EUA. Documentos de su historia III*, México, Instituto Mora, 1988.
- OLLERO TASSARA, A., “Relevancia constitucional de la igualdad”, VARIOS AUTORES, *Funciones y fines del derecho*, Murcia, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia.
- OLLERO, Andrés, *Derechos humanos. Entre la moral y el derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.
- OSBORNE, Raquel, “Grupos minoritarios y acción positiva: las mujeres y las políticas de igualdad”, *Papers. Revista de Sociología*, España, núm. 53, 1997.

- PAUL ELLEN Frankel, MILLER, Fred D. (jr.) y PAUL, Jeffrey (eds), *Reassessing Civil Rights*, Ann Arbor, Mi., Edwards Brothers Inc., 1991.
- PEÑA GÓMEZ, Angélica de la, “Discriminación y cohesión social en América Latina”, *Memorias del Foro Internacional sobre la No Discriminación. Los desafíos económicos, fiscales y judiciales de la implementación de leyes anti-discriminación en Latinoamérica y el Caribe*, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación–Banco Interamericano de Desarrollo, México, 2006.
- PÉREZ DE LA HERAS, B., “Las discriminaciones en sentido inverso en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia su compatibilidad con el principio constitucional de igualdad entre los ciudadanos de un Estado”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 1, 1987.
- PÉREZ PORTILLA, Karla, “Acciones positivas”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, Porrúa-UNAM, 2003.
- , *Principio de igualdad: alcances y perspectivas*, UNAM, Instituto Investigaciones Jurídicas, México, 2005.
- PICKUP, D., “Reverse Discrimination and Freedom of Movement for Workers”, *Common Market Law Review*, vol. 23, 1986.
- PLAYER, Mack A., *Federal Law of Employment Discrimination*, St. Paul, Minnesota, USA, West Publishing, 1992.
- POLLACK, M. A., y HAFNER-BURTON, E., “Mainstreaming Gender in the European Union”, *Journal of European Public Policy, Special Issue on Women, Power and Public Policy*, vol. 7, 2000.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, “Igualdad y minorías”, *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas*, Madrid, núm. 5, julio-diciembre 1995.
- QUINTANILLA NAVARRO, Beatriz, “La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 17 de octubre de 1995 sobre el caso ‘Kalanke versus Glissmann’”, *Actualidad Laboral*, Madrid, núm. 5, 1996.
- RABOSI, E., “Derechos humanos: el principio de la igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 31, 1991.
- REDLICH, Norman, “Law School Faculty Hiring Under Title VII: How a Judge Might Decide a Disparate Impact Case”, *Journal of Legal Education*, North Carolina, USA.
- REES, T., *Mainstreaming Equality in the European Union: Education, Training and Labour Market Policies*, Routledge, Londres, 1998.

- REY MARTÍNEZ, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Colección Miradas, núm. 1, México, Conapred, 2005.
- , “La discriminación positiva de mujeres (Comentario a propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad del 17 de octubre de 1995, asunto Kalanke)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 47, 1996.
- RINCÓN GALLARDO, Gilberto, “Introducción”, *Memorias del Foro Internacional sobre la No Discriminación. Los desafíos económicos, fiscales y judiciales de la implementación de leyes anti-discriminación en Latinoamérica y el Caribe*, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación–Banco Interamericano de Desarrollo, México, 2006.
- , “Presentación”, *Memorias del Foro Internacional sobre la No Discriminación. Los desafíos económicos, fiscales y judiciales de la implementación de leyes anti-discriminación en Latinoamérica y el Caribe*, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación–Banco Interamericano de Desarrollo, México, 2006.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo, “Algunas reflexiones sobre la igualdad de derechos de mujeres y hombres en el ámbito comunitario. Comentario a la sentencia ”Kalanke” del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, núm. 90, 1996.
- RODRIGUES DA Cunha y CRUZ, Marco Aurelio, “O princípio da igualdade na Constitucao brasileira”, en PÉREZ ROYO, Javier, URÍAS MARTÍNEZ, Joaquín Pablo y CARRASCO DURÁN, Manuel (eds.), *Derecho constitucional para el siglo XXI*, España, Aranzadi, 2006, t. I.
- RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., “La evolución del derecho comunitario desde 1980”, *La Ley*, España, D. 99, 1996.
- RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel, “Discriminación, igualdad de trato y acción positiva”, *Relaciones Laborales*, Madrid, núm. 22, 1995.
- y FERNÁNDEZ LÓPEZ, Ma. Fernanda, *Igualdad y discriminación*, Madrid, Tecnos, 1986.
- y CASAS BAAMONDE, María Emilia, “El reconocimiento de los derechos sociales en la Unión Europea”, *Relaciones Laborales. La Ley*, España, 1995-I.
- ROMERO LANDA, Luis Benjamín, “Diferentes formas de economía y/o intercambios”, *Jornadas Conciliar Vida Laboral, Familiar y Personal. Descripción y análisis interdisciplinar de los bancos del tiempo. Legislación e impacto social*, Universidad de Sevilla, Servicio de Asistencia a la Comunidad Universitaria, 28 y 29 de mayo de 2003.

- ROSENFELD, Michel, *Affirmative Action and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*, Yale University Press, New Haven, Londres, 1991.
- RUANO, Lucía, “Acciones positivas y discriminación positiva”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Madrid, año V, núm. 227, 28 de diciembre de 1995.
- RUIZ, Miguel Alfonso, “La discriminación inversa y el caso Kalanke”, *Doxa*, núm. 19, 1996.
- SÁEZ LARA, Carmen, *Mujeres y mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas*, Madrid, CES, Colección Estudios, 1994.
- SALAZAR CARRIÓN, Luis, *Democracia y discriminación*, Cuadernos de la Igualdad núm. 5, México, Conapred, 2005.
- SANTAMARIA IBEAS, J. J., “El principio de igualdad en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas*, Madrid, año II, julio-diciembre 1995, núm. 5.
- SEAN W., “The Public Policy Exclusion and Insurance for Intentional Employment Discrimination”, *Michigan Law Review*, Michigan, vol. 92, núm. 5, March, 1994.
- SERRANO GONZÁLEZ, A., *El principio de igualdad ante la ley en la jurisprudencia del TC Zaragoza*, IFC, 1985.
- SIERRA HERNAIZ, Elisa, *Acción positiva y empleo de la mujer*, Madrid, Consejo Económico y Social, 1999.
- SILVA, José Afonso da, *Constituciones iberoamericanas. Brasil*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.
- SUÁREZ GONZÁLEZ F., “El principio de igualdad en la Constitución”, VARIOS AUTORES, *Jornadas sobre cuestiones actuales de enjuiciamiento laboral*, Madrid, IELSS, 1985.
- SUAY RINCÓN, J., *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Madrid, IEAL, 1985.
- TAYLOR, Bron Raymond, *Affirmative Action at Work Law, Politics, and Ethics*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 1991.
- TAYLOR, Charles, *Argumentos filosóficos. Ensayos sobre el conocimiento, el lenguaje y la modernidad*, trad. de Fina Birulés Bertrán, Barcelona, Buenos Aires, México, Paidós, 1997.
- TEROL BECERRA, Ma. J., “Acerca del principio de igualdad”, *Temas Laborales*, núm. 29, 1993.
- THOMPSON, Jennifer L., “Civil Rights-Employment Discrimination: The Standard of Review in State-Baser Employment Discrimination Claims: The

- Nort Dakota Supreme Court Redefines the Standard of Review in Employment Discrimination Claims, *Schuhmacher vs. North Dakota Hospital Association*”, *North Dakota Law Review*, Grand Fork, vol. 72, núm. 2, 1996.
- TORO HUERTA, Mauricio Iván del, “La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en la era de la mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXXVIII, núm. 112, enero-abril 2005.
- VALADÉS, Diego y GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo (coords.) *Derechos humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional III*, México, UNAM, Instituto Investigaciones Jurídicas, 2001.
- VELASCO ARROYO, Juan Carlos, “Derechos de las minorías en una sociedad democrata multicultural (un esbozo provisional)”, *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas*, Madrid, núm. 5, julio-diciembre 1995.
- VILLARÁN DE LA FUENTE, Susana, “Normas y políticas públicas contra la discriminación en Perú”, *Memorias del Foro Internacional sobre la No Discriminación. Los desafíos económicos, fiscales y judiciales de la implementación de leyes anti-discriminación en Latinoamérica y el Caribe*, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación–Banco Interamericano de Desarrollo, México, 2006.
- VOGEL-POLSKY, E., *Positive Action and the Constitutional and Legislative Hindrances o its Implementation in the Member States of the Council of Europe*, Strasbourg, 1989, Documento EG (89), 1.
- , “Los programas de acción positiva en provecho de las mujeres. 1. Análisis teórico”, *Revista Internacional del Trabajo*, Suiza, vol. 104, núm. 2, abril-junio de 1985.
- VARIOS AUTORES, *El principio de igualdad en la Constitución Española. XI Jornadas de Estudio*, Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, 1991, vols. I y II.
- , *Prevención de la violencia, atención a grupos vulnerables y los derechos humanos*, México, CNDH, 2003.
- , *Nuestros derechos*, México, UNAM-Cámara de Diputados. LVII Legislatura, 2000.
- WILKINSON, J. Harvie, *From Brown to Bakke. The Supreme Court and School Integration: 1954-1978*, Nueva York, Oxford University Press, 1979.

JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Odalinda CHÁVEZ SÁNCHEZ*

A las autoridades del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, por las facilidades otorgadas para la realización de este trabajo

A la doctora Nuria González, por esta magnífica oportunidad

I. INTRODUCCIÓN

El tema de los derechos humanos sigue siendo de importancia capital tanto a nivel nacional como internacional, puesto que su puesta en práctica es uno de los mayores retos del mundo actual.

En el goce de derechos de carácter económico, social y cultural (DESC), la intervención del Estado en la esfera del gobernado se hace cada vez más comprometida y precisa mecanismos de exigencia que aseguren su verdadera vigencia. Este es el ámbito que nos proponemos reflexionar en este trabajo. De manera que nuestra intención es contribuir al acercamiento y orientación para aquellos involucrados en el quehacer de la justicia. La exigibilidad de los DESC (en concreto, la acción judicial) requiere un análisis que va más allá del plano teórico, trasladándose al estudio empírico.

Empero dada la variedad de derechos que pueden ser incluidos bajo este rubro (derecho a la educación, derecho a la vivienda, derecho a la cultura,

* Doctora en derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México.

etcétera), nos enfocaremos más en el derecho a la protección de la salud (DPS), pues consideramos que este derecho se distingue por ser un elemento primordial y un bien estratégico para el desarrollo social y económico de toda nación.

Justificada nuestra motivación, el título de nuestro ensayo es: Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales; bajo este rubro nos dirigimos a estudiar los mecanismos para la exigibilidad judicial de los DESC, en específico del DPS en el sistema jurídico mexicano.

Para ello, decidimos organizar este ensayo en seis grandes apartados. Primero, de manera general, reseñamos históricamente los DESC, señalando al mismo tiempo, algunos conceptos esenciales. Luego, abordamos brevemente algunas consideraciones previas de justicia, como marco referencial que conduce este trabajo. Una vez fijados los antecedentes y el marco conceptual, a partir de los instrumentos internacionales más sobresalientes en el tema de los DESC y sirviendo como norte el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; revisaremos las obligaciones exigibles tanto al Estado como a los particulares. Enseguida y como punto nodal de este estudio, arribamos y analizamos cada una de las principales dificultades que se esgrimen para no dar a los DESC tratamiento de verdaderos derechos exigibles. En este mismo apartado, revisamos varias de las estrategias exitosas para la justiciabilidad, con base en experiencias nacionales e internacionales. Así llegamos al estudio específico del DPS, siguiendo la misma estructura lógica y metodológica previa y siempre con un enfoque empírico, para abordar las obligaciones específicas que entraña el derecho; las vías judiciales posibles que en México pueden activarse al vulnerarse el DPS y por supuesto, algunas reflexiones sobre la eficacia de sus formas de tutela. Finalmente abordamos la tutela de los DESC en el Sistema de Naciones Unidas y en el Sistema Interamericano, con énfasis a los mecanismos jurisdiccionales. Por último, a manera de conclusión, apuntamos consideraciones estructuradas de conformidad con los puntos analizados en el cuerpo del trabajo.

Nuestra reflexión plantea un tema muy actual, la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.

II. UBICACIÓN TEÓRICO-CONCEPTUAL DE LOS DESC

Para empezar, debemos contextualizar el surgimiento, el reconocimiento jurídico y la evolución de los derechos económicos, sociales y culturales

(DESC).¹ Los DESC, al igual que los demás derechos humanos, son producto de reivindicaciones históricas.² Desde la antigua Grecia hay ejemplos en los que el poder soberano hace ciertas concesiones *de facto* a los pueblos.³ Pero es hasta con la Declaración del Pueblo de Virginia de 1776 y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, cuando se otorga fuerza jurídica a tales derechos.⁴ Durante el siglo XIX, los derechos de sufragio y aso-

1 En sentido estricto, hay diferencia entre los términos derechos sociales (término empleado mayormente por los constitucionalistas) y derechos económicos, sociales y culturales (término usado en el derecho internacional); mas para efectos de este estudio nos referiremos a ambos términos indistintamente; pues para fines prácticos, las dos expresiones presentan similares dificultades en las que serían operables las estrategias para la justiciabilidad. Para tener un sentido más preciso de ambos términos sugerimos la lectura de Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 120 y 121. De igual modo, hay que decir que el término “derechos humanos” es más usado en el ámbito internacional; mientras que en el derecho constitucional es de uso común la expresión “derechos fundamentales”. En México está ampliamente difundida la expresión “garantías individuales”. En este estudio, salvo aclaración expresa, nos referiremos a estos vocablos indistintamente. Para precisar las distinciones entre derechos humanos y derechos fundamentales puede consultarse: Palombella, Gianluigi, “Derechos fundamentales. Argumentos para una teoría”, *Doxa*, núm. 22, año 1999, pp. 525-579, pp. 525-532. Consulta en línea disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/Buscar.html?articulos=1&portal=4&opTitulo=and&titulo=derechos+fundamentales&opAutor=and&autor=palombella&enviar=Buscar>, realizada el 18 de octubre de 2006.

2 “Todas las diversas generaciones de derechos, podemos sostener correctamente, equivalen a otras tantas generaciones de movimientos revolucionarios: socialistas, feministas, ecológicos, pacifistas. No solo. Siempre los derechos fundamentales (...) se han afirmado como leyes del más débil como alternativa a la ley del más fuerte que tenía vigencia y que seguiría teniéndola si aquellos faltaran...”, Ferrajoli, Luigi, “Iuspositivismo crítico y democracia constitucional”, *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Isonomía*, México, núm. 16, abril 2002, pp. 7-20, p. 17.

3 Desde una posición antropológica muy optimista, la concepción “comunidad entre los hombres” que sustenta los derechos sociales tal como los entendemos hoy, se pudo percibir en algún grado desde la antigua Grecia. Estudios estiman que existían ciertos rasgos solidarios como el servicio a la comunidad y el arraigado concepto de *philia*. Con el cristianismo, las virtudes de amor fraterno y amistad se tiñen de religiosidad y la esencia de los postulados de la solidaridad en la ética pública (insoslayables para la configuración de políticas sociales) llega a nuestros tiempos, pero sin desconocer en ellos ciertos matices de la moral heredada por el catolicismo. Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Derechos sociales y positivismo jurídico*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Instituto de Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, Dykinson, 1999, pp. 8, 9, 12 y 13. Nogueira Alcalá, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 1 y 2.

4 La noción de derechos humanos, si bien nace en el plano nacional; se expande en el siglo XX, bajo la perspectiva del derecho internacional. Pinto, Mónica, “Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el sistema universal y en sistema interamericano”, *Revista IIDH*, San José, Costa Rica, núm. 40, julio-diciembre 2004, pp. 25 y 26.

ciación abrieron paso a los que llamaremos derechos sociales mediante las exigencias de democracia.⁵ Después de la Primera Guerra Mundial, surgieron nuevos planteamientos en torno a la protección del individuo, que viraron hacia la igualdad y la seguridad sustanciales. Las críticas marxistas sobre la opresión que ejercía la creciente burguesía capitalista no se hicieron esperar⁶ y se comenzaron a propagar las exigencias de respeto para la clase trabajadora; siendo este el inicio de la gestación de los *derechos sociales*⁷ propiamente dicha. La progresión de los movimientos en defensa de los intereses del grupo, fortalecería la concepción: “Estado de bienestar”,⁸ a cargo del Estado.

Con el siglo XX, las conquistas sociales se ven coronadas con los laureles del reconocimiento constitucional de aquellas primeras exigencias populares, por ejemplo el derecho al trabajo. Cada vez que se habla del constitucionalismo social se repite con mucho orgullo, que la Constitución mexicana de 1917⁹ fue la primera en el mundo en tener tan semejante mérito, aunque luego nos hayamos quedado atrás en el garantismo social.¹⁰

5 Peces-Barba Martínez, Gregorio, *op. cit.*, nota 3, pp. 37 y 56.

6 Los derechos sociales se entienden como el conjunto de principios, normas e instrumentos destinados a consagrar, promover, regular, proteger y aplicar los derechos humanos de contenido económico, social y cultural. Peces Barba Martínez, Gregorio *et al.*, *Garantía internacional de los derechos sociales*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, 1990, p. 31.

7 González Amuchastegui, José, “La justificación del estado de bienestar: ¿una nueva concepción de los derechos humanos?”, *Los derechos económicos, sociales y la crisis del estado de bienestar*, Córdoba, Etea, 1996, pp. 59-77, pp. 70 y 71.

8 Uno de los elementos del estado de bienestar es la libertad real, concepto surgido en el siglo XIX, que señala la necesidad de eliminar todo lo que obstaculice la igualdad económica y social. *Idem*.

9 Los derechos sociales consagrados fueron el derecho a la educación (artículo 3o.), derechos agrarios (artículo 27) y como dijimos, el derecho al trabajo (artículo 123). El derecho a la protección de la salud, no se insertó originalmente la Constitución Mexicana de 1917, éste fue incorporado posteriormente y lo explicaremos más adelante. Sobre el desarrollo del constitucionalismo social véase Fix-Zamudio, Héctor, “La evolución del derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas”, *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad San Carlos III de Madrid, Madrid, Boletín Oficial del Estado, año 1, febrero-octubre 1993, pp. 225- 236, p. 226.

10 Cuando hablamos de “garantismo”, nos referimos a una representación ideal a la que se quiere hacer llegar la realidad, mediante un modelo jurídico dedicado a aquellos miembros de la comunidad cuyas condiciones individuales por sí, no les permiten aspirar a disfrutar ciertos derechos vitales. Tal concepción apareció inicialmente en el derecho penal y ha sido tomada por otras ramas del derecho con referencia a los derechos fundamentales. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, 4a. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez *et al.*, Madrid, Trotta, 2000, pp. 15, 851 y 854.

Una vez que comenzado el reconocimiento constitucional de los primeros derechos sociales, continuó la proyección internacional, por mucho gracias al enorme empuje de la entonces Sociedad de Naciones;¹¹ ámbito que permitiría un mayor alcance e incorporar nuevos derechos.

Tras la Segunda Guerra Mundial, se afianza la idea de plasmar los DESC en las políticas estatales, que apoyaran una paz duradera. La Organización de las Naciones Unidas (ONU) tomó la iniciativa con varias acciones en pro de los derechos humanos (incluidos los derechos sociales). Los primeros compromisos condujeron a instrumentos internacionales cardinales tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)¹² —la cual introdujo el concepto de “derechos económicos, sociales y culturales”— y el mismo Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC),¹³ entre otros; que articuladamente dan existencia a lo que hoy llamamos “Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, esto es, el conjunto de normas con una fisonomía específica, con una forma de creación, aplicación y control propios, como rama del derecho internacional público.¹⁴

Por último, queremos referirnos a los DESC en el nuevo paradigma jurídico.¹⁵ Para esto habrá que abrir la discusión más allá de los contenidos de los derechos *per se* y ver por encima de ellos.¹⁶

11 Es importante señalar el destacado trabajo que ha realizado la Organización Internacional del Trabajo (OIT, creada en 1919) en materia de derechos sociales. Su labor, previa al surgimiento del Sistema de las Naciones Unidas, constituye hasta hoy día, uno de los mecanismos internacionales más eficaces de tutela de derechos sociales. Dhommeaux, J., “La contribution du Comité des Droits Économiques, Sociaux et Culturels des Nations Unies à la protection des droits économiques, sociaux et culturels”, *Annuaire français de droit international*, Paris, Editions du CNRS, 1994, vol. XL, pp. 632-657, *passim*.

12 Aprobada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948.

13 Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor el 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27, ratificado por México el 23 de marzo de 1981.

14 Robertson and J.C. Merrills, *Human Rights in the World: An Introduction to the Study of the International Protection of Human Rights*, 3a. ed., Manchester, Manchester University Press, 1989, pp.1 y ss.

15 Tenemos claro que un cambio de paradigma es mucho más que esbozar una nueva teoría, implica una nueva relación y percepción de los distintos elementos de lo jurídico. Sobre la crítica que realiza Jori del presuntuoso término “cambio de paradigma”, *cfr.* Jori, Mario, “Ferrajoli sobre los derechos”, Ferrajoli, Luigi *et al.* (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 105-137, p. 106, nota 2.

16 Cossío Díaz, José Ramón, “Sobre la eficacia de los derechos sociales”, *Derecho y cultura*, invierno 2002-2003, pp. 7-15, p. 9.

Avanzamos que fue a raíz del movimiento de independencia de las ex colonias británicas, secundado por la Revolución francesa, que se abre paso a lo que podríamos llamar constitucionalismo moderno.¹⁷ Este fenómeno sucede antes que el afianzamiento del capitalismo, lo que hace que más tarde se presenten fuertes tensiones entre los intereses capitalistas y los sectores sociales oprimidos; lográndose poco a poco la progresión hacia el constitucionalismo social. En el siglo XX, los derechos sociales experimentan un impulso renovado.¹⁸ La oleada y magnitud de los acontecimientos de reivindicación social se volvían más amenazantes y menos controlables, por lo que los orquestantes del capitalismo no tuvieron más remedio que incluir a los “excluidos del contrato social” original y comenzar a suavizarse, admitiendo condiciones más favorables y reconociendo jurídicamente los intereses de grupos vulnerables (trabajadores).

El reconocimiento constitucional de los derechos sociales posibilitó que se legislara, por fin, en esferas que habían quedado vedadas; aunque las primeras intervenciones estatales fueran mínimas.¹⁹ Las disposiciones de corte social en general estaban supeditadas a la actividad administrativa y en todo caso, legislativa. Los nuevos derechos sociales no fueron planteados bajo los mismos criterios de efectividad que los derechos objetivos clásicos, es

17 El término “constitucionalismo” se refiere al conjunto de normas y principios de política y derecho en general, que tocan temas de democracia, la posición de individuos frente al Estado, la división de poderes o el valor de la constitución, la ley, la sociedad y el individuo. *Ibidem*, pp. 7 y 15. El constitucionalismo norteamericano se mantiene a la cabeza en el desarrollo de la teoría constitucional. Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, UNAM-Porrúa-CNDH, 2005, p. xxxv.

18 Los derechos sociales prestacionales estaban en un principio subordinados al vínculo laboral, de manera que literalmente eran derechos de una minoría. Todos aquellos sectores ajenos al empleo formal se encontraban casi en total desprotección, por ejemplo, sin los beneficios de la seguridad social. Pisarello, Gerardo, “Del Estado social legislativo al Estado constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales”, *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Isonomía*, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, octubre 2001, pp. 81-107, pp. 83 y 85.

19 Las leyes laborales eran vergonzantes, inspiradas no tanto en la igualdad social sino en la caridad. De esta manera esta protección social de las instituciones estatales se limitaba a conventos, casas de caridad, asilos, etcétera. Prácticamente las reivindicaciones sociales fueron usadas por la élite liberal para legitimarse y disolver los movimientos sociales. *Ibidem*, p. 82. En un profundo y bien documentado trabajo, Luis Enrique nos presenta un panorama de la actual crisis de la cultura laboral y por ende, de los derechos del sector obrero a partir de la ponderación del ámbito económico, a pesar de los discursos y convenciones. Alonso, Luis Enrique, “El avance del determinismo económico y la crisis de la sociedad del trabajo. Una interpretación sobre el relativo declive de la sociología del trabajo”, *Sistema, Revista de Ciencias Sociales*, Madrid, 1997, núms. 140-141, pp. 83-104, pp. 84, 99, 100-102.

decir, con técnicas de defensa y protección judicial comparables a las garantías liberales, y eso ha dificultado su articulación y exigencia judicial.

Ya en el siglo XXI, las crisis económicas, los cambios tecnológicos y científicos acelerados; el término de la Guerra Fría entre los bloques capitalista y socialista y con éste, el fallo del comunismo; hicieron propicio el terreno para acometer contra los ideales sociales ganados.²⁰

Es cierto que las circunstancias obligaron al reconocimiento de intereses de grupos, pero también lo es que mucho de lo que conceptuamos como “Estado social” se vive como una simulación. Los grandes acuerdos para hacer convivir los múltiples intereses en juego (liberalismo, socialismo y democracia), se suscitaron acabada la Segunda Guerra Mundial como una especie de pacto flexible entre capital y el trabajo, donde se convino disciplinar a los intereses capitalistas y el sector obrero accedería a coadyuvar a la expansión del mercado, necesario en la lógica del progreso. La contrariedad, comenta Pisarello, fue que el avance del capitalismo no consiguió remover las desigualdades sociales;²¹ en cambio, el derecho sí continuó operando con los mismos moldes que se estimaron idóneos sólo para tutelar los intereses individuales. De ahí que —ante la falta de mecanismos adecuados para defender intereses colectivos— no sea extraño que la vía más recurrida para proteger derechos sociales siga siendo todavía el derecho a la no discriminación. Dicho en otros términos, los derechos sociales se aplican residualmente, pues vemos que los elementos liberales mantienen supremacía en la práctica jurídica.²²

En las teorías contemporáneas que articulan la vigencia de los textos constitucionales, ciertamente la conjugación de los derechos sociales con los derechos tradicionales, es uno de los temas más debatidos. Llamamos derecho tradicional, al derecho liberal burgués que instauró la fórmula clásica de lo que conocemos como derechos subjetivos,²³ el concepto de propiedad o derechos civiles en general.

²⁰ Hacia la década de los setenta, el detrimento de los mercados productivos en aras de la expansión de los mercados de capital, provocó que las grandes corporaciones vieran insostenible el incremento de las demandas sociales de los trabajadores. Pisarello, Gerardo, *op. cit.*, nota 18, pp. 81, 87-89.

²¹ Una forma de control asentido por el capitalismo fue el poner límites a la autonomía contractual en el derecho civil o establecer nuevos criterios para fijar responsabilidad jurídica. *Ibidem*, p. 84.

²² Cossío Díaz, José Ramón, *op. cit.*, nota 16, pp. 12-14.

²³ Por derecho subjetivo entendemos el poder jurídico para hacer valer el cumplimiento de un deber existente. Resulta pertinente resaltar que la función social de los derechos subje-

De variaciones diversas podemos resumir las distintas posturas en dos grandes rubros: las que consideran que los derechos sociales componen parte de la condición del hombre y entiende que el vínculo con el Estado es necesario para el desarrollo del individuo en sociedad y la otra postura contrapuesta, que concibe a los derechos sociales como parte accesoria del bienestar de los individuos, sustentada en la percepción de que la posición económica es previa al Estado y por lo cual lo deja fuera de responsabilidad. Obviamente aquí se presentan mayores inconvenientes para su tutela, porque reduce la actividad estatal al mínimo. Y por infortunio, en el derecho constitucional mexicano impera esta última posición —dice el ministro Cossío— y los derechos sociales han permanecido en el plano de la retórica.²⁴ Los estudios constitucionales, a pesar del protagonismo del constitucionalismo mexicano en su momento, han quedado al rezago del actual garantismo social.

En la teoría constitucional mexicana,²⁵ las disposiciones que protegen intereses de grupos han permanecido sin mayores discusiones sobre la posibilidad de enjuiciamiento; parte de ese aletargamiento sucede desde las bases, los individuos, aquellos a quienes el derecho no les es ajeno, simplemente no discuten, no proponen, no procuran la redistribución a partir de la justicia social.²⁶

Algunas de las propuestas de las nuevas corrientes doctrinales garantistas para evolucionar el constitucionalismo social, como la de Ferrajoli,²⁷ pugna por el diseño de un andamiaje con base constitucional que disponga de mecanis-

tivos fue específicamente para la organización y legitimación de las relaciones de dominación. *Cfr.* Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 23, pp. 176 y 181.

²⁴ Cossío Díaz, José Ramón, *op. cit.*, nota 16, pp. 8-11 y “El papel de los abogados y la necesidad de una teoría de la constitución para México”, *Del gobierno de los abogados al imperio de las leyes. Estudios sociojurídicos sobre educación y profesión jurídicas en el México contemporáneo*, Fix-Fierro, Héctor (ed.), México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 303-310, p. 307. Carbonell, Miguel, “Breves reflexiones sobre los derechos sociales”, *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, México, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, México-Comisión Europea, 2005, pp. 41-72, pp. 41 y ss.

²⁵ Por teoría constitucional se entiende la identificación de los supuestos generales (criterios, reformas, decisiones, etcétera) que animan a un texto positivo en particular; en este caso nos referimos a la Constitución de 1917. Cossío Díaz, José Ramón, *La Suprema Corte y la teoría constitucional*, México, núm. 11, 4 de noviembre de 1999, p. 2.

²⁶ La justicia social se basa en la distribución apropiada de los beneficios y cargas a partir de la cooperación social. Rawls, John, *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1985, pp. 18 y 21.

²⁷ Carbonell, Miguel, “La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli”, *Garantismo*, Madrid, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Trotta, 2005, pp. 171-207.

mos que protejan idóneamente los derechos sociales, que redimensione el peso de los riesgos sociales que vulneran a la sociedad (pobreza, migración, desempleo, etcétera), no sólo frente al Estado sino también frente a los particulares.

III. CUESTIONES PRELIMINARES SOBRE JUSTICIA

Cuando se habla de justiciabilidad inmediatamente viene a nuestra mente la referencia de justicia. Pero qué es justicia; el tema ha sido uno de los más apasionantes, discutidos y complejos dentro de los estudios jurídicos de todos los tiempos. Las posiciones imperantes que la han abordado llegan a conclusiones similares, se trata de una visión parcial creada a partir de una proyección ideal, sea el “bien común o absoluto”²⁸ o más racionalmente de “dar a cada quien lo suyo”; de cualquier modo son convicciones dependientes de un contexto social influido por agentes y estímulos de todo tipo, de manera que aunque podamos coincidir, por ejemplo, con la “idea del bien común”, la traducción que hagamos de ella en cada caso será matizada de distinta forma. Hasta ahora, lo que hemos avanzado es percatarnos si la justicia esta ausente, como cuando somos perjudicados o testigos de opresión, dominación o discriminación, y aquí es cuando damos a la “justicia” el poder de reivindicar las anomalías sociales.²⁹

Aquí vale hacer otras precisiones, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante Comité),³⁰ en su labor interpretativa sobre cuestiones temáticas de las disposiciones del PIDESC, ha distinguido la justiciabilidad y las normas de aplicación inmediata. El primer término se articula en el sentido de “que [los derechos sociales] pueden ser invocados ante los tribunales”;³¹ el segundo, aunque no lo dice despejadamente, deja entrever que se trata de derechos y libertades incuestionables, que por la claridad de su contenido y alcance no hay duda para determinar si al pretensor le asiste la razón, ni la manera en que se traduce el deber del obligado; a tal punto que pueden ha-

²⁸ Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?*, 7a. ed., trad. de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 1997, pp. 40-41.

²⁹ Campbell, Tom, *Justice*, 2a. ed., China, St. Martins Press, 2001, p. 207.

³⁰ Órgano creado en 1985, por el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas (ECOSOC) encargado de vigilar el cumplimiento e interpretar las disposiciones del PIDESC.

³¹ Sobre el concepto de justiciabilidad véase Observación General núm. 3, punto 6, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, La índole de las obligaciones de los Estados Partes, (párrafo 1 del artículo 2o. del Pacto), quinto periodo de sesiones, 1990; también Observación General núm. 9, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Relación entre las sanciones económicas y el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales*, 17 periodo de sesiones, 1997. “justiciabilidad (que se refiere a las cuestiones que pueden o deben resolver los tribunales)”, punto 10.

cerse efectivos por otros órganos distintos a los judiciales (OG núm. 3, punto 5 y OG núm. 9, punto 10); si bien corresponde a cada sistema jurídico establecerles, el Comité cita como ejemplos: la igualdad, artículo 3o.; igual salario por igual trabajo, artículo 7o. a) i); libertad sindical, artículo 8o.; protección especial en el trabajo de niños y adolescentes, artículo 10 párrafo 3; enseñanza primaria gratuita, artículo 13, párrafo 2 a); libre elección de escuela, artículo 13 párrafo 3 y libertad para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, artículo 13 párrafo 4; así como el artículo 15 párrafo 3 del PIDESC referido a la libertad de investigación científica.

Por lo que concierne a la exigibilidad, se trata de una noción más amplia de tutela que da cabida a medidas políticas, legislativas, administrativas, sociales, además de judiciales. La palabra raíz exigir, del latín *exigere*, significa cobrar o reclamar.³² Lingüísticamente la acepción “exigibilidad” no ha sido recogida todavía en los diccionarios de la lengua española ni en los diccionarios jurídicos, lo que se tiene son documentos relativamente nuevos que refieren al término. La Declaración de Quito, acerca de la exigibilidad y realización de los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina y el Caribe,³³ no da un concepto, pero alude a un amplio entramado de posibilidades para el reclamo de los derechos sociales, desde las formas de vigilancia de los organismos internacionales (punto 20), pasando por la verificación de cumplimiento y en su caso denuncia o incidencia de la sociedad civil en políticas públicas (puntos 17, 19, 25 y 82), hasta las medidas legislativas para reconocer los derechos y establecer mecanismos de tutela (punto 52).

IV. RESPONSABILIDAD EXIGIBLE A PARTIR DE LAS OBLIGACIONES

Para entrar en materia del reclamo judicial es elemental el saber a qué se tiene derecho;³⁴ para ello señalaremos primeramente el marco normativo.

³² Real Academia Española, *Diccionario de la Real Academia Española*, consulta en línea disponible en: <http://buscon.rae.es/draeI/>, realizada el 20 de octubre de 2006.

³³ Declaración del 24 de julio de 1998. Dicha declaración es un documento paralelo a los documentos oficiales de Estados u organizaciones internacionales, donde importantes sectores de la sociedad civil organizada (cerca de 50 ONG's y 5 redes de 16 países) se reunieron para proponer y articular un marco de referencia a partir de las iniciativas regionales, con el fin de amplificar y eficientizar la labor y el impacto de las acciones pro derechos humanos de las redes y organismos regionales. Asimismo se constituyó un Grupo de Seguimiento Regional para garantizar la continuidad del Plan de Acción Regional allí aprobado.

³⁴ Sobre las obligaciones del Estado en materia de DESC se ha escrito mucho; reconocidos expertos y teóricos del derecho, a más de la jurisprudencia internacional, nos han ayuda-

En el ámbito internacional los principales ordenamientos que establecen obligaciones relacionadas con los DESC son la DUDH, el PIDESC, la DADDH,³⁵ la CADH³⁶ y el Protocolo de San Salvador.³⁷ Aparte de estas y otras fuentes primarias de obligaciones, se añaden las resoluciones, acuerdos, comentarios u observaciones de los organismos internacionales,³⁸ que junto con la labor de expertos,³⁹ doctrinistas y otros actores de relevancia

do a facilitar su comprensión y manejo. Algunos de los trabajos que abordan ampliamente el tema son Abramovich, Víctor y Curtis, Christian, *op. cit.*, nota 1, pp. 65-116 o Villalba Vargas, Reinaldo, “Obligaciones de los Estados en relación con los derechos económicos, sociales y culturales”, en Cantón, Octavio y Corcuera, Santiago (coords.), *Derechos económicos, sociales y culturales*, México, Porrúa-Universidad Iberoamericana, 2004, pp. 49-80, entre otros.

35 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), suscrita en Bogotá, Colombia el 2 de mayo de 1948.

36 Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), fecha de adopción: 22 de noviembre de 1969. Entrada en vigor: 18 de julio de 1978. Ratificada por México: 24 de marzo de 1981, publicación en el *DOF*, 7 de mayo de 1981.

37 Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), adoptado en San Salvador, el Salvador, el 17 de noviembre de 1988 por la Asamblea General en el 18 período ordinario de sesiones, ratificado por México el 8 de marzo de 1996.

38 Cuando los Estados adoptan un tratado internacional de derechos humanos, no sólo quedan obligados por el texto, sino también por las interpretaciones que de ese texto realizan los órganos de contralor establecidos por el propio tratado. Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “Interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos por los órganos internos: el caso de las obligaciones estatales en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, en Cantón, Octavio y Corcuera, Santiago (coords.), *Derechos económicos, sociales y culturales*, México, Porrúa-Universidad Iberoamericana, 2004, pp. 15-48.

39 Como los Principios de Limburgo relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Principios de Limburgo), que data de 1986; surgido a raíz de una sobresaliente reunión de expertos convocados entre otros, por la Comisión Internacional de Juristas y la Universidad de Limburgo, en Maastricht, Países Bajos, y que más tarde fuera tomado oficialmente por las Naciones Unidas. Otro documento importante, esfuerzo de especialistas, son las Directrices de Maastricht sobre violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales (Directrices de Maastricht), de 1997; trabajo motivado por el décimo aniversario de los principios de Limburgo. Nuevamente fueron convocados los expertos para ampliar el entendimiento de los Principios de Limburgo (primer documento citado) con respecto a la naturaleza y alcance de las violaciones, respuestas y recursos de derechos sociales. Si bien las Directrices de Maastricht aún no han sido adoptadas oficialmente por las Naciones Unidas, el referido Comité las ha empleado para evaluar los informes que le son sometidos por los Estados, así como para desarrollar las observaciones generales.

internacional,⁴⁰ se vuelven piezas necesarias para comprender el contenido y alcance de estos derechos.

1. *De los Estados*

Partimos del hecho innegable de que “todos los derechos humanos” imponen ciertas conductas al Estado. Así, el primer nivel de obligación estatal sería que las autoridades no entorpezcan esos derechos reconocidos o que los *respeten*. El segundo nivel de obligación estriba en no permitir que terceros afecten el disfrute de los derechos, es decir, *protegerlos*, lo que implica llevar a cabo ciertas medidas para prevenir las amenazas de terceros. El tercer nivel y que mayores desacuerdos presenta es la asistencia directa o indirecta, también llamado *cumplimiento*, donde la actuación del Estado asegura la satisfacción de ciertos bienes o servicios a personas o grupos que, por su situación, no pueden obtenerlos por esfuerzo propio. Este nivel se encuentra relacionado con las acciones positivas o derechos a prestaciones.⁴¹ Fried van Hoff habla de *promoción* como un cuarto nivel y lo vincula al deber del Estado de desarrollar condiciones para que los titulares accedan a dicho bien.⁴²

Encima, hay además otras obligaciones para los DESC. En primer término están las *obligaciones con efecto inmediato*, esto es, el Estado debe actuar desde la entrada en vigor del tratado. El Comité en su OG núm. 3, puntos 1 y 2 ha aclarado: “...aunque el Pacto contempla una realización paulatina... también impone varias obligaciones con efecto inmediato...”, y continúa explicando que: “De éstas [obligaciones con efecto inmediato] dos resultan particularmen-

40 Como lo es la red de ONG's que dieron origen a la Declaración de Quito acerca de la exigibilidad de los DESC. *Cfr.* En profundidad: *Derechos económicos, sociales y culturales*, consulta en línea disponible en <http://www.choike.org/nuevo/informes/1327.html>, realizada el 20 de octubre de 2006.

41 Nos referimos al tema que refiere la doctora Nuria González en la primera parte en este libro. En estricto sentido, los derechos a prestaciones serían todos aquellos derechos que el titular puede exigir al Estado u otros sujetos obligados, para obtener prestaciones necesarias para su subsistencia, porque sus expectativas individuales no les permiten aspirar a disfrutar ciertos derechos vitales. Sobre el particular *cfr.* Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 23, pp. 86, 419, 420 y 482-484. Sobre los niveles de obligaciones es ampliamente conocido el trabajo del experto 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, pp. 46-61, pp. 47-51.

42 Abramovich, Víctor y Courtis, Christian (comps.), “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales”, *Derechos sociales, instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003, pp. 55-78, pp. 58 y 59.

te importantes... los Estados se comprometen a garantizar... *sin discriminación*". La otra obligación con efecto inmediato es "*adoptar medidas*", que implica que "... las medidas tendientes a lograr ése objetivo debe adaptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto...".

El derecho a la *no discriminación*, relacionado con el principio de igualdad, ha estado presente en prácticamente todos los espacios de discusión de derechos humanos y han sido recogidos en tratados y otros textos legales, en la actualidad el derecho a la no discriminación ya forma parte del *ius cogens*.⁴³

Pero habrá que detenerse un poco cuando de *adoptar medidas* se trata. El Comité ha interpretado el artículo 2.1 del PIDESC de la forma siguiente: "...cada Estado Parte debe decidir por sí mismo qué medios son los más apropiados de acuerdo con las circunstancias" y "... tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto".

Una de las primeras medidas a adoptar como parte de las obligaciones con efecto inmediato es *legislar*. El PIDESC señala en su artículo 2.1 que "Cada uno de los Estados Partes... se compromete a adoptar medidas, inclusive en particular la adopción de *medidas legislativas* [para] la plena efectividad de los derechos... reconocidos". La medida legislativa se considera necesaria porque permite tener una base sólida en cualquier sistema jurídico; no importa de cual contexto político, social o económico se hable; para combatir conductas viciadas que afectan el disfrute de los DESC. La adopción de medidas puede suponer, que el ordenamiento jurídico interno incorporará los DESC señalados por el PIDESC (OG núm. 9, puntos 5, 6 y 8), a fin de reforzar su vigencia en la jurisdicción del Estado o bien, enmendando la normativa interna para hacer viables los compromisos derivados de las

43 Ventura Robles, Manuel E., "Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales", *Revista IIDH*, San José, Costa Rica, núm. 40, julio-diciembre 2004, pp. 87-131, p. 122. En ese sentido véase Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A, núm. 18, párrafos 133-136. En esta opinión se dilucida acerca de la compatibilidad entre el principio de igualdad y los derechos laborales de los migrantes. En los razonamientos, la Corte opina que la calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privar del goce de los derechos fundamentales, como son los laborales, y que tal principio vincula tanto a los Estados como a los particulares. Para mayor abundamiento véase Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF), *Compilación de instrumentos jurídicos en materia de no discriminación*, México, CDHDF, 2004, ya sea en texto impreso o CD-ROM.

normas internacionales, ya sea eliminando los obstáculos que contravengan los nuevos derechos y/o estableciendo nuevas normas que permitan que las autoridades locales den efectividad a los DESC.

Una vez establecida la garantía primaria, el siguiente paso será igualmente configurar la tutela específica para el derecho sustantivo, como sería el asentamiento normativo del proceso y el tribunal competente para acudir a proteger el derecho.⁴⁴ El Comité enfatiza el establecimiento de *recursos legales* (OG núm. 3, punto 5) en sentido amplio y los judiciales en sentido estricto, para nulificar, reparar o sancionar la violación a la garantía primaria. De lo contrario, la falta de acción en juicio haría del derecho sustantivo un derecho ineficaz.⁴⁵

Ahora la pregunta es si el establecimiento de recursos efectivos es para todos los derechos o únicamente para el de no discriminación, para los inmediatamente aplicables o sólo para los considerados justiciables en un sistema jurídico específico. En tratándose de discriminación, el numeral 35 de los Principios de Limburgo no deja lugar a dudas. Por lo que respecta a los derechos considerados de aplicación inmediata, tampoco ofrece vacilaciones (OG núm. 9, punto 10). Empero la cuestión parece complicarse un poco cuando con la pura lectura de la primera oración del punto 5 de la OG núm. 3, se piensa que sólo un puñado de derechos sociales sería justiciable o debería contar con recursos efectivos. Aquí parten dos cuestiones a comprender: el Comité ha avanzado en su interpretación armónica de las disposiciones del PIDESC y en este respecto aclaró: primero —como ya sabemos— que el término de recursos efectivos en su sentido amplio abraza también a los recursos administrativos (OG núm. 9, punto 9). Y todavía más, si aquellas instancias no jurisdiccionales son insuficientes para reivindicar el derecho, entonces el Estado tiene que implementar los recursos *judiciales eficaces*, pues el Comité entiende que “en muchos casos, los demás medios

44 Las garantías secundarias, también llamadas garantías para la judicialización de los derechos sociales, son las vías jurisdiccionales concretas que permiten plantear violaciones a los contenidos de los derechos sociales. Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 27, pp. 183, 189 y 195.

45 En el pensamiento de Ihering “... el derecho es lo que generalmente puede ser realizado; lo que no puede genéricamente ser realizado, no puede constituirse en derecho...”, *cit.* por Ferrajoli, Luigi, “Derechos fundamentales”, Ferrajoli, Luigi *et al.* (eds.), en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 19-62, p. 45. Para Carbonell, la falta de vías procesales idóneas para la exigibilidad de los DESC, hace irreparable la violación por los tribunales. *Cfr.* Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 17, p. 781. Nosotros consideramos que hay que matizar la consecuencia de la falta de recursos legales, si bien da cabida a no ejercer el derecho plenamente (idóneamente); también hay que tener en cuenta que los recursos existentes (tradicionales) pueden en algún grado, resguardar o reivindicar el derecho.

utilizados puedan (sic) resultar ineficaces si no se refuerzan o complementan con recursos judiciales” (OG núm. 9, punto 3 y 9), so riesgo de incurrir en grave violación por omisión. En este sentido, la Corte Interamericana ha señalado que un recurso adecuado significa “*que la función de esos recursos, dentro del sistema del derecho interno, sea idónea para proteger la situación jurídica infringida*” y “*debe ser, además, eficaz, es decir, capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido*”.⁴⁶

Y segunda aclaración: “todos” los derechos tienen alguna dimensión que puede ser reclamable judicialmente, las variaciones pueden ser de forma, tiempo o medida.⁴⁷ Negar esto último, sería tanto como contradecir los multiproclamados principios de indivisibilidad e interdependencia (OG núm. 9, punto 10 *in fine*).

Otra más de las obligaciones estatales es elaborar un completo diagnóstico sobre las condiciones del país. Esta información precisa mucho más que meras estadísticas ocasionales, se trata de hacer un seguimiento verificable de zonas y grupos más desaventajados (OG núm. 1, punto 3).

Vemos que esta obligación se extiende hacia el deber de vigilancia continuada del Estado de las medidas implementadas para la realización de los DESC (OG núm. 1, punto 3).⁴⁸ Este conocimiento es esencial para la elaboración clara y adecuada de políticas según las prioridades marcadas en el PIDESC.

Así llegamos a la obligación de elaborar y adoptar *planes de acción*, con criterios claros, objetivos medibles y métodos adecuados para la “realización efectiva de los DESC”. Aquí, la activa participación de los individuos se vuelve fundamental a la hora de proponer, vigilar y ejecutar planes sociales de gobierno (OG núm. 1, punto 4). La experiencia ha ofrecido casos desalentadores, donde el impacto de tales acciones sociales ejecutadas no tiene mérito o peor aún, donde ni siquiera se tiene alguna forma de evaluar lo realizado o todavía

⁴⁶ Cursivas del autor. Cfr. Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentencia del 29 de julio de 1988, Serie C, núm. 4, párrafos 64 y 66. La eficacia de los recursos judiciales tiene que ver con su idoneidad para garantizar el adecuado planteamiento del derecho afectado, de manera que no basta decir que se cuenta con ciertos recursos que se han usado para atender otros derechos. Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op. cit.*, nota 1, p. 87.

⁴⁷ García Ramírez, Sergio, “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Cuestiones constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 9, julio-diciembre 2003, pp. 127- 157, p. 133.

⁴⁸ Observación General núm. 1, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Obligación de presentar informes*, 13 periodo de sesiones, 1981.

más grave; políticas en las que la población objetivo de los programas sociales, simplemente no fue escuchada, por lo que la política de escritorio se vuelve improbable, al desconocer las necesidades reales del grupo en cuestión. Ante estas desconsideraciones se han promovido algunas instancias para el control de políticas públicas.⁴⁹ En México, las ONG's han realizado diagnósticos de gran aprecio. En 1999, grupos organizados de la sociedad civil llevaron al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (55 periodo de sesiones del 22 de marzo al 30 de abril de 1999) un informe alternativo: "La situación de los derechos económicos, sociales y culturales en México"; en él, aparte de ofrecer un diagnóstico amplio de la situación que guardaba el país en materia de derechos sociales, constituyó una herramienta valiosa en la incidencia política.⁵⁰

El permitir el *acceso a la información* constituye una importante estrategia para la justiciabilidad de los DESC (OG núm. 1, punto 5). La obligación de brindar información además de un derecho, constituye una garantía del debido proceso,⁵¹ porque les permite a los particulares tener una acuciosa atención so-

49 En Colombia, la Defensoría del Pueblo empezó a fijar estándares y formas de vigilancia de las políticas públicas, con muy buenos resultados. Al presente, desarrollaron un plan estratégico 2002-2010, convirtiéndose esta instancia gubernamental no jurisdiccional, en punta de lanza en el proceso de instrumentación de políticas públicas del gobierno en turno. Darío García, Juan, "Los mecanismos de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales y evaluación de la política pública en Colombia", *Los derechos humanos y la globalización: avances y retrocesos*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 2003, pp. 87-96, pp. 93 y 94.

50 El análisis contiene propuestas e información relevante de violaciones de derechos sociales. Cfr. Sandoval Terán, Areli, "Los derechos económicos, sociales y culturales: el sistema universal y su implementación por parte del estado mexicano", en Cantón, Octavio y Corcuera, Santiago (coords.), *Derechos económicos, sociales y culturales*, México, Porrúa-Universidad Iberoamericana, 2004, pp. 149-161, p.157. Este informe paralelo de fecha 18 de noviembre de 1999, se puede localizar como: E/C. 12/1999/NGO/3, en www.unhchr.ch o directamente en: [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/E.C.12.1999.NGO.3.Sp?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/E.C.12.1999.NGO.3.Sp?Opendocument), cfr. Núñez, Kyra (corresponsal), "Sin avances, derechos económicos y sociales en México: expertos de la ONU", *La Jornada*, ciudad de México, jueves 11 de mayo de 2006. Desde la perspectiva de las ONG's, dan cuenta que la delegación mexicana había dado información falsa al Comité por lo que respecta a la pérdida del poder adquisitivo, insuficiencia de pensiones o limitaciones reales que tienen los programas contra la pobreza y concluyen, que no hay voluntad para eficientizar los DESC, pues no se han tomado todas las medidas adecuadas ni utilizado los recursos que disponía (debido a una notoria desproporción en el gasto social) para asegurar la progresiva implementación de los derechos sociales en la población. Sandoval Terán, Areli, *ibidem*, pp.159 y 160.

51 Abramovich, Víctor, "Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales", *Los derechos humanos y la globalización: avances y retrocesos*, Lima, Comisión Andina de

bre las acciones que el Estado implemente y que de producir una afectación en los gobernados, puedan solicitar su paralización,⁵² incluso antes de la consecución de la obra, apoyada en el entendimiento que el impacto generará.

El derecho a la información incorpora por una parte la libertad de acceder a la información sin censura ni restricciones y, por otro, la libertad de opinión, brindar información: facilitar el libre acceso a ésta, aportar información suficiente y confiable, y promover la participación informada de los colectivos.⁵³ En México el derecho a la información se incorporó a la Constitución vigente en 1977, en el artículo 6o. *in fine*. La reglamentación de este derecho había quedado en deuda hasta hace poco, que entró en vigor la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental,⁵⁴ norma que comenzó el despliegue de regulaciones más detalladas. La Ley de Acceso a la Información es un paso importante para la democracia en México.

Por lo que respecta a la obligación de progresividad, el Comité señala que “el concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo” (OG núm. 3, puntos 2 y 6) y parece que sigue siendo la característica más destacada de los DESC. Sabemos que se refiere a avanzar paulatinamente con medidas planeadas y puntuales; obviamente tampoco cabe la posibilidad de estancarse y menos retroceder, hasta lograr con el mejoramiento de las condiciones, la plena realización de los DESC.

Juristas, pp. 51-84, pp. 54 y 81. *cfr.* Corte IDH. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1o. de octubre de 1999, Serie A, núm. 16, párrafos 110 y ss.

⁵² El Estado debe poner a disposición de los particulares información sobre: a) el estado que guarda la situación vinculada con los contextos específicos, estimaciones que son necesarias para poder entender el avance en el goce de los derechos (obligación de progresividad), y b) dar información sobre las políticas públicas que se van a implementar o que se están llevando a cabo. Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op. cit.*, nota 1, pp. 235-237.

⁵³ Conviene anotar las distinciones entre “derecho a la información” como aquel que tienen los individuos para obtener información de autoridades estatales y de particulares. En cambio, el “derecho de la información” es el conjunto de normas jurídicas aplicables al proceso informativo (reglas que rigen la actividad de los profesionales de la comunicación, medios de comunicación, etcétera). Carbonell, Miguel, o, *op. cit.*, nota 17, pp. 591, 593 y 780.

⁵⁴ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 11 de junio de 2002. Véase Carbonell, Miguel, “El derecho de acceso a la información y el Poder Judicial de la Federación”, *Derecho Comparado de la Información*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Fundación Honrad Adenauer, Comisión Estatal de Acceso a la Información Pública de Sinaloa, núm. 3, enero-junio 2004, pp. 189-199, pp. 189, 194-197 y 199.

Otro más de los deberes estatales que acompaña a todos los demás, es la utilización hasta el máximo de los recursos disponibles para la implementación de los DESC. Seguramente el asunto de recursos monetarios es el que mayor peso tiene a la hora de la implementación de medidas positivas. Es verdad que los DESC, como también ocurre con otros derechos, involucran erogaciones importantes del erario estatal y que pueden ser gravosas. Si las arcas del Estado tienen límites, evidentemente dichos toques se trasladarán a las facultades para ejercer ese presupuesto. En opinión de Alexy: “todos los derechos fundamentales limitan la competencia de legislador” y entre menos liquidez haya, menos habrá que repartir.⁵⁵ De esta lógica se derivan los parámetros para atender los mínimos esenciales de cada derecho y la protección prioritaria de sectores específicos de la población más inermes, y además, el Estado tendrá que demostrar que uso “todos los recursos que estaban disponibles”.

Llegamos así a la obligación de “garantizar los niveles mínimos o esenciales de los DESC”, el Comité es de la opinión que al Estado le corresponde satisfacer —por lo menos— los niveles esenciales de *cada uno* de los derechos, sin que para ello se interponga el argumento de falta de recursos (P. Limburgo, punto 25 y D. Maastricht, punto 9). igualmente habrá que esforzarse por dar protección a grupos vulnerables⁵⁶ mediante la adopción de programas de relativo bajo costo (OG núm. 3, puntos 10 y 12).

2. De los particulares

Cuando se habla de obligaciones se suele poner acento en los Estados. El PIDESC no hace señalamientos claros a los deberes de los particulares,⁵⁷ pero la DADDH innovadoramente inserta las obligaciones del gobernado, tanto por lo que corresponde a los DESC como a los demás derechos.

⁵⁵ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 23, pp. 495 y 496.

⁵⁶ Con el propósito de redimensionar la afectación de estos grupos, sin que aún se haya definido total y concluyentemente a la población vulnerable, el Comité ha hecho señalamientos puntuales a lo largo de su jurisprudencia por cuanto hace: a los niños, adolescentes, mujeres, minorías étnicas o poblaciones indígenas, personas sin tierra o las personas con VIH/sida, a personas sin hogar, alojadas inadecuadamente o sin acceso a instalaciones básicas, a personas que viven en asentamientos ilegales, las personas sujetas a desahucios forzados o las personas o grupos de bajos ingresos moribundos o personas con problemas médicos persistentes, prisioneros, detenidos, migrantes, hasta docentes y alumnos de educación superior.

⁵⁷ Hay una sutil mención de las obligaciones de los padres en relación con sus hijos en el artículo 10.1 del PIDESC.

El preámbulo de la declaración señala: “El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre.” En el capítulo correspondiente a los “deberes”, bajo el enfoque de los DESC, podemos decir que se tiene el deber de convivir con los demás, de manera que esa interrelación permita desarrollarse íntegramente (artículo XXIX); por cuanto hace a las actuaciones positivas implicadas en los DESC, los padres deben procurar las necesidades elementales (alimentación, educación, salud, etcétera) de sus hijos y viceversa, cuando aquellos lo requieran (artículo XXX) y la responsabilidad de atender su instrucción primaria (artículo XXXI); los particulares habremos de obedecer los ordenamientos legales de la jurisdicción en la que nos encontremos (artículo XXXIII), así como colaborar en la asistencia y seguridad sociales impartidas por el Estado (artículo XXXV) y obtener —en lo posible— recursos económicos que les permitan la autosuficiencia y la cooperación con la comunidad (artículo XXXVII). En suma, los derechos humanos recogidos en los textos jurídicos deben tener eficacia multidireccional (frente al Estado y frente a otros individuos).

En el ámbito doméstico, el tema de las obligaciones frente a particulares se ha desarrollado especialmente en Alemania por la teoría del *Drittwirkung der Grundrechte*. En México apenas comienza a visluzarse, un precursor hacia la incidencia de la eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares es el amparo en revisión 2/2000. A propósito de la conculcación del derecho a la privacidad de las comunicaciones prevista por el artículo 16 constitucional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) dilucida si esta afectación por particulares también es motivo de ilicitud constitucional. Para ello se propuso identificar si la Constitución tenía principios universales, es decir, obligaciones de derechos fundamentales dirigidos tanto al Estado como a los particulares. En su resolución, aunque no define lo que se entendería como principios universales, sí dilucida sobre el sentido normativo del contenido constitucional y da ejemplos de obligaciones de los particulares correlativas a derechos fundamentales: la prohibición de la esclavitud, artículo 2o.; el deber de los padres de preservar la salud de sus hijos, artículo 4o.; la obligación de respetar la propiedad privada, artículo 27; el deber de los padres para hacer que sus hijos o pupilos a su cargo, tengan la educación básica y el deber de los gobernados de contribuir al gasto público, artículo 31.⁵⁸

⁵⁸ Estrada Alexei, Julio, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2000, pp. 77-79, 81, 90, 182 y 183. *cfr.* COMUNICACIONES PRIVADAS. EL DERECHO A SU INVIOABILIDAD, CONSAGRADO EN EL

3. *El rol del Poder Judicial en las obligaciones derivadas de los DESC*

Cuando hablamos de obligaciones estatales, comprometemos a todos los poderes del Estado al respeto, protección y cumplimiento. No obstante, el vínculo que se aprecia comúnmente es entre el deber y la aprobación legislativa o la decisión de la administración pública, como si tan solo aquellos órganos estuvieran facultados para desplegar medidas que condujeran a la realización de intereses generales. Entonces, cuál es el lugar que ocupa el Poder Judicial en las obligaciones derivadas de los DESC. Materialmente el Poder Judicial tiene como función resolver controversias a partir de la aplicación e interpretación del derecho vigente (protección). Y como todo órgano estatal, el Poder Judicial está intercolaborando con los otros, lo que de ningún modo hace desaparecer su independencia funcional respecto de los demás poderes públicos.⁵⁹

La exigibilidad vía judicial reviste un carácter único; por sus rasgos de obligatoriedad, sanción y coacción; pero ciertamente complementario (OG núm. 9, punto 3).

Conviene ahora hacer una reflexión sobre la actuación del Poder Judicial en México. Desde un principio hemos expresado que el desarrollo que han tenido los DESC ha sido más retórico que aplicativo. Hasta ahora los agentes involucrados en el sistema institucional de justicia han mantenido una actuación reservada, sigilo que se manifiesta en las academias, con los abogados postulantes y permea en la actuación del Poder Judicial. El constitucionalismo mexicano, a lo largo del México independiente, ha tenido defectos en el análisis de las decisiones; para decirlo directamente, ha faltado en definir y delinear los contenidos y contornos de los derechos humanos de manera enérgica y lo suficientemente fuerte como para darles una tutela efi-

ARTÍCULO 16, PÁRRAFO NOVENO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, ES OPONIBLE TANTO A LAS AUTORIDADES COMO A LOS GOBERNADOS, QUIENES AL TRANSGREDIR ESTA PRERROGATIVA INCURREN EN LA COMISIÓN DE UN ILÍCITO CONSTITUCIONAL. Tesis aislada. Materia(s): Constitucional. Novena época, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XII, diciembre de 2000, tesis: 2a. CLX/2000, p. 428. En este sentido véase también criterio jurisprudencial mencionado *infra* nota 145.

⁵⁹ Sobre la independencia del poder judicial véase Diez Picazo, Luis María Gimenez, "Notas de Derecho Comparado sobre la independencia judicial", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 12, núm. 34, enero-abril 1992, pp. 19-39, pp. 20 y 21. Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), "Medidas necesarias para hacer más efectiva la autonomía, independencia e integridad de los miembros del Poder Judicial", *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1992-1993*, OEA/Ser.L/V/II.83, doc. 14, *in fine*. Consulta en línea disponible en: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/92span/indice.htm>, realizada el 20 de octubre de 2006.

ciente y consistente con el espíritu de las normas de derechos humanos. Aunque el juicio de amparo se configura como el proceso constitucional para la defensa de los derechos fundamentales, en su inmensa mayoría las estimaciones no se dirigen más allá de los artículos 14 y 16 constitucionales.

El problema —dice el ministro Cossío—, es que no se ha levantado una teoría constitucional lo suficientemente fortalecida.⁶⁰ En la actualidad el derecho exige de los jueces, ya no el mero apego formal a la ley para la resolución del caso concreto que les es sometido; sino un análisis más crítico y profundo del significado último de la ley fundamental como una forma de trazar valores sociales. En esto, la actividad de los jueces, en coparticipación con los litigantes, tiene preeminencia.⁶¹

Valdría la pena ahora indagar las dimensiones en las que cabe la actuación judicial, para eso tocaremos las posibilidades de exigencia judicial por violaciones por acción u omisión.

Cuando se trata de obligaciones de no hacer, resulta fácil la tarea de los tribunales para exigir al sujeto que interfiere, retrotraiga la medida o el acto irrepetuoso. De las normas que prohíben y que mayores oportunidades ofrecen a la parte actora, para que el juez obligue al infractor a respetar y corregir la medida que afecta su derecho, es sin duda alguna la discriminación, prohibición contenida en el artículo 2.2 del PIDESC.

La posibilidad de tutela judicial ante infracciones al deber de actuar, merece una revisión más cautelosa. Las violaciones se podrían presentar como omisiones totales u omisiones parciales. Es difícil estar ante una inacción completa; sencillamente porque existen órganos de vigilancia que han estado atentos para que los Estados parte avancen paulatinamente hacia la realización plena de los DESC. No obstante —dijo Piisarello—, en caso de omisión total, los afectados cuentan con mecanismos adjetivos como el juicio de amparo, a pesar de la inexistencia de la norma que es el deber del legislador.⁶²

⁶⁰ Y comprendase que tal concepción constitucional que se busca hoy, no se conforma con la mera adición de elementos normativos, ni las reformas constitucionales son por asomo suficientes para darle sentido a la Ley Suprema, ni con ellas se hace una construcción de una teoría constitucional acabada. Por teoría constitucional se entiende: la identificación de los supuestos generales (criterios, reformas, decisiones, etcétera) que animan a un texto positivo en particular, en este caso nos referimos a la Constitución de 1917. Cossío Díaz, José Ramón, *op. cit.*, nota 25, p. 43.

⁶¹ Cossío Díaz, José Ramón, *op. cit.*, nota 24, pp. 305, 308 y 310. Cossío Díaz, José Ramón, *op. cit.*, nota 16, pp. 14 y 15.

⁶² Pisarello, Gerardo, “Los derechos sociales en el constitucionalismo moderno: por una articulación compleja de las relaciones entre política y derecho”, *Derechos sociales y derechos de la s minorías*, 29a. ed., México, Porrúa, 2001, pp. 111-135, p. 127.

En el supuesto de incumplimiento parcial, los tribunales tienen mayores posibilidades de actuar para obligar a cumplir con la medida necesaria. Nuevamente aquí, el derecho a la no discriminación puede ser un argumento poderoso; pues la infracción al deber de actuar hace suponer que algunos estratos de la población continúan en condiciones de limitación que les imposibilitan disfrutar de sus DESC.

Para cerrar, reseñaremos brevemente el valor que adquieren las guías internacionales de interpretación de los DESC (jurisprudencia internacional) en el ámbito nacional, así como algunos criterios interpretativos útiles.

Rebasada la discusión del valor jerárquico del derecho internacional en el derecho interno,⁶³ veamos las nuevas exigencias en la labor interpretativa de los juzgadores. Es obvio que el juzgador requiere el conocimiento de las normas aplicables en su jurisdicción, pero acaso estaría compelido a observar los comentarios que hacen ciertos órganos internacionales a tales normas. Hay quienes afirman categóricamente que la adopción de un tratado trae aparejada la aceptación de la jurisdicción de determinados órganos.⁶⁴ Si estamos de acuerdo que la observancia de los tratados internacionales es obligatoria para el Estado signatario, pues entonces, cómo podría el juez local dejar de saber el sentido, alcance y contenido aplicativo de aquellas normas que se dan con la interpretación de los órganos internacionales; no hacerlo puede conducirlo a decisiones inconsistentes, además del dispendio y el tiempo comprometido en decidir erróneamente.

Aunque en México prevalece la jurisprudencia nacionalista, ya se empiezan a tomar en cuenta las consideraciones de los tratados internacionales; pero no hay precedentes que refieran al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Por otra parte, serían muchos los aspectos lógicos y jurídicos que el juzgador tendría que considerar al momento de resolver una controversia que le sea sometida por posible violación de derechos humanos. Definitivamente no es nuestra intención agotar ahora esa temática tan compleja, sólo referiremos algunas claves que orientan la tarea calificadora del juzgador.

El PIDESC nos ofrece ciertas pautas interpretativas que se pueden usar como herramientas para el discernimiento del caso en cuestión. Consecuentes con la *prohibición de regresividad*, el margen para llevar a cabo cual-

⁶³ Islas Colín, Alfredo, "El gobierno de los jueces y la supremacía del derecho internacional", *Las grandes decisiones de los jueces*, Instituto de la Judicatura Federal, Escuela Judicial, 2000, pp. 1-9, p.1.

⁶⁴ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op. cit.*, nota 38, p. 44.

quier medida que se aduzca apropiada se acota hacia una sola dirección: “la progresión”, sea en extensión o en contenido de los DESC. Si la actuación regresiva de los órganos estatales —llámese Legislativo o Ejecutivo— se tradujera en una ley o reglamento, habría una presunción de que éstos son contrarios a la ley suprema y tendría que solicitarse su invalidez o inconstitucionalidad.⁶⁵

Ahora bien, el principio de progresividad responde a la *máxima de razonabilidad*, esto es, una herramienta utilizada por los juzgadores que permite controlar los contenidos legislativos de los derechos humanos a la luz de las cláusulas del Estado social y democrático de derecho, como lo es el control de la constitucionalidad. La máxima de razonabilidad tiene conexiones no únicamente con el derecho constitucional, sino también con el derecho internacional y con la filosofía del derecho, de manera que permite una interpretación armónica del todo a partir de la norma superior.⁶⁶

Los elementos tradicionales que integran el criterio de razonabilidad son: la no afectación del derecho sustantivo, la relación medio-fin y la proporcionalidad.

Si atendemos al primer subprincipio, el artículo 4o. del PIDESC precisa la prohibición de desmantelar la esencia del derecho, aunque posibilita ciertas acciones “sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos”. En cuanto al segundo elemento, el mismo precepto *in fine* indica: “con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática”; se trata de analizar si una acción puede ser tolerable siempre y cuando persiga los fines lícitos previstos en la norma de acuerdo con las circunstancias sociales. Difícilmente podemos pensar en una norma sin propósito, la cuestión es revisar si existe congruencia con los medios emplea-

⁶⁵ En palabras de Abramovich y Courtis, habría una presunción de ilegitimidad, es decir contrario a la ley y por tanto, conduce al juzgador a un escrutinio muy estricto de su actuación y traslada al Estado la carga de la prueba, en otras palabras, la justificación de la medida. Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op. cit.*, nota 1, pp. 93 y 94, 105 y 111. La justificación que el Estado haga de aquella medida regresiva cuestionada tendrá que realizarse en los siguientes términos: a) la existencia de un interés estatal permisible que se tutela con la medida regresiva, b) el carácter imperativo u único posible de la medida tomada y c) la existencia de opciones u alternativas para actuar de otra manera, menos restrictiva de los derechos que se hayan afectado. Carbonell, Miguel, “Breves reflexiones sobre los derechos sociales”, *op. cit.*, nota 24, p. 59. Véase también Huerta Ochoa, Carla, “La acción de inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 36, núm. 108, diciembre 2003, pp. 927-950, p. 931.

⁶⁶ Cfr. El trabajo de Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2003, *passim*.

dos para tutelar los intereses protegidos. Por lo que corresponde al tercer elemento de la razonabilidad, habrá que examinar si las restricciones son proporcionales a los antecedentes y los fines de la medida. Esto es; el juzgador tendrá que desentrañar si aquella medida elegida está ajustada a las circunstancias que le dieron origen y con los fines que persigue, para que ni sobrepasen sus fines ni queden cortas por su excesiva ligereza. En suma, trata de hacer con criterios objetivos un balance entre los beneficios y perjuicios de la medida analizada.⁶⁷ Una resolución que nos ilustra en el empleo del “criterio de proporcionalidad” es la dictada por la SCJN con motivo de trasplante de órganos entre vivos. En la sentencia se analiza que los motivos que llevaron al legislador a constreñir el perfil de los donadores (fomentar el altruismo y evitar la comercialización), no son indispensables para alcanzar tales motivaciones, pues el sistema jurídico prevé otras medidas para combatir la comercialización de órganos; al contrario, tales motivaciones son desproporcionadas, porque limita la donación solidaria y sin fines de lucro en ámbitos ajenos a las relaciones familiares; de este modo se transgreden el derecho a la salud y el derecho a la vida contenidos en el artículo 4o. constitucional.⁶⁸

Por otra parte, el juzgador debe ver si la medida o acto que se reclama por la parte actora, lacera las *dimensiones irreductibles* del derecho social a proteger. Con el mismo propósito y como pauta para revisar políticas públicas, se puede anclar la *atención especial a determinados grupos*.⁶⁹

Finalmente podemos decir que el juez tendrá que tener en cuenta los demás criterios generales de interpretación de derechos humanos como son: la universalidad, indivisibilidad o el principio *pro homine*.⁷⁰

⁶⁷ Cianciardo, Juan, “Máxima de razonabilidad y respeto de los derechos fundamentales en *Persona y Derecho*, España, 1999, pp. 45-55.

⁶⁸ Novena época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XVIII, agosto de 2003, tesis: P. IX/2003, p. 54.

⁶⁹ En el caso *Grootboom y otros*, se usó como criterio hermenéutico la atención preferente a los grupos vulnerables y decidió que la medida impugnada no había estimado esa prioridad. Constitutional Court of South Africa, Case CCT 11/00, presentado el 11 de mayo de 2000 y resuelto el 4 de octubre del mismo año. Consulta en línea disponible en: www.law-lib.utoronto.ca/Diana/TAC_case_study/Grootboom.pdf, realizada el 20 de octubre de 2006, asunto comentado por Abramovich, Víctor, “Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, *op. cit.*, nota 51, pp. 65 y 75.

⁷⁰ Henderson, Humberto, “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*”, San José, Costa Rica, *Revista IIDH*, núm. 39, enero-junio, 2004, pp. 71-99, pp. 87-92.

V. LUCES Y SOMBRAS DE LA JUSTICIABILIDAD

1. *Justiciabilidad ensombrecida*

Los fantasmas que suelen aparecer o se invocan cuando se pretende justiciar un derecho social se pueden dividir en teóricos o epistemológicos y prácticos o estructurales.

Las trabas teóricas surgen cuando se intenta tazar a los derechos sociales con las mismas medidas que los derechos tradicionales. Situación que se torna problemática cuando el derecho trata de subsumir o limitar las nuevas relaciones jurídicas o derechos a moldes ya conocidos.

La indeterminación conceptual es una de las primeras dificultades a las que se enfrentan los distintos agentes que participan de alguna manera en la administración de justicia de derechos sociales. La vaguedad o falta de precisión de contenidos de los DESC no es una verdad absoluta, aunque ciertamente la falta de claridad ha dificultado su implementación en la práctica.

Ni todos los derechos sociales son oscuros o vagos, ni tampoco son los únicos. Gran parte de esta discusión tiene su origen en la técnica legislativa usada para redactar las normas de mayor jerarquía y alcance estatal. Las Constituciones, lo mismo que los tratados internacionales, contienen disposiciones de suma trascendencia expresados enunciativamente, esto es; con brevedad y en un lenguaje general. Si revisamos los debates del Congreso Constituyente de 1916, podremos notar las razones de ese lenguaje. Ante los argumentos a favor del establecimiento de todo un capitulado para una mejor protección de los trabajadores, el diputado Lizaldi expresó: “aunque necesario es consagrar la libertad del trabajo, el insertar los derechos de los obreros [pormenorizadamente] *es ir en contra de los principios jurídicos que definen la esencia de las Constituciones; debe limitarse a organizar y distribuir poderes y competencias*”.⁷¹ En virtud de tratarse de la norma superior, ésta debía limitarse a insertar los estándares mínimos en su diseño más amplio, mismo que se explicitaría en las leyes reglamentarias.

Cabe comentar que los trabajos de elaboración del PIDESC, del mismo modo, trajeron fuertes discusiones entre quienes consideraban indispensable fijar con nitidez los límites de las obligaciones y entre quienes juzgaban que la construcción gramatical debiera tener un sentido amplio que permitiera

⁷¹ Cursivas del autor. Bojórquez, Juan de Dios, *Crónica del Constituyente*, México, Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, 1992, pp. 103-115.

lograr el mayor consenso entre las naciones, y permitirles a los legisladores domésticos definir los derechos. Al final esta postura prevaleció.⁷²

En la actualidad la construcción lingüística del derecho mantiene esos dos modelos: detallado y amplio. Las normas supremas contienen conceptos más abiertos y eso permitía —si le queremos sacar ventaja— mayor argumentación a nivel epistemológico. La legislación secundaria y algunas disposiciones de naturaleza administrativa, tienden a detallar los derechos contenidos en ordenamientos de mayor jerarquía.⁷³

En los tratados internacionales hay algunas disposiciones jurídicas de justiciabilidad incuestionable que son imprecisos, por ejemplo el artículo 7o. del PIDCP⁷⁴ prohíbe la tortura y los tratos crueles e inhumanos, mas no aclara el contenido; sin embargo, la legislación, la jurisprudencia tanto nacional como internacional, así como los aportes doctrinales han contribuido a precisarlos semánticamente.⁷⁵

De manera que con las guías de interpretación que ya señalamos, se tienen pautas suficientes para dibujar el contorno de estos derechos. Por lo tanto, el argumento de improcedencia de la justicia por indeterminación u oscuridad ya no puede ser sostenible.

En todo caso ha faltado impulso de los particulares y abogados para llevar reclamos y realizar planteamientos profundos sobre derechos sociales ante los tribunales, que motiven la atención de éstos y de los estudiosos del tema. Pensemos nuestra parte de responsabilidad ante lo que criticamos, todos somos necesarios para echar a andar la maquinaria jurisdiccional, incluida la internacional, que para mejor proveer necesita primero la actividad

⁷² Así fue que se llegó al sistema de informes, ya que los derechos “programáticos” no tenían vislumbrado tener implementación de tipo contencioso. Abramovich, Víctor y Curtis, Christian, *op. cit.*, nota 38, pp. 5 y 18. Sobre los trabajos preparatorios del PIDESC *Cfr.* Anotaciones del texto del proyecto de Pacto Internacional sobre Derechos Humanos (preparado por el Secretario General), UN Doc. A/2929 (1955).

⁷³ Jori, Mario, *op. cit.*, nota 16, pp. 111 y 113.

⁷⁴ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

⁷⁵ Abramovich, Víctor y Curtis, Christian (comps.), *op. cit.*, nota 42, pp. 68 y 69. También las libertades tradicionales requieren esfuerzos legislativos subsecuentes para clarificar sus contenidos y modos de acción. Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 17, p. 778. *Cfr.* Observación General núm. 20, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, artículo 7o. Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 44 período de sesiones, UN. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 173 (1992), específicamente párrafo 4.

doméstica de los tribunales, en virtud del requerimiento de agotamiento de recursos internos.⁷⁶

Un argumento igualmente recurrente al que se enfrentan los DESC, es la consideración de que *no son verdaderos derechos*. Para ello se han hecho distinciones tajantes entre los derechos tradicionales y los derechos sociales. A fin de superar esas versiones que otorgan diferente valor normativo a una y otras disposiciones, habrá que volcarse en esas mismas supuestas distinciones estructurales.⁷⁷

Se dice que la dificultad inicial por la que los DESC no pueden ser justiciables está en su génesis. Quienes sostienen este razonamiento se basan en las obligaciones de los derechos civiles que se completarían o extinguirían en un “no hacer”; mientras que los derechos sociales entrañarían conductas positivas de “hacer”, que exigen recursos financieros (son costosos)⁷⁸ y, por lo tanto, no se puede prever que el Estado dispondrá de recursos ni exigir que cumpla con esas expectativas. Creemos que el tema de fondo es que quienes ostentan el poder están nerviosos de que se les obligue a destinar recursos hacia rubros distintos a los que aprovisionan su beneficio propio.

El razonamiento que desconoce la naturaleza jurídica de los DESC no es suficientemente fuerte como para sostenerse ante el hecho de que en estricto sentido, también los derechos tradicionales (civiles y políticos) requieren el despliegue de medidas positivas que traen cargas al erario. Piénsese apenas en el presupuesto destinado al funcionamiento del sistema de administración de justicia, sin el cual no podría ejercitarse plenamente derechos tan liberales como el derecho de propiedad.⁷⁹ Tampoco los derechos sociales se concretan en acciones positivas que supongan erogaciones monetarias; todos los preceptos de carácter social imponen el respeto, la abstención de realizar conductas lesivas o de interferir en el disfrute del derecho; por lo demás, hay derechos sociales que no requieren en primera instancia prestaciones estatales (por ejemplo, el derecho a huelga).

⁷⁶ Cfr. Corte IDH. Excepciones al agotamiento de los recursos internos (artículos 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, Serie A, núm. 11, *passim*.

⁷⁷ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op. cit.*, nota 1, p. 19.

⁷⁸ En realidad no hay derechos gratuitos y derechos caros, todos los derechos tienen un costo y exigen una estructura estatal que los proteja. Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 47, p. 190.

⁷⁹ Para ampliar el panorama de las implicaciones de medidas positivas y gastos financieros que conllevan los derechos tradicionales, véase Abramovich, Víctor y Courtis, Christian (comps.), *op. cit.*, nota 42, pp. 56 y 57.

Vemos pues, que realmente no hay diferencias estructurales entre unos y otros derechos, lo que confirma su interdependencia a grado tal, que de no afianzarse los derechos sociales, los derechos tradicionales tampoco podrían disfrutarse plenamente.

Un problema no menor es el que tiene que ver con el entendido de que los DESC *requieren desarrollo normativo* que dé viabilidad al derecho, como si los derechos de libertad no requiriesen normas que los detallen.⁸⁰ Debemos comenzar diciendo que los propios Estados definen de que manera convivirán con la reglamentación internacional, para ello establecen una serie de previsiones para la incorporación del derecho internacional al derecho interno. Sabemos que en México —según la tesis monista nacionalista—, los tratados internacionales de conformidad con lo establecido en la Constitución federal serán parte de la Ley Suprema (artículo 133 constitucional), una vez publicados en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* e iniciada su vigencia; sin que para ello se requiera la imperiosa necesidad de establecer alguna ley interna que lo contenga. Es decir, se trata de disposiciones de carácter autoejecutivo, de manera que nada impide que los particulares puedan invocar en los tribunales nacionales los derechos del PIDESC (OG núm. 9, puntos 4 y 11).⁸¹ Mejor aún, si retomamos el principio *pro homine* que reconoce la misma jurisprudencia mexicana, podemos decir que en muchos casos los tratados internacionales contienen normas que ofrecen mayor protección al individuo que las normas en el ámbito nacional, así que con este argumento podrían invocarse directamente los preceptos de los textos internacionales. El mismo artículo 133 *in fine*, da las pautas “... Los jueces de cada Estado... se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados”.

Asimismo, hay que tener en cuenta que el desarrollo normativo de los derechos permite precisar su contenido y determinar las vías para su exigibilidad.

En suma, no puede solaparse que debido a la falta de disposiciones reglamentarias para los DESC (inoperancia legislativa), estos no pueden ser justi-

⁸⁰ La libertad de imprenta, la libertad religiosa y en sí, los derechos tradicionales requieren la actividad legislativa para concretar su operatividad. Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 17, p. 779.

⁸¹ Becerra Ramírez, Manuel, “Derecho internacional público”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, Porrúa-UNAM, 2002, vol. X, p. 269. En este sentido, véase caso *Capodónico de Beviacqua, Carina vs. Ministerio de Salud y otros*, del 24 de octubre de 2000, en el que la Corte Suprema Argentina funda su decisión en las disposiciones del PIDESC, PIDCP y CADH. Asunto comentado por Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible”, *La Ley. Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, año LXV, núm. 19, 25 de junio del 2001, pp. 9-21, pp. 17-21.

ciables.⁸² El problema eminente de todo esto, no sería tanto la duda para invocar o no directamente el tratado; sino el desconocimiento de los operadores jurídicos para tomarlos como eficientes herramientas para la justiciabilidad de los derechos fundamentales (OG núm. 9, punto 11). Por eso, debería ser taxativo el conocimiento del derecho internacional de los derechos humanos, al menos, para quienes concursan en puestos dentro del sistema de administración de justicia.

Consideramos que la aplicación directa de las normas internacionales por los juzgadores nacionales contribuiría a disminuir el número de casos que se ventilan ante instancias internacionales por violaciones a disposiciones de un tratado; igualmente ayudaría a armonizar la legislación nacional y haría eficientes los mecanismos judiciales; resumidamente, la medida ayudaría a avanzar en la justiciabilidad de los DESC.

La supuesta *incompetencia del Poder Judicial para juzgar políticas públicas* es otra barrera que dificulta la justicia de los derechos sociales. Indiscutiblemente hay una lógica en el argumento, pero la no injerencia de los tribunales se ha llevado al extremo en ciertas cuestiones de la administración pública, así que se requieren algunas precisiones.

Partimos del principio de la división de poderes y continuamos con la idea de que los formatos establecidos en el derecho procesal doméstico —diseñados para analizar, discutir y sancionar afectaciones individuales— son inapropiados para examinar medidas de tan gran alcance, como las tomadas por el Ejecutivo a través de los órganos de la administración pública. A lo que se añade que el diseño de las políticas sociales requiere conocimientos específicos en ciertas áreas —por ejemplo, presupuestarias—, mismos de los que carece el juzgador y, por tanto, se traduce en una enorme dificultad técnico-aplicativa. De ahí que normalmente las políticas públicas florecen al seno de la discrecionalidad.⁸³

Para iluminar el sendero hay que empezar con decir que los terrenos reservados a la política son algo movedizos. De modo que aspectos que se en-

⁸² Las razones procedimentales no son suficientes para la no justicia, en todo caso habrá que fijarse un plazo para que se configure la legislación apropiada. Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 23, pp. 496 y 497. Ante el incumplimiento del legislador —sobre todo de dotar de recursos legales efectivos—, el juez puede interpretar el precepto y establecer la manera en que será cumplido el derecho. No obstante, son pocos casos en que se han dado tales interpretaciones (desarrollando algunos derechos sociales) que se traduzcan en el otorgamiento de prestaciones materiales para los particulares. Cossío Díaz, José Ramón, *op. cit.*, nota 16, p. 14.

⁸³ Hay quienes consideran que la exigencia judicial de los derechos sociales, equivale a convertir al poder judicial en agente de democracia social. García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, nota 47, p. 133. Abramovich, Víctor, *op. cit.*, nota 51, pp. 57 y 58.

contraban vedados hace algunos años, hoy pueden ser plenamente discutibles ante los tribunales.⁸⁴ Los avances de los movimientos democráticos han permitido una mayor apertura en los controles del poder político; aumentando las posibilidades de fiscalización sobre aquellos aspectos ejercidos por la administración del Estado, como podrían ser cuestiones del medio ambiente o la incidencia en conflictos político-electorales.⁸⁵

Como vemos, los tribunales locales han tenido dramáticas variaciones y con éstas han ejercido, en distintos grados, un importante control de las políticas públicas. Vale aquí comentar el caso *Irene Grootboom y otros vs. El gobierno de la República de Sudáfrica*. La reclamación consistía en que un anunciado plan de vivienda —por casi 7 años— no llegaba a concretarse, ni las autoridades daban respuesta a las demandas de la población. El Tribunal Constitucional de Sudáfrica revisa los criterios de la política, tanto tiempos como formas, es decir, espacio y desarrollo habitacional, confort de las viviendas, grupos prioritarios para el otorgamiento de vivienda y tiempo para concluir el plan. Después de un cuidadoso estudio, el Tribunal de Sudáfrica decide que la política de vivienda no cumplía con el criterio de razonabilidad ni de progresividad (contraviniendo el artículo 26.2 de la Constitución sudafricana), pues no se consideraron las motivaciones originales como fue que muchas personas —510 niños y 390 adultos— vivían en condiciones intolerables mientras esperaban un hogar; a más del aplazamiento injustificado de la medida, que se traducía en un olvido aberrante para la tutela de aquel colectivo desprotegido, pues la mora contravino el mandato de progresión (artículo 2.2 del PIDESC). Finalmente la Corte Constitucional guía

84 En México, la judicialización de la política ha tomado un nuevo cause a partir de las reformas de 1994, se aumentaron los presupuestos para iniciar controversias constitucionales y se establecen las acciones de inconstitucionalidad (artículo 105 constitucional). Ansola-behere, Karina, *Jueces, política y derecho: los alcances de la politización de la justicia en Argentina y México*, México, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, consulta en línea disponible en: <http://www.flacso.edu.mx/pler/materiales/pprkarinaansolabehere.doc> pp. 3 y 4, realizada el 25 de octubre de 2006. Véase también Abramovich, Víctor y Courtis, Christian (comps.), *op. cit.*, nota 42, p. 73.

85 Véase amparo 1081/80, ante Primer Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Primer Circuito. Un grupo de colonos en el D.F. se quejaron porque el gobierno capitalino modificaría, sin su consentimiento, el aspecto geográfico y estético de su colonia. El tribunal concede el amparo y sostiene que cualquiera de los vecinos tiene interés jurídico en el aspecto urbano de su núcleo habitacional, incluidas las áreas verdes y zonas públicas, puesto que se afecta (económica y estéticamente) el lugar en el que escogieron vivir. Asunto comentado por Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Acceso a la justicia de los intereses de grupo. Hacia un juicio de amparo colectivo”, *Estudios en homenaje a don Manuel Gutiérrez de Velasco*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 221-234, pp. 231 y 232.

la media diciendo que el programa (o política pública) debía incluir ciertas medidas razonables (previstas en el programa de vivienda: *Accelerated Managed Land Settlement Programme*) para implementar la realización del derecho al acceso de vivienda adecuada.⁸⁶

Otro caso emblemático de revisión de políticas públicas por un tribunal, es la acción colectiva presentada por conducto de *Mariela Cecilia Viceconte vs. El Ministerio de Salud en Argentina*.⁸⁷ Las consideraciones del amparo fueron la falta de provisión de una vacuna contra la fiebre hemorrágica y la ausencia de políticas públicas destinadas a la conservación del medio ambiente, puesto que el descuido de éste último propició los agentes productores de la enfermedad (ratón maicero, agente propagador del Virus Junín). Se alegaban violaciones tanto al deber de protección como al deber de satisfacción de medidas positivas para proteger el derecho a la salud y el medio ambiente. Los promoventes argumentaban el grave riesgo de aproximadamente 3 mil 500 personas. Consideraban como medida idónea —además del control de roedores portadores del virus—, la vacuna llamada “Candid 1”, la cual no se producía en cantidades suficientes (porque no era rentable para los laboratorios). No obstante, se dijo que se fabricaría localmente, pero no se habían completado los trabajos para que se produjera. Tal omisión era contraria a los mandatos ordenados por el artículo 43 de la ley fundamental en Argentina y los tratados de derechos humanos. *De manera que ya no era una cuestión sólo política, la norma la traducía en una obligación concreta y, por tanto, exigible mediante la coacción*. En los considerandos el Tribunal reconoce que no se advertía que pudiera atender este aspecto del reclamo de la actora, pues se estaría ante una decisión judicial carente de sustento fáctico que la avalase, ya que la vacuna cuya provisión se solicitaba se encontraba en una etapa de investigación y, por ello, *la facultad para autorizar el suministro era ajena a la competencia de los tribunales judiciales, puesto que dicha facultad era privativa de la autoridad administrativa*. De cualquier forma el tribunal ordena al Ministerio de Salud y Acción Social que cumpliera estrictamente y sin demoras con la fabricación de la vacuna, según el cronograma que se había presentado y obraba en el expediente.

⁸⁶ Constitutional Court of South Africa, Case CCT 11/00, presentado el 11 de mayo de 2000 y resuelto el 4 de octubre del mismo año. Consulta en línea disponible en ; asimismo véase la demanda de amparo disponible en: www.law-lib.utoronto.ca/Diana/TAC_case_study/Grootboom.pdf, realizada el 20 de octubre de 2006.

⁸⁷ Consulta en línea, disponible en: www.cels.org.ar/Site_cels/trabajo/c_desc/desc_casos/desc_casos_pdf/Demanda_Viceconte.pdf, búsqueda realizada el 20 de octubre de 2006. realizada el 20 de octubre de 2006. Igualmente véase los comentarios al respecto en Abramovich, *op. cit.*, nota 51, p. 67.

A partir de los asuntos reseñados podemos decir que la incompetencia del Poder Judicial para juzgar políticas públicas es a veces mera apariencia. En sí, un sector importante de la doctrina jurídica apoya la actuación del Poder Judicial frente al control de políticas sociales, ya sea para denunciar medidas totalmente opuestas o parar disposiciones agresivas.⁸⁸

Conscientes de que los derechos sociales han estado desprovistos de la adecuada infraestructura procedimental para echarlos a andar, debemos ahora revisar las restricciones prácticas.

La *inadecuación procedimental* para atender y discutir asuntos de naturaleza colectiva es un tropiezo de origen teórico que se traslada en la praxis, que refleja el grado de democracia avanzado hasta ahora.⁸⁹ A pesar de que muchos derechos sociales son violados masivamente, su justiciabilidad se vuelve mínima en virtud de que los instrumentos procesales vigentes han sido diseñados para la defensa de derechos —agregaríamos, intereses— individuales. Las violaciones colectivas sólo pueden debieran ser atendidas con procesos de la misma naturaleza.

Varios son los inconvenientes procesales que se hacen notar en este rubro:

a) Ante las violaciones masivas, como la desatención o afectación al derecho a la salud, vivienda o alimentación, etcétera, se hace difícil acreditar la personalidad jurídica del reclamante o legitimación activa de los promoventes. Hablamos de un problema real de acceso a la justicia y quizá de los más controvertidos del derecho procesal de los derechos humanos, que deja a capas de la población sin protección jurídica.⁹⁰ Al ser imperioso demostrar la personalidad jurídica en el proceso judicial, en la que se acredite el interés jurídico directo, deja un margen casi nulo para incoar una causa de afectación indirecta, simplemente hace inviable la consecuente relación jurídica procesal y, por tanto, la tutela del derecho quebrantado. Es como alejar las estructuras de sus fines, donde la inadecuación de los códigos de procedimientos han hecho muy poco por ayudar. De manera que bajo el enfoque tradicional no obs-

⁸⁸ García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, nota 47, p.133.

⁸⁹ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 10, p. 918.

⁹⁰ De acuerdo con Lucio Acevedo, en México los jueces de Distrito —en su mayoría— niega la posibilidad de acceder al amparo al considerar la falta de interés jurídico del quejoso, motivando el sobreseimiento en el artículo 73, fracción V de la Ley de Amparo. El carácter individualista del amparo se fortalece a partir de 1883 con el principio de “relatividad de la sentencia de amparo”. Según un seguimiento de las ejecutorias de la SCJN, entre 1867 a 1876 existen sentencias donde se daba cuenta de la protección de intereses colectivos mediante la sustitución a la autoridad administrativa y la ampliación de la legitimación procesal de los quejosos. Cabrera Acevedo, Lucio, *op. cit.*, nota 303, pp. 224-226.

tante exista un interés, si éste no es directo, la persona quien exige la tutela del derecho en crisis se encuentra limitada por los atascos de la maquinaria procesal jurisdiccional que le impiden presentar cualquier reclamo, situación que es todavía más desesperanzadora con los derechos difusos; que —como dice Gozaíni—, no le hace un gran favor a la justicia social.⁹¹ Máxime que las condiciones económicas, sociales, políticas y culturales en las que estamos inmersos, impulsan a que más personas realicen reclamos comunes ante las transgresiones a gran escala de sus derechos: consumidores, grupos ecologistas, refugiados, migrantes, etcétera

La necesidad de que acuda el propio titular del derecho a tocar las puertas de la justicia, está en razón de hacer coincidir el interés jurídico de tutela con el titular del derecho subjetivo, pues origina — aparte del acto mismo de iniciar el procedimiento (legitimación)—, una carga ritual que respalda la legalidad de las formas (prueba de afectación y la personalización de la cosa juzgada).⁹²

La doctrina distingue entre varias clases de intereses transindividuales o metaindividuales (más allá de los derechos individuales). A los intereses colectivos se les identifica con una organización con fines comunes, por ejemplo, sindicatos o sociedades. Por el contrario, los intereses difusos no tienen aquella base jurídica; se aprecian más por coincidencia accidental o genérica, donde no existe una intención previa para coordinar las voluntades del grupo, como quienes viven en una misma colonia, consumen un determinado producto o se atienden en la misma clínica.

A pesar de que en el derecho comparado ya se presentan substanciales ajustes acordes a las exigencias masivas del Estado social de derecho,⁹³ en México, más allá de las jóvenes incorporaciones de los derechos sociales en la Constitución federal (v.g. artículo 4o. párrafo 3 del derecho a la salud; párrafo

91 La única excepción hasta ahora ha sido el derecho administrativo, que permite reclamaciones que no vengan del propio afectado. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *El derecho procesal constitucional y los derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1995, p. 50.

92 *Ibidem*, pp. 49, 50 y 53.

93 El amparo colectivo en Argentina o la acción de clase en Brasil, etcétera *Cfr.* Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, México, Porrúa, 2003, pp. XVII, XXXIV y XXXII. Cossio, José Ramón, “La jurisdicción de contenido social en México”, *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, Derecho procesal, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988, t. III, pp. 1847-1873, p. 1855.

4, del medio ambiente; párrafo 5, a la vivienda), no se han establecido formas eficientes de protección de intereses metaindividuales. Es verdad que a nivel leyes, como por ejemplo el artículo 26 de la Ley Federal de Protección al Consumidor permite acciones grupales, asumiendo la Procuraduría Federal del Consumidor (Profeco) la legitimación procesal activa cuando ejerce acciones restitutorias o de condena. Sin duda, el juicio de amparo mexicano podría ser un instrumento de protección eficaz de intereses colectivos.⁹⁴

b) La prueba también suele ser un aspecto controvertido dentro del proceso. El marco probatorio tiene límites establecidos tanto por el derecho sustantivo como adjetivo. Las reglas de la prueba, al haber sido diseñados para tutelar derechos individuales, tiene límites en la probanza de afectaciones colectivas. En estos casos se precisa mayor amplitud para la admisión, tipos y apreciación de las pruebas, sin que se afecte la celeridad cuando se trata de aplicar medidas urgentes.⁹⁵

c) Ante las exigencias de respeto que conllevan las libertades individuales, los mecanismos judiciales establecen límites a las autoridades responsables (ya sea con la suspensión del acto reclamado o la nulidad) de manera que el juicio concluía con una sentencia condenatoria donde se ordenaba se abstuviera de hacer tal o cual cosa. Por el contrario, las demandas sociales, en buena medida piden la implementación de medidas, por lo que la sentencia sugeriría apenas el primer paso de una provechosa comunicación que re-

⁹⁴ Hasta ahora hay algunas referencias jurisprudenciales que han protegido intereses colectivos por medio del interés legítimo; no obstante, habrá que atender algunas cuestiones presentes en el anteproyecto de la Ley de Amparo. Según Ferrer Mac-Gregor, en el proyecto de la nueva ley de amparo existen lineamientos que traerán incertidumbre hasta en tanto se precisen los alcances y contenidos de quien o quienes deben tener la representación: el individuo, las asociaciones civiles nacionales o internacionales, los grupos afectados, las instituciones públicas (Comisiones de Derechos Humanos, Procuraduría del Consumidor o Ministerio Público). Igualmente habrá que analizar los efectos de las sentencias del amparo cuando protejan intereses difusos y colectivos. Otra cuestión de no menor importancia es la necesidad de ampliar el concepto de autoridad responsable; ahora se requiere reconocer la protección horizontal de los derechos fundamentales vía de amparo, sabemos ya que no todas las violaciones a los derechos humanos provienen de autoridades. Otro cabo suelto del anteproyecto es el principio de definitividad y la reparación de daños. No obstante, el anteproyecto del código modelo de procesos colectivos para Iberoamérica representa una ventana de amplios horizontes para México. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Juicio de amparo mexicano y anteproyecto de código modelo de procesos colectivos para Iberoamérica (a propósito del interés legítimo)”, Gidi, Antonio y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, México, Porrúa, 2003, pp. 527-554, pp. 528, 548, 549 y 552-554.

⁹⁵ Abramovich, Víctor, *op. cit.*, nota 51, p. 59.

condujera la medida adoptada por los organismos estatales y que necesitaría un seguimiento de mayor plazo por parte del Poder Judicial sobre la *implementación de la sentencia*.⁹⁶

d) De igual modo, como parte de las adecuaciones procesales, deberán revisarse los requerimientos de *las medidas cautelares* tradicionales para ajustarlos a las necesidades de los reclamos sociales. En muchos casos, los jueces han sido sensibles cuando se trata de cuestiones álgidas en temas de salud donde se involucran niños, mujeres o víctimas de gravedad, y han postergado las objeciones políticas y complejidades técnicas del procedimiento.⁹⁷

A pesar de las dificultades procesales anotadas, se ha buscado la manera de sobrepasarlas a fin de exigir los derechos sociales ante las instancias judiciales y con los procedimientos existentes. De ningún modo ello sugiere que se deba aplazar más tiempo una decidida adecuación al derecho procesal para la tutela apropiada de aquellos. Si el fin del derecho es dirimir los conflictos sociales y hacer más armónica la convivencia, cualquier discusión al respecto se encamina a superar las limitaciones instrumentales actuales.

La poca práctica judicial para la tutela de los derechos sociales quizá no se considere una limitación en sí misma; sin embargo ha afectado el empoderamiento de la sociedad para exigir al Estado el cumplimiento de los DESC que se trasladan en medidas positivas.

Hay quienes consideran que esta condición es propiciada, por un lado, debido a la escasa información que las personas tienen respecto de la posibilidad de exigir acciones específicas sobre sus derechos prestacionales (como salud o vivienda); circunstancia a la que contribuye el peso de la herencia del derecho clásico, con su estrechez formal y con campos vedados para la función judicial.⁹⁸ Creemos que el desconocimiento de cómo funcionan estos derechos es el factor de mayor peso en la falta de justiciabilidad de los DESC, dificultad a la que nadie hemos estado intactos, en especial cuando tanto se ha señalado el carácter programático. La otra razón es que por incontables años, las generaciones presentes habían visto ese abandono estatal casi como algo normal, de suerte que se tiene una ceguera o percepción muy corta de los DESC o

⁹⁶ Como sucedió con el asunto “Niños de la Calle” de Brasil, donde la Corte Interamericana tomó un plazo razonable para supervisar las medidas ordenadas por ésta. Abramovich, Víctor y Courtis, Christian (comps.), *op. cit.*, nota 42, p. 77.

⁹⁷ *Ibidem*, pp. 75 y 76.

⁹⁸ Fix-Fierro, Héctor y López-Ayllón, Sergio, “El acceso a la justicia en México, una reflexión multidisciplinaria”, en Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo (coords.), *Justicia. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, t. 1, pp. 111-142, p. 133.

bien, se canalizan por vías menos suficientes que las judiciales, como la opinión pública, las marchas, etcétera. Los móviles para recurrir a tales vías están relacionados con el estatus económico y social de las personas —que no es cosa menor en nuestro afán de justiciar los derechos sociales—, aparte de la ganada desconfianza por el gremio; la carencia de recursos para cubrir los costos de la defensa, pues a pesar de haber instancias de asistencia jurídica para salvar el inconveniente de precariedad de las condiciones, se tienen dificultades de disponibilidad oportuna para contar con los defensores gratuitos; en adición de la tardanza del proceso.⁹⁹ Ante tales reflexiones, habría que redoblar esfuerzos para proveer de más operadores jurídicos (defensores y jueces), concededores de la implementación y aplicación de los DESC, en aquellos lugares donde se tengan altos índices de discriminación o afectación social o económica. Estamos concientes de que la difusión de experiencias exitosas puede ser una luz para la justiciabilidad. Todas las prevenciones expuestas aquí están concatenadas. Una cosa llevará a otra, entre mayor información se dé a la sociedad, entre más expertos sean los jueces, entre más asuntos sean planteados por los litigantes, todos estaremos cooperando sinérgicamente hacia la justiciabilidad de los DESC.

2. *Luces para la justiciabilidad*

Ahora toca explorar las estrategias técnico-jurídicas usadas ante tribunales jurisdiccionales para el litigio de los DESC, para ello retomaremos las experiencias exitosas de protección en el ámbito nacional e internacional, primero analizando la justiciabilidad directa y luego, la indirecta.

Tratándose de *reclamaciones directas*, lo mejor es tener claridad suficiente sobre los aspectos irreducibles del derecho en cuestión. Evidentemente un juez tendría menor dificultad para resolver un planteamiento en el que el derecho y las obligaciones son determinables, sin importar que el reclamo se torne colectivo.

⁹⁹ No podemos ocultar el ambiente enrarecido que circunda en el aparato estatal de administración de justicia, donde la impunidad ha desalentado la confianza de los gobernados y ha generado un sentimiento permanente de injusticia. Cançado Trindade, Antônio Augusto, “El desarraigo como problema de derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal”, *Revista IIDH*, San José, Costa Rica, núm. 40, julio-diciembre 2004, pp. 389-447, p. 399. Valdés, Diego, “Un proyecto para garantizar el acceso a la justicia”, *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas, Derecho procesal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988, t. III, pp. 2489-2497, p. 2491.

Luego, habrá que considerar los diferentes grados o modalidades de realización del derecho, pues ello incide en la forma como se plantea. Los derechos inmediatamente exigibles no presentan mayor desafío; en cambio, hay otros que llevan una gradualidad implícita (por ejemplo, salud o vivienda). Entonces habrá que saber qué obligaciones es posible exigir inmediata o mediatamente, pues aunque el juez no esté en condiciones de establecer sanciones concretas, sí podría detener las acciones lesivas.

En caso de violación por incumplimiento, se falla en poner en marcha acciones relevantes para que determinado derecho pueda ser disfrutado; por tal, la acción iría en el sentido de exigir dicha provisión. Ante una violación por falta de protección, se reclamaría el compromiso frustrado de establecer normas adecuadas para resguardar o dar viabilidad al derecho en cuestión. De tratarse de violaciones al nivel de respeto, la petición judicial buscaría hacer cesar la intromisión.

De estos tres niveles podemos agrupar los supuestos de violación en dos grupos, por omisión y por acción. En los supuestos de *violaciones por omisión* —trátese de las omisiones al deber de protección o cumplimiento—, hay una serie de elementos para analizar sobre los efectos jurídicos de la no actividad del legislador que traen manifiestos perjuicios a sujetos identificables, ya que por el solo hecho de no accionar en la dirección encomendada se permite o mantiene a instituciones o situaciones contrarias a la disposiciones constitucionales.¹⁰⁰

Expondremos ahora el cuidado estudio que hacen Abramovich y Curtis, sobre las fases que trae consigo el razonamiento judicial ante la inactividad legislativa.

Primeramente está la *declaración de la violación* por la omisión. El análisis consistirá en cotejar lo que se esperaba hiciera el obligado y lo que dejó de hacer. Puede ser que el incumplimiento sea total, que no se haya tomado alguna acción, ante lo cual, los signos para el juzgador resultan evidentes o bien; puede ser que la omisión sea de grado o que no haya reportado los resultados esperados. En éstos supuestos mucho ayudará el auxilio estadístico y de indicadores.¹⁰¹

¹⁰⁰ Villaverde, Ignacio, “Un reto para la justicia constitucional”, en Carbonell, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2003. pp. 65-89, p. 73.

¹⁰¹ Sobre la importancia y conveniente uso de los indicadores véase el trabajo de Sandoval Terán, Areli, “Progresividad y creación de indicadores para medir el cumplimiento de

Con independencia de de que un juez señale reivindicaciones específicas, la declaración de violación propicia el no dejar a los sujetos obligados a que actúen arbitrariamente y a evaluar en qué forma se ha conducido los compromisos. Por la declaración de que la omisión constituye una violación al derecho en cuestión, a partir del reconocimiento y constatación de una actitud ilegal, permite cuestionar más adelante la responsabilidad del Estado, que llevado al terreno de lo concreto, puede traducirse en la indemnización por los daños causados.¹⁰² Evidentemente —añade Villaverde—, la declaración de la inconstitucionalidad por parte del juez es una primera parte, mas no es suficiente para dar efectividad y sentido real al control de la constitucionalidad por omisión. Hay que ir más allá de esa declaración y tomar en algún punto la función de legislador estableciendo los contenidos de esa norma y fijar en el fallo mismo las reglas aplicables al caso, sustituyendo en esto al legislador y sorteando el límite de la reserva de la ley a esa labor integradora de lagunas y vacíos normativos.¹⁰³

La siguiente parte nos conduce a *la exigencia de la conducta debida*. Esta es una consecuencia lógica, una vez que el juez puede constatar la existencia de la violación y es determinable la conducta del obligado. De este modo, el fallo sentenciará al responsable a realizar la medida que se considere debida y, en su caso, al pago de daños y perjuicios causados por la falta de previsión de medidas protectoras o satisfactorias.¹⁰⁴ Como es lógico, tratándose de violaciones que puedan convertirse en graves daños que importen menoscabo a la vida o la salud; aparte de la declaración de ilegalidad y el señalamiento de la conducta debida, habrá que considerarse las medidas cautelares urgentes, para evitar daños de imposible o difícil reparación.

Para cerrar esta exposición diremos que una buena táctica a la hora de justiciar DESC (directa o indirectamente), es tener muy presentes todos los actos conducidos y reconocidos por el propio Estado, así difícilmente podrá combatirlos; vasta dar una metódica y esmerada revisión a los informes que emiten sus propios organismos y que además es información pública. Con

los DESC en México”, *Derechos económicos, sociales y culturales*, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, México-Comisión Europea, 2005, pp. 463-472.

¹⁰² Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op.cit.*, nota 1, pp. 134 y ss.

¹⁰³ Villaverde, Ignacio, *op. cit.*, nota 100, pp. 88 y 89.

¹⁰⁴ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op. cit.*, nota 1, pp. 135 y 136. Queremos añadir que no debe ser motivo de preocupación pensar si el aumento de reclamos desbordará la solvencia del Estado; estos harán que se revise la conducta controvertida, de manera que como consecuencia natural, lógica y necesaria el obligado dejará de realizar la conducta lesiva (acción u omisión).

esta medida se ahorra tiempo y esfuerzo en un despliegue probatorio que requeriría de profundos y especializados conocimientos técnicos sobre la medida que se debate, pues ya expusimos que prevalece la conjetura de que las políticas públicas son incuestionables por el Poder Judicial y parte de ello, es la incapacidad percibida para analizar temas no propios en la formación del juzgador; también decíamos que el marco probatorio tradicional es estrecho para estos fines, de suerte que este proceder sería muy pertinente para sobrepasar victoriosamente esas dificultades.

Hablamos de *justiciabilidad indirecta* cuando se invoca un derecho o derechos civiles o políticos u otros derechos sociales distintos a los que se busca proteger, en virtud de su innegable reconocimiento y el respaldo judicial eficaz: sea por que no entrañan condicionamientos, tienen ventajas probatorias o una protección más extensa. De ningún modo es azarosa la elección de vías indirectas de justicia, recurrir a derechos conexos se propone como una alternativa de justicia de los DESC, solamente cuando la exigencia directa de éstos resulte inaccesible.¹⁰⁵ En la justiciabilidad indirecta, los derechos civiles y políticos son la opción más común para reivindicar los DESC, puesto que gozan de mecanismos más eficientes para su tutela, tanto en el ámbito internacional como en el nacional.

El derecho a la *no discriminación* es una buena estrategia para justiciar los DESC. Decíamos que el derecho a la no discriminación es componente común a todo derecho humano sobre el que descansa el andamiaje del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico.

Cuando nos referimos al derecho a la no discriminación también viene a colación el principio de igualdad, porque el mismo principio encierra la prohibición de discriminación, aunque este punto merece mayor precisión.¹⁰⁶ El concepto de igualdad se refiere a una relación que se comparte y que es identificable a través de uno o varios rasgos relevantes entre dos o más personas, objetos o cualidades. Tal juicio valorativo es previo al dere-

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 168.

¹⁰⁶ El principio de igualdad tiene varias implicaciones en el Derecho, una de ellas es el derecho a no ser discriminado. Puede pensarse intrascendente esta distinción, pero se reporta importante su comprensión, puesto que la igualdad puede resultar en ciertos casos discriminatoria o bien, la desigualdad puede no ser discriminatoria. El mandato de no discriminación es una violación cualificada del principio genérico de igualdad, que corresponde en ese restringido concepto a un tipo especial de desigualdad caracterizado por su naturaleza perjudicial, basado en rasgos físicos o culturales que limitan la plenitud de la dignidad humana. Sobre este tema véase Pérez Portilla, Karla, *Principio de igualdad: alcances y perspectivas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 128 y 129.

cho, primero se establecen las relaciones identificables y apreciables y luego se les da sentido operativo a través de la norma (qué y para qué). Para nuestros propósitos, el principio de igualdad entraña la prohibición de distinciones irrazonables para los fines de los derechos humanos;¹⁰⁷ dicho en términos llanos, nos dice qué distinciones o criterios discriminadores resultan inadmisibles.

Un caso glorioso que abrió paso hacia la justiciabilidad de los derechos sociales a través de la prohibición de discriminación fue *Brown vs. Board of Education*, pues por primera vez se analiza la igualdad substancial y declara la inconstitucionalidad de cualquier forma de discriminación, sin importar que las *condiciones* materiales de los afectados sean iguales. Una táctica importante para este asunto, retomada en casos similares, fue la comparación de las distinciones ilegales observables entre el servicio que se acusa de discriminatorio en relación con los demás.¹⁰⁸

Otro caso resuelto por una corte constitucional digno de mención es *Eldridge vs. British Columbia*,¹⁰⁹ vinculado con las dificultades de hecho que tenían personas con discapacidad para ser atendidas por los hospitales públicos, por carecer de intérprete. El planteamiento y fundamento retomado por la Corte fue la sección 15 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, donde reconocen que la Provincia de British Columbia no había tomado las medidas para asegurar la igualdad de “beneficios ante la ley”. Este último fallo es bastante ilustrativo en lo que concierne a la “igualdad sustancial”. Para doctos y legos es claro que todos debemos ser iguales ante la ley. Sin embargo, el planteamiento invita a un detenido análisis para potenciar el principio con todo su vigor.

En los estudios jurídicos, el tema de la igualdad ha inspirado e impulsado abundantes trabajos, que aquí se vuelven oportunos para retomar el camino hacia la eficacia plena de los derechos humanos, en específico de los DESC.

Un vínculo entre el derecho a la no discriminación y los referidos derechos sociales es la equiparación de oportunidades para ejercer los derechos. En el asunto *Eldridge vs. British Columbia*; la Provincia de British Columbia nunca negó que la ley debiera hacer distingos entre personas, de manera que *for-*

¹⁰⁷ *Ibidem*, pp. 6, 7 y 40.

¹⁰⁸ Se analizaron las condiciones de edificios, programas, sistemas de evaluación, salarios de personal, entre otros. Asunto comentado por Abramovich, Víctor y Curtis, Christian, *op. cit.*, nota 1, pp. 171-173.

¹⁰⁹ *Cfr. Eldridge vs. British Columbia* (Attorney General) (1997). Consulta en línea disponible en: <http://www.ccdonline.ca/publications/media-releases/health1099.htm>, realizada el 22 de noviembre de 2006.

malmente se respetaba y aplicaba el principio de igualdad ante la ley. Empero, a pesar de que la legislación aplicable no era discriminatoria *per se*, no se habían tomado las providencias que permitieran la equiparación de oportunidades de personas con desventajas físicas (sordera), con aquellas otras personas que no tienen tales limitaciones que les impidan el desempeño de una función que les es normal. De no subsanarse las anomalías, difícilmente se podría ejercer plenamente el derecho. Aquí es donde se acopla la importante figura de “acciones positivas” como exigencias para la aplicabilidad fáctica del derecho a la no discriminación, que compensen o equiparen los puntos de partida de los diversos sectores sociales. Esta es la razón de ser del llamado “derecho social”, que a diferencia del derecho tradicional burgués, se preocupa por valorar jurídicamente las desventajas económicas, sociales, culturales o políticas de los grupos sociales.¹¹⁰

De igual modo, resulta sobresaliente la consideración en el caso *Eldridge*, que hace la Corte canadiense en relación con el coste de las medidas para la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad. La discusión acerca de si la asignación presupuestaria es un límite razonable que justifica la falta de medidas positivas, abre nuevas posibilidades para el planteamiento de casos; pues es el contra argumento más común para justificar el incumplimiento de las obligaciones derivadas de los DESC. La Corte razonó que “la provisión de servicios médicos de inferior calidad a las personas sordas disminuye necesariamente la calidad total de sus vidas... [y] el gobierno... no ha demostrado que la adaptación a las necesidades de los apelantes genere una carga excesivamente gravosa”.

En México hay algunos precedentes valiosos que resguardan los DESC a través del derecho a la no discriminación.¹¹¹ El problema es que el avance en materia de derechos sociales en México se constriñe y contenta con la discusión de apenas condiciones básicas como lo es el principio de igualdad, cercano al aspecto formal. Todavía en el presente, la justiciabilidad de los derechos sociales contenidos en la Constitución, cuando se considera sobresaliente, llega a la aplicación de la igualdad sustancial; pero no se ha discutido seriamente la problemática de la redistribución o del mejoramiento integral de las condicio-

¹¹⁰ Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 4a. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Geppi, Madrid, Trotta, 2004, pp. 75-78.

¹¹¹ Cfr. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tribunales Colegiados de Circuito, novena época, 11 de diciembre de 1995, tesis VI.2o.37P, p. 574 y Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tribunales Colegiados de Circuito, t. XX, septiembre de 2004, tesis 1. 4o. A. 437 A, p. 1807.

nes materiales, y definitivamente la protección jurídica de los derechos sociales está todavía lejos de alcanzarse.¹¹²

El *debido proceso* es otra buena fórmula para la exigencia de los DESC. Son varias las implicaciones jurídicas que trae el procedimental concepto del debido proceso, que pueden ser usadas como formas de tutela de los derechos sociales. La conveniencia del uso de las garantías procesales es que se encuentran previstas normalmente en las Constituciones de todo tipo (por ejemplo artículos 14 y 16 de la CPEUM), en los instrumentos internacionales (artículo 14 PIDCP, artículos 8o. y 25 CADH o XVIII de la DADH) y además, se trata de una garantía que no deja lugar a dudas para su exigencia judicial y que se aplica a todos los derechos, y a prácticamente cualquier instancia a la que la ley atribuye capacidad de juzgar.

Las variantes que reviste la formulación de la noción “del debido proceso” pueden ser: la denuncia a partir del *incumplimiento de la obligación de establecer recursos idóneos* para exigir los DESC (véase *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, *supra* nota 47). Téngase en cuenta que si las instancias judiciales —asistidas por la coacción y sanción— no pueden ser activadas para proteger; entonces habría entender que muchos de los intereses que resguardan los DESC quedan simplemente subrepresentados.

Si coincidimos en que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo que la ampare contra violaciones a sus derechos fundamentales, entonces, tendríamos que demostrar que no hay recursos o que los existentes no son efectivos para proteger a un determinado derecho social, en otras palabras; que un determinado derecho no se puede ejercer plenamente porque los recursos existentes (trazados para los derechos civiles y políticos) resultan inadecuados para los propósitos y expectativas del derecho económico o social en cuestión (OG núm. 9, puntos 3 y 9).

Otra variante del derecho al debido proceso, aplicable a la exigencia de derechos sociales, es el *principio de legalidad*, que consiste en exigir al Estado que aplique la ley de manera clara al hecho en que se impone y que actúe conforme a lo que la ley autoriza. Este principio implica la exigencia de una ley previa, la notificación del acto, la competencia del tribunal, el derecho de audiencia o el enjuiciamiento en plazo razonable.¹¹³

¹¹² Cossío Díaz, José Ramón, *op. cit.*, nota 16, pp. 14 y 15.

¹¹³ Gozáini, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 91, pp. 39 y 40. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) es quien ha mayormente retomado el argumento del “periodo o plazo razonable” para la protección de los DESC (por ejemplo, en *Deumeland vs. Germany*, sentencia del 29 de mayo de 1986); doctrina que ha receptada en el Sistema Americano.

Resulta muy propicio el traer a la luz el asunto *Iván José Sánchez Blanco y otros vs. Universidad Experimental Simón Bolívar*,¹¹⁴ resuelto por la Corte Suprema de Justicia de Venezuela, en el que se protege el derecho a la educación mediante el principio de legalidad. El motivo fue un reclamo conjunto hecho por estudiantes universitarios contra una “ley” dictada por el Consejo Directivo de la institución, que obligaba al pago periódico de una cantidad como requisito para la continuidad de los estudios de los alumnos. El artículo 78 de la Constitución venezolana permitía excepciones a la gratuidad de la educación superior cuando estas se establecieran en la ley. La Corte decidió que la medida adoptada por el Consejo Educativo no revestía el procedimiento formal (ilegal) que aludía el precepto constitucional para limitar excepcionalmente la gratuidad de la educación.

En México, se puede decir que las garantías del debido proceso son las más recurridas en el llamado juicio de garantías, especialmente intentado para proteger los derechos de libertad.

Aparte del derecho a la no discriminación y del debido proceso, otros derechos civiles son recurridos como vías para la exigibilidad de los DESC. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha dicho que el *derecho a la vida*¹¹⁵ es absoluto y no se autoriza suspensión alguna, ni siquiera en situaciones excepcionales que pongan en peligro la nación (artículos 4o. y 6o. PIDCP). Y su interpretación debe darse en sentido amplio, pues la vida es inherente a la persona y además de su respeto, importa la adopción de medidas positivas (por ejemplo: disminución de la mortalidad infantil y aumento de la esperanza de vida, programas de nutrición y combate epidemidemiológico). El goce del derecho a la vida es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos, de lo contrario, todos los derechos carecen de sentido.

En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano a no ser privado de la vida arbitrariamente, sino tam-

Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*, sentencia del 29 de enero de 1997, Serie C, núm. 30, párrafos 77-81.

¹¹⁴ Cfr. Corte Suprema de Justicia de Venezuela, *Caso Iván José Sánchez Blanco y otros vs. Universidad Experimental Simón Bolívar*, el 10 de junio de 1999. consulta en línea disponible en: www.tsj.gov.ve/informacion/notasprensa/1999/p6k-, realizada el 2 de noviembre de 2006.

¹¹⁵ El derecho a la vida ofrece interpretaciones muy amplias donde se caben los derechos sociales: nivel de vida adecuado, vivienda, alimentación, salud, trabajo, etcétera Cfr. Observación General núm. 6, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, artículo 6o. Derecho a la vida, 16 periodo de sesiones, UN. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 143 (1982), párrafos 1 y 5.

bién el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico, y en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra élla. En toda esta gama tan amplia de posibilidades de afectación a ese bien jurídico fundamental es donde encontramos elementos para proteger los DESC (por ejemplo, el caso *Villagrán Morales y otros*, que comentaremos en el apartado dedicado a la salud).

El acceso a la información constituye asimismo una estrategia para los DESC. El reconocimiento jurídico ventajosamente se ha recogido internacionalmente por varios instrumentos (artículo 19 DUDH, artículo 19.2 PIDCP, artículo 13 CADH, etcétera). En la actualidad, los Estados que se dicen democráticos no se conciben sin el respaldo de la transparencia en lo público y por ende, se ha fortalecido el derecho a la información como herramienta para dar certeza y seguridad jurídica. En la lógica de los DESC, cobra mucha importancia la información para la participación social de la ciudadanía,¹¹⁶ puesto que permite por una parte que se maximice su autonomía y se hagan presentes sus intereses y en consecuencia, que la toma de decisiones en lo público se de manera más conciente y razonada (informada). Así las cosas, aparte del deber de hacer llegar la información a los particulares, el Estado debe demostrar que la toma de decisiones ha sido cabal y previamente informada, bajo las reglas de prudencia y precaución que tomen en cuenta el bienestar de la población; de no tener esas medidas, la imprevisión resultaría en posibles daños, quizá hasta irreversibles. Con esta lógica, la sede judicial permite por ejemplo, mediante el derecho a estar bien informado, exigir al sujeto obligado a suspender cualquier maniobra hasta en tanto se mida y reporte el impacto de su acción. Así se han protegido los derechos de los consumidores, de pueblos indígenas y por supuesto, el medio ambiente o la salud.

La Corte Constitucional de Colombia analizó un asunto en el que resguarda a una comunidad indígena y sus derechos culturales con base en la falta de consulta previa del gobierno a la comunidad indígena U'wa para conceder licencia a terceros, a fin de que éstos pudieran explorar yacimientos petrolíferos. La Corte decide que la información que alegó haberse dado resultaba insuficiente; entonces debía procederse a realizar otra nueva consulta.¹¹⁷

¹¹⁶ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 17, p. 780.

¹¹⁷ Véase comentario Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op. cit.*, nota 1, pp. 238, 239 y 241.

Por lo que respecta a la salud, resulta apropiado comentar el caso *Shehla Zia y otros vs. Water and Power Development Authority*, del 12 de febrero de 1994, resuelto por la Corte Suprema de Pakistán. Aquí se analiza la falta de información sobre el posible impacto en la salud de una población por la construcción de una planta de energía eléctrica. La Corte admite su incertidumbre con base en las pruebas aportadas por las partes, pero revisa la Declaración de Río Sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992 (véase principio 15) y sostiene que se deben observar las reglas de precaución y prudencia siempre, no solo cuando se tenga incertidumbre o cuando los resultados de las investigaciones no sean concluyentes.¹¹⁸

También se han usado derechos como *la libre manifestación de las ideas* y *la libertad de expresión* para defender el derecho de huelga; *el derecho de asociación* para los derechos sindicales o *el derecho a la propiedad* para resguardar el derecho a la vivienda.¹¹⁹

El asunto *Olga Tellis and others vs. Bombay Municipal Corporation and others* del 7 de octubre de 1985, ofrece una variada gama de posibilidades para exigir DESC. La Corte Suprema de la India hizo hincapié en que el derecho a la vida comprende el derecho a los medios esenciales de subsistencia, como la vivienda. El caso fue presentado por personas de escasos recursos que habían llegado de zonas rurales a residir en condiciones precarias a la ciudad de Bombay, ocupando espacios públicos. El reclamo consistía en el desalojo arbitrario y forzoso (con auxilio policiaco) del municipio de Bombay, sin haberseles oído y vencido en un juicio (sin observar las garantías del debido proceso). El principal argumento que se hizo valer fue el tener derecho a vivir y para ello, debían contar con algún medio de subsistencia. Al no tener más opción que emigrar a Bombay en busca de esos medios y ahora ser desalojados de sus moradas y retornados a sus antiguos pueblos, se les privaría de los medios de vida considerándose el contexto económico y social de donde salieron. En una audaz actuación, la Corte permitió un amplio margen probatorio (datos empíricos de expertos, estadísticos, de agencias oficiales y no oficiales) que pudieran determinar la magnitud de la situación y que soportara la decisión de que en éste caso (las razones que motivaron la migración rural) el desalojo equivalía a la privación de los medios de subsistencia pese a que los reclamantes no pudieran ofrecer pruebas concluyentes para demostrar que el desalojo necesariamente trae el desempleo, pero con el más amplio criterio *pro homine* se consideró que los reclaman-

¹¹⁸ *Ibidem*, pp. 2, 42 y 243.

¹¹⁹ *Ibidem*, pp. 194-197, 200 y 201.

tes tenían empleo en Bombay y que sus hogares se encontraban cerca de sus centros de trabajo; por lo cual el desalojo podría afectar el goce de los medios de subsistencia habituales necesarios para el derecho a la vida; así que el derecho a la vida estaba en juego. Consideramos se trata de una decisión valiente porque se hubiese pensado que con limitarse a interrumpir los desalojos forzosos en virtud de la inobservancia al debido proceso, la sentencia ordenaría meramente el derecho de audiencia de los afectados. El tribunal va más allá y resuelve que además del debido proceso, habría de concederse un plazo razonable para proceder al desalojo, también obliga al Estado a reubicarlos en zonas cercanas a los centros de trabajo de los promoventes e indemnizar a quienes hubiesen hecho mejoras a sus viviendas construidas desde hacía más de 20 años.¹²⁰

Otra manera de exigir judicialmente los DESC, es *indirectamente a través de los derechos sociales* que cuentan con mecanismos de tutela más eficientes para que incidan en los derechos sociales más debilitados. Entre los derechos que se robustecieron están el derecho al medio ambiente y el derecho de los consumidores, los cuales se han usado para reivindicar derechos como el del trabajo, salud, vivienda, educación o la seguridad social.¹²¹

Uno de los varios casos comentados por Abramovich y Curtis en esta línea, es el de la *Defensoría del Pueblo de la ciudad de Buenos Aires y otros vs. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados*,¹²² del 10 de febrero de 1999. El planteamiento fue que el Instituto, que inicialmente brindaba servicios médicos y sociales a los jubilados, había notificado la privatización de los servicios a través de empresas gerenciadoras intermediarias (las tres que ganaran la licitación). Ante la premura de escoger cual empresa elegir, los afiliados reclamaban que el plazo que les daban era mínimo y que no contaban con información sustancial suficiente que les permitiera escoger con claridad (tipo de prestaciones, calidad del servicio, etcétera). Movidos por la urgencia de suspender la licitación, los demandantes optaron por el amparo, argumentando en un inicio la afectación a sus derechos a la salud y la seguridad social. Salvo por las medidas cautelares, el amparo fue rechazado. Finalmente, los afectados acudieron a la Defensoría del Pueblo y se instauró como nueva estrategia la protección del derecho a la información que de forma más clara y protectora era pre-

¹²⁰ *Ibidem*, pp. 194-197, 200 y 201.

¹²¹ *Ibidem*, pp. 220 y ss.

¹²² Resuelto por la IV Sala de la Cámara Federal de lo Contencioso Administrativo de Buenos Aires. *Ibidem*, pp. 221 y 222.

vista en la Ley de Defensa del Consumidor. Se estructuró la reclamación sosteniendo que los promoventes, además de ser afiliados, son usuarios (consumidores) de un servicio público, y en ese sentido la legislación en la materia prevenía la obligación del proveedor de dar información completa, veraz y oportuna sobre los servicios que brinda. En consecuencia, el tribunal interrumpió la licitación con las ventajas procesales de la acción especial prevista en la Ley del Consumidor y continuó suspendida durante el proceso judicial. Finalmente, con la entrada del nuevo gobierno, se anuló la licitación.

Por último y para cerrar este apartado, queremos subrayar que si bien los mecanismos para la exigibilidad de derechos fundamentales son deseables porque se acudiría a ellos en última instancia para clamar justicia, no remedian por sí las fallas en los modelos de desarrollo, de manera que pulir y eficientizar los mecanismos de tutela es sólo una parte de los cambios, la otra es mirar de cerca las estructuras socio-políticas que generan desigualdad, pobreza, marginación, desempleo, etcétera¹²³

VI. DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO JUSTICIABLE

Para abordar nuestra temática es menester decir que se entiende por salud.¹²⁴ La Organización Mundial de la Salud (OMS), órgano especializado del Sistema de Naciones Unidas, ha señalado que la salud es “no solo la ausencia de enfermedades, sino un estado completo de bienestar físico y mental... [que] descansa en la esfera de prácticamente todas las interacciones sociales y culturales y es un componente sinérgico de bienestar social”.¹²⁵

El PIDESC en el artículo 12 y el Protocolo de San Salvador en el artículo 10, nos dan una noción muy similar de lo que debemos entender por de-

¹²³ *Cfr.* Montiel Romero, Lucía, “El derecho a la salud en México. Un análisis desde el debate teórico contemporáneo de la justicia sanitaria”, *Revista IIDH*, San José, Costa Rica, núm. 40, julio-diciembre 2004, pp. 291-313, p. 292.

¹²⁴ En estricto sentido el derecho a la salud no es lo mismo que el derecho a la protección de la salud; el primero es más amplio, mientras que el segundo se dirige a subrayar las obligaciones estatales con acciones positivas, ya sea para recobrar la salud cuando ha sido afectada o prevenir que sea dañada. Aunque podamos emplear cualquiera de estos términos, nuestro objetivo se dirige al derecho subjetivo exigible para proteger la salud. Para mayor abundamiento *cfr.* Leary, Virginia A., “Justiciabilidad y más allá: procedimientos de quejas y el derecho a la salud”, *La Revista*, Ginebra, Suiza, Comisión Internacional de Juristas, 1995, núm. 55, pp. 91-110, p. 91.

¹²⁵ Constitución de la Organización Mundial de la Salud, Nueva York, 22 de junio de 1946.

recho a la salud: “el derecho de toda persona al disfrute más alto posible de salud física y mental”.

El Comité adecuadamente aclara que el derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano, pues intervienen diversas razones del acontecer natural que escapan del control del aparato estatal, de suerte que un Estado no puede garantizar la buena salud. Los factores genéticos, la propensión individual a una afección y la adopción de estilos de vida malos o arriesgados suelen desempeñar un papel importante en lo que respecta a la salud individual. Lo que sí puede y debe hacer el Estado es contribuir al cuidado de la salud de su población, asegurándoles el acceso a medios eficientes de protección, de ahí que convenientemente se refiera en concreto al “derecho a la protección de la salud” (DPS). Concepto que para efectos jurídicos debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para mantener o recuperar la salud (OG núm. 14,¹²⁶ puntos 4, 8 y 9).

Además del concepto, es preciso decir que el tema de la salud tiene un enfoque individual y un enfoque colectivo (OG núm. 14, punto 16). El primero parece mucho más comprensible, puesto que nos es claro que la condición de salud es personalísima, pues es única en cada uno de nosotros. En el aspecto colectivo, la salud responde a dos consideraciones a saber: *a) que son muchos los factores que potencialmente afectan la salud de los colectivos humanos*, contaminación en aire, agua, suelo, alimentos, falta de adecuados hábitos de higiene, falta de acceso a servicios públicos sanitarios: agua potable, drenaje, etcétera (OG núm. 14, punto 11). Y todavía más, ya se tienen en cuenta consideraciones de carácter social que afecta la salud de la población, por ejemplo: distribución de recursos, perspectivas de género, violencia doméstica o de conflictos armados (OG núm. 14, punto 10). El segundo miramiento del enfoque social es: *b) la planificación de los servicios de atención sanitaria se considera en términos colectivos*.

Tan importante es la atención de la salud de la población, que este rubro ha sido tomado como un referente de primer orden por parte del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), para medir el desarrollo humano en el mundo. Ya no se concibe el progreso de los Estados ni la riqueza de los pueblos sin una adecuada atención a la salud.

¹²⁶ Observación General núm. 14 (OG núm. 14), del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, 22 periodo de sesiones, 2000.

En 1978, una trascendente reunión de ministros de Salud en Alma-Ata, ex Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), auspiciada por la OMS y el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), con motivo de la Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de la Salud, reconoció expresamente a la salud como un derecho fundamental, subrayándose su importancia social a escala mundial en prácticamente cualquier actividad humana.¹²⁷

Desde una perspectiva jurídica moderna, Prieto Sanchís nos ofrece parámetros para discernir cuando estamos en presencia de un derecho humano fundamental. Los rasgos de universalidad (esto es, que un derecho les pertenece a todos de manera igual) y la primacía (que tal derecho debe prevalecer en cualquier caso) son los elementos distintivos.¹²⁸ De entrada, si aplicamos el primer parámetro al derecho en comento, acaso habría alguien a quien decirle que no tiene derecho a atender y mantener su salud, ciertamente la condición social de algunos “grupos” hace de esta necesidad fundamental una demanda más que urgente que apura la contribución del Estado, mientras que para otros la ayuda externa no se precisa.

En cuanto al parámetro de la preeminencia, hay que considerar que si el derecho a la salud está inserto en el bien jurídico mayormente tutelado que es la vida; entonces, qué otro bien le puede ser oponible; estimamos que ninguno. Al proteger la salud estamos protegiendo el consagrado valor de la vida, por tanto, el cuidado de la salud se vuelve una de las necesidades básicas de los seres humanos.¹²⁹

Una vez dado el concepto de DPS y reflexionado sobre su valor fundamental, nos referiremos breve y puntualmente a su evolución, a fin de dejar el terreno dispuesto para abordar con precisión las formas de justificarlo.

Antes de la Segunda Guerra Mundial, la atención sanitaria era relegada a meras prácticas caritativas, la higiene pública era no un compromiso político-jurídico, sino como mera acción de beneficencia. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) jugó un papel relevante para cambiar los paradigmas, al hacer hincapié a la importancia de la salud para el desarrollo

¹²⁷ Cfr. Declaración de Alma-Ata, en Kazajastán exURSS; aprobada en la Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de la Salud del 6 al 12 de septiembre de 1978, OMS, Ginebra, Suiza.

¹²⁸ Prieto Sanchís, Luís, *Derecho y justicia*, Madrid, Trotta, 1996, pp. 502 y ss.

¹²⁹ Las necesidades básicas son una buena razón para justificar la exigencia del derecho a la salud. El motivo es estrictamente orgánico, de supervivencia, del que depende la vida. Cfr. Len Doyal e Ian Gough, *Teoría de las necesidades humanas*, Madrid, Icaria, 1994. Cit. por Añón Roig, María José y García Añón, José María (coords.), *Lecciones de derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 141 y 143.

social.¹³⁰ Esto, junto con las cada vez más agobiantes condiciones de salud pública, hacía urgente la intervención del Estado pero con actuaciones positivas, obligatorias e inaplazables por parte del gobierno, es decir, se sustrajo el margen de discrecionalidad para actuar.

Como vemos, no es que en la actualidad las cuestiones de salud se hayan puesto de moda. Los cada vez mayores y constantes embates a la atención de la salud pública de los pueblos han evidenciado que se requieren mayores técnicas e infraestructura para su protección. De ahí que basándose en las razones históricas que alzaron la exigencia de cada derecho particular, haga que las corrientes del pensamiento jurídico se refieran a generaciones de derechos humanos.

No obstante que el DPS ya forma parte de los derechos fundamentales en México, inicialmente no había sido reconocido junto con los primeros derechos sociales. El derecho universal a la salud aparece mucho después —66 años— de aprobada la Constitución de 1917, pese a que ésta ya había marcado una etapa evolutiva hacia el siglo XX, con el reconocimiento expreso de algunos de los derechos humanos de carácter social, como fuera la educación o el trabajo. La inserción en el texto constitucional se dio por decreto hasta el 3 de febrero de 1983, adicionando un tercer párrafo al artículo 4o. en el que se reconoció textualmente que: “Toda persona tendrá derecho a la protección de la salud...”¹³¹ Con esta reforma constitucional se buscó una intervención dirigida, con acciones concretas y eficientes por parte del Estado, hacia un rubro que estaba con gran rezago y que el libre juego económico no podía reactivar por sí solo; tales carencias tampoco habían sido superadas por esfuerzo personal de aquellos en condiciones más desventajosas que el resto de la población.¹³²

En la actualidad el derecho universal a la salud está reconocido en el mencionado artículo 4o., además de algunas otras referencias expresas en los artículos 1o., 2o. y 123 constitucionales. La Ley General de Salud (LGS) es la ley reglamentaria del derecho universal a la protección de la salud (*DOF* 7 de febrero de 1984).

130 Fuenzalida-Puelma, Hernán L. y Susan Scholle Connor (coords.), “Análisis y Reflexiones”, *El derecho a la salud en las Américas, Estudio constitucional comparado*, Washington, D.C., Organización Panamericana de la Salud, Publicación científica núm. 509, 1989, pp. 535-552, p. 546.

131 Se recomienda ver la exposición de motivos de la adición al artículo 4o. constitucional. Cfr. Soberón Acevedo, Guillermo, *et al.*, *El derecho constitucional a la protección de la salud*, México, Porrúa, 1983, p. 161.

132 Eide, Absjorn, *op. cit.*, nota 41, p. 50.

Antes de proseguir permítanos aclarar algo, se preguntarán si el rezago en materia de salud era seguramente evidente desde principios del siglo XX —periodo de la Revolución Mexicana— cómo es que se tardó tanto en considerar a la salud como un derecho fundamental. Lo que se ha avanzado de ninguna manera significa que las demandas revolucionarias, las cuales dieron pie a los primigenios derechos sociales en la carta magna, hayan olvidado los reclamos de salud en el país de aquel momento; tan fueron estimados que se plasmó el derecho a la atención médica de los trabajadores en el artículo 123 constitucional, sentándose así las bases para la seguridad social; pilar vital del actual Sistema Nacional de Salud (SNS). No obstante, se hizo necesaria la inclusión del artículo 4o. para alcanzar a la población abierta, que no estaba amparada por sistemas de seguridad social. Dicho de otro modo, ya no se trataba del derecho de unos cuantos (trabajadores únicamente), sino de toda la población.

El cambio fundamental: primero, en el reconocimiento jurídico, de modo que su protección no es más una concesión graciosa del Estado y, segundo, que se vuelve independiente de la relación laboral.

La universalidad es una característica muy señalada cuando se habla de derechos humanos. A pesar de lo llano de la idea, la universalidad como rasgo común a todos los derechos humanos, ha sido no pocas veces debatido en virtud de las dificultades de operatividad entre unos y otros derechos.¹³³ De nuevo, Prieto Sanchís profundiza en las diferencias entre derechos individuales y derechos sociales, y subraya que éstos últimos tienen características de concreción y, por tanto, cuestiona la supuesta universalidad. Los DESC no interesan a todos por igual —agrega—; si no mas bien se instalan en las esferas de desigualdad; por ello es que se perciben en posiciones sectoriales, en donde grupos concretos hacen un llamado urgente por sus condiciones precarias, mientras que otros grupos ya han colmado satisfactoriamente esos requerimientos.¹³⁴

A pesar de las explicaciones en contrario, la universalidad —como derecho válido en cualquier lugar— está inserta en el derecho social a la salud, pues no es que a unos se les permita o autorice proteger su derecho a estar saludables y a otros no. La supuesta relatividad estriba en que unos grupos sociales necesitan con urgencia ayuda externa y otros sectores, que también

¹³³ Aunque parezca lógico considerar al DPS como un valor social universal, esta apreciación es inexacta. Existe una gran cantidad de autores, gobiernos e instituciones que lo conceptualizan el derecho a la salud de manera distinta, según su desarrollo socio-histórico e ideológico-político. Montiel, Lucía, *op. cit.*, nota 123, p. 293.

¹³⁴ Prieto Sanchís, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1980, p. 45.

les interesa su salud, tienen recursos para atenderse en centros no estatales. En suma, las diferencias que se aducen no son de fondo, sino de forma: a quién, cómo, donde, cuáles servicios sanitarios se brindarán.

1. *Obligaciones exigibles del derecho a la salud*

Para empezar, hay que aclarar que, tratándose de las obligaciones estatales relativas a servicios sanitarios, una cuestión es asegurar que toda persona pueda tener acceso a servicios de salud, es decir, que los servicios estén al alcance de todos puedan o no pagarlos y otra muy diferente es creer que la maquinaria estatal pueda y deba responsabilizarse por la total cobertura de los servicios de salud del país, por ejemplo, financiando el total de dichos servicios. Definitivamente los recursos económicos, de equipo y personal son simplemente inabsorbibles por el presupuesto del Estado;¹³⁵ al que, por cierto, no todos contribuimos.

Para abordar la justicia que reclama el DPS, debemos, con la misma metodología usada, identificar los deberes específicos.

Ya tratamos las obligaciones generales derivadas del PIDESC, ahora paralelamente haremos referencia a aquellas y a otras obligaciones específicas en el rubro de la salud. En este tema, el Comité ha trabajado arduamente para dotar al derecho de un contenido más explícito.

Los niveles de las obligaciones expuestos de manera general, son igualmente válidos en el rubro de la salud (OG núm. 14, punto 33).

El *deber de respeto* conmina a los Estados a abstenerse de denegar o limitar el igual acceso de todos a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos, sin importar el estatus legal de las personas: presos, inmigrantes ilegales, cualquier grupo o sector minoritario (OG núm. 14, punto 34). Así, por ningún motivo ni ningún medio el Estado podrá atentar contra la salud de la población. No deberá impedir que se realicen cuidados preventivos, prácticas curativas o se emplee la práctica de medicinas tradicionales; tampoco puede comercializar medicamentos peligrosos o aplicar coercitivamente tratamientos médicos.¹³⁶

¹³⁵ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op. cit.*, nota 82, p. 16.

¹³⁶ Existen excepciones que deben casuísticamente considerarse una a una, por ejemplo el empleo de la fuerza para dar tratamiento a enfermos mentales o para prevenir, aún contra la voluntad del afectado, que se propague el contagio de enfermedades transmisibles. Véase OG núm. 14, punto 34.

Claras faltas a la obligación de respeto se constituirán al denegar el 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*; el ocultar o tergiversar deliberadamente información que reviste importancia fundamental para la protección de la salud o para el tratamiento específico del paciente; la suspensión de la legislación o la promulgación de leyes o adopción de políticas desfavorables al disfrute de cualquiera de los componentes del derecho a la salud (OG núm. 14, punto 50).

La *obligación específica de proteger la salud* implica que el Estado tiene que proponer leyes, además de otras medidas, que aseguren que todos tendrán acceso a la atención de la salud. La protección se da con el control de la comercialización de equipo médico y medicamentos; al vigilar los servicios relacionados con la salud brindados por terceros; al asegurar que los profesionales de la salud reúnan las condiciones necesarias de educación y experiencia para la atención de la salud (OG núm. 14, punto 35). Igualmente se requiere la pronta acción del Estado para impedir que las prácticas sociales o tradicionales puedan afectar la planificación familiar o la atención pre y pos parto; así como adoptar medidas para mejorar la salud materno-infantil. Como vemos, el Comité es insistente en subrayar la protección especial a personas vulnerables y el aseguramiento de acceso a la información para la salud.

Entre las infracciones al deber de protección está la ausencia de regulación de las actividades sanitarias realizadas por particulares; la no protección de los consumidores de productos nocivos o potencialmente peligrosos; la falta de normas sanitarias en lugares de trabajo que protejan a los trabajadores contra eventuales prácticas perjudiciales para la salud; el no disuadir la producción, la comercialización y el consumo de tabaco, estupefacientes u otras sustancias nocivas; el no proteger a las mujeres contra la violencia; el no impedir la observancia continua de prácticas médicas o culturales lesivas; el omitir normas que eviten la contaminación del agua, el aire o el suelo por las industrias extractivas o manufactureras (OG núm. 14, punto 51).

La *obligación de cumplimiento* del derecho a la protección de la salud requiere en principio, que el Estados reconozca el derecho en su ordenamiento jurídico interno de manera que se instituyan leyes y políticas tendientes a garantizar la atención de la salud. Por ejemplo, a través de una infraestructura de salud pública con medidas positivas tales como: programas de inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; vigilancia apropiada, formación y provisión de personal médico en los centros de salud; fomento

de las investigaciones médicas y la educación en materia de salud, organización de campañas de información para el cuidado de la salud; velar por el acceso igual de todos a los factores determinantes básicos de la salud: alimentos nutritivos sanos y agua potable, servicios básicos de saneamiento y vivienda, y condiciones de vida adecuadas (OG núm. 14, puntos 35-37).

Sin duda ésta es la parte más espinosa para los gobiernos actuales, la de reconducir sus finanzas y esfuerzos para asegurar, como mínimo, la infraestructura que proporcione servicios de atención básica, sobre todo facilitando la atención en zonas y a grupos desaventajados. Por supuesto que debe tenerse presente una conveniente distribución para atender las necesidades en todo el país.

Entre las violaciones que podemos contar por falta de cumplimiento del derecho a la protección de la salud, está la omisión de adecuadas políticas de salud, la insuficiencia del gasto en salud (en particular, el desinterés de acciones destinadas a grupos en desventaja); la falta de vigilancia en el 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 (OG núm. 14, punto 52).

En lo referente a la obligación concreta de *adoptar medidas inmediatas* para proteger la salud, la aprobación de leyes juega un papel fundamental para evitar la discriminación y resguardar el igual acceso a la atención de la salud, sin importar que se trate de servicios públicos u otorgados por terceros (OG núm. 14, punto 30).

El Comité reconoce la importancia de las medidas legislativas para establecer las obligaciones correlativas al derecho de atención médica (garantía primaria) y para erigir el marco para la actividad estatal en materia de salud (OG núm. 14, punto 56). De omitirse tal responsabilidad se fallaría en brindar el apoyo que se precisa para la realización del derecho. Parafraseando a Ferrajoli, diríamos que se introduce una laguna, ya que no habría en la legislación una construcción positivada que señale a los sujetos obligados (obligación correlativa). Tal omisión es contraria a la ley fundamental que establece la expectativa —en este caso— de asistencia sanitaria.¹³⁷

¹³⁷ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 45, pp. 187-191.

En derechos mayormente prestacionales, como el derecho a la salud, la obligación de adecuación de medidas legislativas estima una diligente actividad para el legislador, pues tendrá que ser cuidadoso en clarificar los mandatos que corresponden tanto a la administración pública estatal como a los particulares. Al mismo tiempo, deberá ofrecer garantías secundarias que aseguren la implementación eficaz del derecho reconocido. Todo ello supone la adecuada conjugación de componentes jurídicos con factores económicos, sociales y políticos inmersos en la dinámica organizativa del Estado.¹³⁸

Es evidente que el derecho por sí mismo (adopción de leyes) es insuficiente para resolver las dificultades prácticas de los derechos sociales; no obstante, el derecho sí es propicio para enfocar la atención inmediata de los problemas urgentes, sopesarlos y analizarlos bajo una perspectiva de operatividad en el marco de la producción y aplicación del derecho.¹³⁹

En lo concerniente a *recursos efectivos*, el Comité indica la imperiosa necesidad de contar con recursos judiciales apropiados, de lo contrario se estaría consintiendo la reivindicación a medias (véase *supra*, nota 47).

Toda persona o todo grupo que sea víctima de una violación del derecho a la salud deberá contar con recursos judiciales efectivos u otros recursos apropiados en los planos nacional e internacional. Todas las víctimas de esas violaciones deberán tener derecho a una reparación adecuada, que podrá adoptar la forma de restitución, indemnización, satisfacción o garantías de que no se repetirán los hechos. Los defensores del pueblo, las comisiones de derechos humanos, los foros de consumidores, las asociaciones en pro de los derechos del paciente o las instituciones análogas de cada país, deberán ocuparse de las violaciones del derecho a la salud. La incorporación de tratados internacionales en el derecho interno, permite que los tribunales juzguen los casos de violaciones del derecho a la salud o por lo menos, juzguen las obligaciones fundamentales haciendo referencia directa al PIDESC. Se debe

¹³⁸ Hay que diferenciar entre las dificultades técnicas y las políticas. Si estamos ante dificultades meramente técnico jurídicas, la técnica legislativa auxiliaría en la conformación de la garantía secundaria del derecho. Si los tropiezos caen en el terreno político, como es el caso de los recursos disponibles para llevar a cabo medidas positivas, entonces habrá que atender a las formas de recaudación y distribución de los recursos económicos. *Cfr.* Ferrajoli, Luigi *et al.* (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 51 y 52, 109 y 110.

¹³⁹ Cuando solamente tenemos posiciones jurídicas estamos ante meras utopías. Pero el Derecho puede ayudar a discernir si tal problemática fue propiciada por la ausencia de normas que instauraran alguna institución relevante o bien, si la problemática se originó por la falta de reglas para el funcionamiento adecuado de la institución, por ejemplo la financiación para poder ofrecer un servicio de atención médica primaria suficiente. *Ibidem*, p. 110.

alentar a que los jueces y demás funcionarios vinculados con el tema presten mayor atención a las violaciones de derecho a la salud. Para ello hay que promover la labor de los defensores y sociedad civil que apoya la protección del DPS (OG núm. 14, punto 59-62).

En la praxis, es común observar que el DPS carece de mecanismos de tutela idóneos. En la mayoría de los casos la protección es apenas una tímida reivindicación que se abraza a derechos civiles.¹⁴⁰En México, por ejemplo, ya se ha señalado la falta de mecanismos jurídicos apropiados para la justiciabilidad de los DESC y es imperativo que se trabaje arduamente para avanzar hacia las vías propicias. En su mayoría, los casos que han reivindicado algún aspecto del DPS, han sido vinculados con la infracción al derecho a la no discriminación.

Otras obligaciones específicas, orientadas por el artículo 12, párrafo 2, incisos a), b) y c) del PIDESC, son las que tienen que ver con el establecimiento de acciones y la supervisión de la salud infantil y materna; los servicios de salud sexuales y genésicos; incluido el acceso a la planificación de la familia; la atención pre y posparto; los servicios obstétricos de urgencia; el acceso a la información; así como con los recursos necesarios para actuar con arreglo a ésta (OG núm. 14, punto 14). De igual modo se incluye la adopción de medidas preventivas en lo que concierne a los accidentes laborales y enfermedades profesionales; 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 (OG núm. 14, punto 15). Por lo que tiene que ver con la prevención y tratamiento de enfermedades infecto-contagiosas o de otra índole, se resalta la exigencia de información oportuna sobre factores sociales determinantes de la buena salud, como la seguridad ambiental, la educación, el desarrollo económico y la igualdad de género; también se señala enfáticamente la necesidad de llevar a cabo campañas de información sobre prevención del VIH/SIDA, alcoholismo, tabaquismo, drogas, etcétera (OG núm. 14, punto 16).

Sobre las estrategias de acción en materia de salud pública, el órgano de vigilancia del PIDESC ha hondamente pronunciado la necesidad de la participación social y claridad en los procesos de implementación y de decisiones políticas, y por supuesto en la educación para la salud (OG núm. 14, punto 17). Pide que se dé a conocer de antemano los métodos a utilizar, los indicadores seleccionados y evidentemente la situación detallada a partir de

¹⁴⁰ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op. cit.*, nota 1, p. 87.

la cual se construye o avanza, a fin de que los particulares puedan seguir sin dificultad, y periódicamente las acciones tomadas llegaron a los objetivos trazados por el plan. Y siempre subraya, que en todo plan de acción de salud pública, se tendrá muy presente la situación de los grupos vulnerables (OG núm. 14, punto 43 f).

La progresividad también está inserta en la implementación del DPS (OG núm. 14, puntos 30, 31 y 32). Ya sabemos que existe la prohibición de estancarse y menos aún de retroceder en las medidas tendientes a la realización de los DESC. De llegarse a dar, el Estado debe demostrar que de todas las alternativas posibles fue la mejor opción y que estaba justificada en relación con los recursos máximos disponibles del Estado y la totalidad de los DESC (OG núm. 14, punto 32 *in fine*). En todo caso, cualquier contravención a las obligaciones básicas contenidas en el punto 43 de la OG núm. 14, constituirán una violación del derecho a la salud (OG núm. 14, punto 48).

Con el ánimo de guiar y ayudar a los Estados con los compromisos del PIDESC, el Comité buscó desmenuzar los elementos esenciales que entraña la atención básica de la salud (OG núm. 14, punto 12) y por ello consideró incuestionable asegurar la disponibilidad, la accesibilidad, la aceptabilidad y la calidad de los centros, bienes y servicios de salud.

Por lo que hace a la *disponibilidad*, el Comité señala que el Estado parte debe tener con un número suficiente de programas sanitarios, establecimientos, bienes y servicios públicos de salud. Los servicios deberán comprender factores determinantes para otorgar una adecuada protección a la salud como son: agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas en hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud; el factor humano con personal médico y profesional capacitado y bien remunerado, habida cuenta de las condiciones que existen en el país; así como los medicamentos esenciales definidos en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS (OG núm. 14, punto 12 a).¹⁴¹ En el caso de las instituciones públicas de salud en México, es obligado contar con la provisión del “cuadro básico de medicamentos”.

Por acceso hay que entender algo más que los acondicionamientos estructurales de los edificios que ofrecen servicios de salud, a fin de que per-

141 El programa se instauró desde 1981. Los medicamentos esenciales son los que satisfacen las necesidades prioritarias de la salud de la población. *Cfr.* OMS, *Perspectivas políticas sobre medicamentos de la OMS*, sección 4, de la selección de medicamentos esenciales, junio 2002, OMS, p. 1. Consulta en línea disponible en: whqlibdoc.who.int/hq/2002/WHO_EDM_2002.2_spa.pdf, realizada el 20 de octubre de 2006.

sonas en silla de ruedas puedan transitar libremente; se trata igualmente de la accesibilidad de derecho y de hecho, esto es, que por ningún motivo los centros de salud del Estado obstruirán o restringirán a sus titulares con tratos desiguales o desigualdad de oportunidades, el pleno ejercicio del derecho a la salud. Dicho de otra manera, los establecimientos que brinden servicios de atención a la salud en México deberán hacerlo sin distinción y sin preferencia de alguno de los criterios que insistentemente las normas nacionales e internacionales han marcado como prohibidos: nacionalidad, religión, raza, sexo, condición social, caracteres físicos, etcétera, de suerte que asegurándose la igualdad de trato y de oportunidades, todos los sectores de la población, en especial a los vulnerables y los que se encuentran en condiciones de mayor marginación, a fin de que puedan acceder plenamente a los medios para atender su salud (OG núm. 14, punto 12 b i). Otra forma de acceso es la distribución geográfica adecuada de los establecimientos, bienes y servicios de salud, permitiendo el alcance geográfico fundamentalmente a los grupos marginados, como las minorías étnicas y poblaciones indígenas, las mujeres, los niños, los adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidades y las personas con VIH/sida; obviamente no puede olvidarse la accesibilidad física a los edificios para el adecuado servicio de las personas con discapacidad (OG núm. 14, puntos 12 b ii y 43 e). Con igual interés se destaca la accesibilidad económica o asequibilidad, de manera que los servicios que atiendan aspectos elementales para el cuidado de la salud se guiarán por el principio de la equidad —ajeno a su naturaleza pública o privada—, para evitar gastos de bolsillo desmedidos, en específico sobre los que menos tienen (OG núm. 14, punto 12 b iii). Finalmente, como un aspecto de la accesibilidad se encuentra el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud.¹⁴² El Comité ha sido cuidadoso en exigir a partir de la adecuación del marco normativo el aseguramiento previo *de información* sobre temas vinculados con la salud, como las relativas a la higiene y seguridad industrial conforme a lo establecido en los Convenios 155 y 161 de la OIT (OG núm. 14, puntos 11, 14, 18-30, 34-37, 44 d y 56).

La aceptabilidad es otro elemento esencial que debe estar presente en cualquier forma de atención sanitaria, se refiere a los parámetros de la ética profesional y al respeto por las costumbres culturales de las personas, las

¹⁴² Sin que ello signifique menoscabar la confidencialidad de datos personales. Véase OG núm. 14, punto 12 b iv y c.

minorías, los pueblos y las comunidades, sensibilidad a las condiciones de género y el ciclo de vida, y la confidencialidad sobre el estado de salud de las personas (OG núm. 14, punto 12 c).

Por último se acompaña *la calidad*, entendida como la propiedad técnico-científica con las que se brinda el servicio médico. Ello requiere, entre otras cosas, de personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas (OG núm. 14, punto 12 d).

Aparte de los elementos esenciales señalados, si bien puede sonar repetitivo, el Comité se ha dado a la tarea de precisar en lo posible aún más; de acuerdo con las consideraciones más sobresalientes de los textos internacionales en el tema; como la Declaración de Alma-Ata sobre Atención Primaria de la Salud o el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de 1994; cuáles son las *obligaciones básicas del DPS* que los Estados deben cumplir; tal discernimiento se orienta a la atención primaria básica de la salud (OG núm. 14, puntos 43 y 47 *in fine*).

Entre esas obligaciones mínimas e inderogables esta: *a)* garantizar el derecho de acceso a los servicios de salud sin discriminación, especialmente de grupos vulnerables o marginados; *b)* asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada, segura y garantice que nadie padezca hambre; *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 las 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, pero que tengan especial cuidado de grupos marginados. Estas medidas deberán ser revisadas periódicamente, junto con la participación de la sociedad, para ello se preverán métodos e indicadores que permitan vigilar estrechamente los progresos realizados.

El Comité también señala otras obligaciones de prioridad comparable a las obligaciones básicas, pero que a diferencia de éstas, las obligaciones comparables que señala el punto 44 de la OG núm. 14, no llevan el señalamiento expreso de inderogabilidad; de cualquier forma deberán ser atendidas con diligencia y prioridad por los Estados parte.¹⁴³

¹⁴³ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 17, pp. 834 y 835.

Entre las obligaciones de prioridad comparables se encuentran: *a)* cuidado especial a la salud genésica, materna e infantil; *b)* inmunización contra enfermedades infecciosas de las comunidades; *c)* la lucha contra las enfermedades epidémicas y endémicas; *d)* educación e información sobre problemas de salud en la comunidad; *e)* capacitación médica y de derechos humanos al personal del sector de la salud.

Por lo que concierne a los particulares, ya habíamos dicho que también los DESC les imponen obligaciones, las cuales se trasladarían en lo conducente al DPS. A este respecto, la jurisprudencia del Comité no ha tenido mayor abundamiento, pero conjuntamente con el derecho nacional podemos hacer algunos señalamientos puntuales.

Es evidente que quienes brindan servicios sanitarios privados tienen obligaciones que en principio, no pueden ir más allá de lo contratado en el servicio. Sin embargo podría el Estado imponer a los prestadores privados, como parte de esas medidas positivas necesarias establecidas en el artículo 12.2 del PIDESC, obligaciones relacionadas con la atención de la salud, por ejemplo: exigiéndoles una cobertura específica. Ya que *los servicios privados, además de atender sus intereses comerciales, adquieren igualmente un compromiso social como lo supone su propia razón de existir; pues velan por bienes jurídicamente protegidos en los más importantes ordenamientos legales, tanto constitucional como internacionalmente.*¹⁴⁴

A este tenor, se puede decir que la obligación del Estado de brindar protección está en relación inversa con la obligación de los particulares de respetar y coadyuvar con la autoridad para lograr el cumplimiento de la ley y por ende, de los derechos fundamentales.¹⁴⁵ De este modo, los particulares deben de respetar los derechos de los demás; no deben, dentro de su ámbito

¹⁴⁴ La posibilidad de exigir derechos constitucionales a los particulares es motivo de grandes debates. En la actualidad la Corte Suprema de Argentina ha extendido efectos a los prestadores no estatales, sobre el cumplimiento de las obligaciones constitucionales en materia de salubridad. *Cfr.* Courtis, Christian, “La aplicación de tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la protección jurisdiccional del derecho a la salud en Argentina”, *Derechos económicos, sociales y culturales*, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, México-Unión Europea-Secretaría de Relaciones Exteriores, México, 2005, pp. 294-305.

¹⁴⁵ *Cfr.* PROTECCIÓN A LA SALUD DE LOS NO FUMADORES EN EL DISTRITO FEDERAL. EL ARTÍCULO 16 DE LA LEY RELATIVA, AL CONSIDERAR RESPONSABLES SUBSIDIARIOS A QUIENES NO COADYUVEN CON LA AUTORIDAD PARA HACER CUMPLIR SUS DISPOSICIONES, NO VIOLA LA GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA PREVISTA EN LOS ARTÍCULOS 14 Y 16 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Jurisprudencia. Materia(s): Administrativa. Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XVII, XXI, mayo de 2005, tesis: I.7o.A. J/24, p. 1354.

de acción, discriminar ni poner en peligro la salud de nadie; en si no trastocar ninguno de los elementos esenciales del cuidado de la salud enunciados (disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad).

Por ejemplo, un aspecto imperante de la salud es el derecho de recibir atención médica en caso de urgencia y ello involucra a los particulares. Se considera servicio de urgencia todo problema médico-quirúrgico agudo, que ponga en peligro la vida, un órgano o una función y que requiera atención inmediata (artículo 72 del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica [RLGS]). Vemos que los servicios de urgencias comprometen a todos los establecimientos que se dediquen a la atención médica, sean de naturaleza pública, social o privada; debiendo brindar el servicio el centro de atención cercano a donde ocurra la urgencia (artículo 71 RLGS). Esa obligación conlleva la valoración y el tratamiento hasta lograr la estabilidad del usuario o bien, hasta que el usuario pueda ser transferido a la institución médica de su elección o institución del sector (artículo 74 RLGS). Lamentablemente la negativa de atención médica es una violación común en México¹⁴⁶ y en el caso de urgencias médicas es evidente que se pone en peligro la vida. Por lo que la vía judicial, como veremos, es un mecanismo que se puede usar para establecer la responsabilidad civil o penal que proceda.

2. Justiciabilidad del derecho a la salud

La exigibilidad en sede judicial del derecho a la protección de la salud es el núcleo de este estudio. Entraremos a una discusión por sumo vigente al analizar la tutela efectiva, el cuándo y cómo se ejerce este derecho.

Dicho lo anterior, habría que desentrañar cuál es la justicia que reclama la protección de la salud. En términos amplios y guiados por el principio de equidad, podemos decir que la salud se traduce en igualdad de oportunidades de acceso de atención sanitaria. Se trata de nivelar las desigualdades de hecho que tienen personas o grupos —niños de la calle, desempleados, amas de casa, ancianos abandonados u otros— con acciones legislativas, políticas, sociales y, por supuesto, con instancias legales accesibles, justas y efectivas para exigir al sujeto o sujetos obligados al respeto, la protección o el cumplimiento específico de los contenidos esenciales del DPS.

Ahora bien, la cobertura universal en la atención sanitaria no es equiparable a tener filiación a un seguro médico, sino al acceso efectivo a bienes

¹⁴⁶ Cfr. Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Manual para la calificación de hechos violatorios de derechos humanos*, México, CNDH, 1998.

suficientes y servicios de salud de calidad (médicos y enfermeras capacitadas, medicamentos, instrumental y equipo científicamente probado). Para efectos prácticos del goce del DPS, de qué serviría ser derechohabiente de una institución, si geográficamente no se puede acceder al servicio sanitario. En México, la situación social avala lo anterior como una realidad; más que observar una política igualitaria, se observa una práctica libertaria.¹⁴⁷

Antes de pasar a las formas en que este derecho es justiciable, es conveniente presentar un panorama general que nos permita contextualizar en México, el relieve que cobran los mecanismos para la justiciabilidad del DPS.

La orientación demográfica registró en el 2000, cerca de 100 millones de habitantes con un 48.8% de hombres y 51.2 % de mujeres.¹⁴⁸ La tasa de crecimiento media anual es del 1%.¹⁴⁹ Los flujos migratorios internos, en busca de mejores oportunidades de vida, han originado la concentración poblacional en centros urbanos y reducido las localidades rurales (hasta de menos de 500 habitantes, ubicados dispersamente), que en buena medida están asentados en lugares de difícil acceso; lo que hace evidente el desafío de darles atención primaria a su salud.¹⁵⁰ De la población rural solo el 60% disfruta del acceso a centros de salud, el 62% de agua potable y el 17% con servicios sanitarios. Hay también un significativo número de personas que aún en centros urbanos carecen de los servicios sanitarios esenciales.¹⁵¹ El último censo nacional reveló que, en promedio, por cada mil habitantes se dispone de 71.8 camas, 50 consultorios y 2.7 quirófanos, y por cada 100 mil habitantes se cuenta con 132.5 médicos; 6.5 odontólogos y 189 enfermeras.¹⁵²

¹⁴⁷ El gobierno mexicano piensa que la universalidad es que todos tengan opción de adquirir un seguro, y no la garantía de tenerlo. La elección de la atención médica está fuertemente condicionada por la capacidad económica de la población. Montiel, Lucía, *op. cit.*, nota 123, pp. 311-313.

¹⁴⁸ XII *Censo General de Población y Vivienda* y Secretaría de Salud, *Informe de Labores 1999-2000*, p. 11.

¹⁴⁹ INEGI, *Conteos de Población y Vivienda, 1995 y 2005 y Conteos de Población y Vivienda, 1995 y 2005*.

¹⁵⁰ La Secretaría de Salud reconoce que "... tanto la disponibilidad como la aceptabilidad de las instalaciones en las áreas más remotas siguen siendo un reto, tanto para las autoridades de salud como para las del desarrollo social educativo". *Cfr.* Montiel, Lucía, *op. cit.*, nota 123, p. 311.

¹⁵¹ *Cfr.* Inter-American Commission on Human Rights, OAS, Country Report, Mexico 1998, párrafo 597. Consulta disponible en: www.oas.org/cidh/countryrep/mexico98en/Chapter-8.htm, realizada el 20 de octubre de 2006.

¹⁵² Para 2003 a 2005: SSA. *Boletín de Información Estadística. Recursos físicos, materiales y humanos*, vol. I. núm. 23, 24 y 25. México, D.F.

Por otra parte, no se puede olvidar el significativo y constante incremento en la demanda de servicios de salud. Primero porque el grueso de la población, conformado todavía por jóvenes, pasará a formar un grupo senil numeroso y demandante en un futuro cercano, y, segundo, debido a la creciente tasa demográfica, al número elevado de mujeres fértiles y al sostenido incremento de la expectativa de vida.¹⁵³

La erogación recomendable destinada al cuidado de la salud pública, se estima debiera ser del 7% o al menos el equivalente al 5% del PNB.¹⁵⁴ Una asignación razonable no se limitaría a acotar al mínimo el presupuesto del SNS. En México, la asignación pública promedio oscila entre 2 y 3% del PIB, aunque el gasto total puede llegar a 6.2% (gasto de los particulares y del Estado).¹⁵⁵ La Ley General de Desarrollo Social (LGDS) estipula una mayor inversión y vigilancia de los fondos y recursos destinados al desarrollo social (artículo 18), dando prioridad en el rubro de la salud, a los programas de prevención y control de enfermedades, las actividades curativas y los servicios de salud dirigidos a personas con marginación o situación de vulnerabilidad (artículo 19. fr. II y III).

Sin embargo, del total-promedio de recursos públicos asignados a la salud se reparte aproximadamente en un 70% a atención curativa; 6 o 7% a la preventiva y 1% a la capacitación de la población, esta última proporción equivale a la que se destina a la formación de recursos humanos e investigación.¹⁵⁶ Podemos notar que hay una marcada desproporción de los dineros que se etiquetan a los diferentes rubros de la salud. Esto debe ser preocu-

¹⁵³ La esperanza de vida actual promedio en la república mexicana oscila entre 73.6 años hombres y 78.2 años mujeres. El aumento del PIB entre 1970 y 1994, explica el incremento de la esperanza de vida a razón de un 23%. El cambio está evidentemente asociado con factores de desarrollo. Cfr. Fundación Mexicana para la Salud, Frenk, Julio (ed.), *Observatorio de la salud*, México, Funsalud, 1997, p. 27. Secretaría de Salud, *Programa Nacional de Salud*, 1990-1994, México, 1994, p. 20. Secretaría de Salud, *Programa Nacional de Salud*, 2001-2006, México, 2001, p. 29.

¹⁵⁴ Organización Mundial de la Salud, "Atención primaria de la salud: una primera evaluación" *Salud Mundial*, Ginebra, Suiza, OMS, noviembre 1983, pp. 6-17, pp. 6 y 7.

¹⁵⁵ Hacia 1980, México tenía un gasto en salud *per cápita* de 369 dólares americanos; para 1998, el gasto se redujo a 201. Lo interesante es que hacia 1980, todavía no estaba en vigor ni el PIDESC ni se reformaba el artículo 4o. constitucional. Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 17, p. 842. No hay un criterio unificado que dé razón del porcentaje que se ha venido gastando en el sector salud; pero sí se reconoce que no ha llegado a ser suficiente. Secretaría de Salud, *Cuentas en salud en México 2001-2006*, México, 2006, pp. 4, 11 y 42. Consulta en línea disponible en: http://sinais.salud.gob.mx/sicuentas/docs/LasCuentasEnSaludEnMexico_2001-2005.pdf, realizada el 24 de noviembre de 2006.

¹⁵⁶ Fundación Mexicana para la Salud, Frenk, Julio (ed.), *op. cit.*, nota 153, pp. 130 y 131.

pante, reflexionemos siquiera porqué en vez de cuidar la enfermedad con la atención curativa, no se cuida realmente la salud con medidas preventivas, que por supuesto serían menos costosas. Una razón de peso, y repensemos en ello, es que la atención a la enfermedad es una actividad altamente lucrativa (laboratorios farmacéuticos, aseguradoras, privatización de servicios sanitarios o empresas vinculadas). Sería arriesgado señalar la responsabilidad de alguien en particular, pero si los sistemas solapan estas prácticas es porque representan grandes intereses económicos. Más allá del discurso o de los reportes en papel, en realidad no se promueven con el mismo ahínco las formas más saludables de vida, nutrición y hábitos de higiene en las masas, quizá para seguir generando necesidades en la población.

Con este rápido recorrido, nos es evidente que se tienen grandes rezagos en bienes y servicios sanitarios, y que no se cuenta con personal calificado en suma suficiente para atender la atención primaria de la salud en el país, a lo que se añaden los infortunios causados por las patologías emergentes, propias del perfil de morbilidad de los países desarrollados.¹⁵⁷

Ahora pasemos a revisar cuando y cómo es judicialmente exigible el DPS. Ya conocemos la estructura en que se apoya: Constitución federal, tratados internacionales y leyes reglamentarias. Con estos ordenamientos las funciones de las autoridades se estipulan mas o menos de manera suficiente; sin embargo, ha faltado enfocarse más en los titulares del derecho.¹⁵⁸ Aunado a lo anterior, hay que decir que la jurisprudencia mexicana es francamente escasa en cuanto a pronunciamientos sobre el DPS. No obstante, en un espacio para comentar los avances y retrocesos revisaremos algunos planteamientos relevantes del Poder Judicial Federal en este sentido.

Primero veamos las vías judiciales loables para la defensa del DPS en el sistema jurídico mexicano.

Las personas que se sientan lesionadas en su derecho a la salud con motivo de una relación profesional, cuentan para su defensa con mecanismos judiciales; sin descartar las vías administrativas internas de las instituciones públicas de salud y los mecanismos no-jurisdiccionales operables.

Los profesionales de la ciencia médica tienen responsabilidad por los servicios y trabajos realizados con los pacientes. El actuar con negligencia o impericia y por supuesto con dolo, hace posible la acción ante instancias judiciales.

¹⁵⁷ Cfr. Secretaría de Salud, *Informe de Labores 1999-2000*, México, septiembre 2000, pp. 11-14 y el sitio web de la Dirección General de Epidemiología en: www.dgepi.salud.gob.mx.

¹⁵⁸ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 17, p. 817.

Bastaría la relación entre el médico, técnico o personal auxiliar y el paciente; la falta médica (descuido, negligencia, impericia, morosidad, distracción, inadvertencia, apatía, precipitación) y el daño, como consecuencia directa de la falta.

a) El juicio civil es una vía jurisdiccional ante los juzgados civiles del orden común para exigir el pago de daños (artículo 2108 Código Civil del Distrito Federal [CCDF]) y perjuicios (artículo 2109 CCDF) causados en la persona o bienes del ofendido, siempre que el daño no se produzca con dolo, esto es, cuando el hecho causante del daño no se tipifique como delito.

Para efectos de comprobar la mencionada relación en tratándose de prestaciones sociales a cargo del Estado, el acto jurídico requerido es la obligación de aquel de proporcionar servicios de salud. De hecho, hay instancias administrativas internas en las instituciones públicas de salud que permiten la reparación del daño causado como una forma emergente y expedita de la acción civil. Con la reforma al artículo 113 constitucional (DOF 14 de junio de 2002), se ha esclarecido la responsabilidad del Estado por actos irregulares de servidores públicos que causen daño en bienes o derechos de particulares.

Evidentemente siempre se está obligado a la reparación, independientemente de que el obrar configure un acto ilícito (artículo 1910 del CCDF). Para determinar los montos para la indemnización por el daño causado hacia una persona, se atenderá a lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo y a la multa cuyo monto determina el juez (artículos 1915, 1916 y 1927 CCDF). Resta decir, que la acción civil de reparación por daño ante un juez de lo civil prescribe a los dos años después de causado (artículo 1934 CCDF).

b) Las personas que resulten afectadas por omisiones o actos médicos a causa de culpa o dolo, pueden denunciar los hechos presuntamente delictivos. En tratándose de profesionales de la salud, es común que la responsabilidad penal sea con motivo de impericia o negligencia; esto es, delitos culposos más que intencionales, que pueden tipificarse genéricamente desde homicidio hasta lesiones leves o específicamente como el delito de esterilización forzada prevista en la LGS.

El Código Penal para el Distrito Federal (CPDF) establece la responsabilidad penal de los delitos cometidos en ejercicio de la profesión médica: prevé el abandono, negación y práctica indebida (artículos 324 y 325 CPDF), cualquier intervención quirúrgica innecesaria o sin consentimiento que pongan en riesgo la vida del paciente, así como cualquier simulación de intervención quirúrgica (artículo 326 CPDF). El ordenamiento también contiene disposiciones que sancionan cualquier comportamiento arbitrario de empleados o

encargados de centros de salud, a fin de evitar que se hagan justicia por sí mismos al condicionar la salida de un paciente (artículo 327, I CPDF) o al impedir la entrega de un recién nacido (artículo 327, I CPDF). Asimismo se prevé la prescripción o venta de medicamentos inapropiados (artículo 328 y 329 CPDF).

Si el responsable del ilícito causa con su actuar daño a otro, con independencia de la sanción penal que resulte de los hechos dolosos o culposos que se le comprueben, a pesar de que no pueda establecerse sanción penal alguna, está obligado a la indemnización (artículo 29 del CPDF); la cuál tendrá carácter de pena cuando la realiza el infractor o bien de responsabilidad civil cuando la realiza un tercero.

c) Para la ministra Sánchez Cordero,¹⁵⁹ el desarrollo de las bases y modalidades del DPS establecen hipótesis para su exigencia por los particulares; incluso con vía de acceso al juicio de amparo.

El juicio de amparo es un mecanismo ideado para custodiar la Carta Magna y a la vez, procesalmente constituye la última instancia impugnativa de carácter judicial. Los derechos fundamentales pueden protegerse tanto por la vía jurisdiccional mediante el juicio de amparo, como no jurisdiccional mediante las comisiones de los derechos humanos. El amparo es pues el recurso jurídico por excelencia para recurrir las violaciones de las autoridades a los derechos fundamentales (artículo 103 fracción I constitucional). Sin embargo, las limitaciones técnico-procedimentales del actual juicio de garantías —como el principio de agravio personal y directo (artículo 4o. LA)— han limitado la protección efectiva de derechos sociales.¹⁶⁰

Sabemos que hay una propuesta desde hace algunos años (2001) para la creación de una Nueva Ley de Amparo. Esta Ley propone ampliar los supuestos de procedencia, permitiendo el control jurisdiccional de intereses colectivos, una reestructuración de los conceptos tradicionales de autoridad, así como la posibilidad de protección directa de los derechos humanos recogidos en los instrumentos internacionales como sería el PIDESC o el Protocolo de San Sal-

¹⁵⁹ Sánchez Cordero, Olga, “El derecho constitucional a la protección de su salud. Su regulación constitucional y algunos precedentes relevantes”, *cit.* por Moctezuma Barragán, Gonzalo y Prieto Sierra, María Julia”, El derecho a la protección de la salud, *Memoria del IX Simposio, Revista CONAMED*, vol. 10, núm. 1, enero-marzo 2005, pp. 11-16, pp. 14 y ss.

¹⁶⁰ *Cf.* MILITARES. SUS FAMILIARES CARECEN DE INTERÉS JURÍDICO PARA IMPUGNAR EN AMPARO LA DECLARATORIA DE RETIRO DEL SERVICIO ACTIVO. Jurisprudencia. Materia(s): Administrativa. Novena época, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXI, enero de 2005, tesis: 2a./J. 200/2004, p. 542. Contradicción de tesis 119/2004-SS.

vador. Con ello se abren enormemente las posibilidades de protección de los DESC y por tanto, la tutela eficaz del DPS, que ha quedado rezagados.¹⁶¹

Ahora habría que preguntarse, cuánto tiempo se ha llevado el proyecto de Ley y cuánto más será permisible atendiendo a los criterios de tomar medidas legislativas y en breve tiempo.

Mientras tanto, una forma de reconducir la exigibilidad del DPS es solicitar el amparo contra leyes, que en el mejor de los casos combate normas incongruentes o en su defecto, interpreta *pro homine* el derecho controvertido.

3. Reflexiones sobre los progresos y la eficacia de la justicia sanitaria

Al hablar de los progresos, tenemos que reconocer que las condiciones generales de salud pública en México han ido mejorando con los años, por ejemplo: en infraestructura, en programas asistenciales, en campañas de educación y fomento a condiciones de higiene más saludables, reducción de la mortalidad en general, incremento en la esperanza de vida, atención especial materno-infantil y, por supuesto, con gran éxito las campañas nacionales de vacunación;¹⁶² tampoco se puede desconocer el beneficio a la población no asegurada que trajo el reciente “seguro popular” (título tercero bis de la LGS). Ahora veamos cuáles son los avances para la justiciabilidad de la salud en México.

Partimos del hecho que constitucional e internacionalmente el DPS se reconoció universalmente en México hace apenas poco más de dos décadas; este argumento no intenta justificar su desatención jurídica por el gremio; no obstante, aunado a este cercano acontecimiento, las trabas teórico-normativas de las que ya hablamos respecto del derecho sustantivo y adjetivo imperantes, ciertamente no han contribuido a un avance manifiesto. De cualquier modo hay cuestiones relevantes para nuestro estudio a partir de la jurisprudencia nacional.

¹⁶¹ Cfr. El proyecto de Ley de Amparo reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que se presentó por la SCJN al Secretario de Gobernación y a los representantes de los diversos partidos políticos que conforman el poder legislativo federal, el 30 de abril del 2001. Véase también Fix-Zamudio, Héctor, “Hacia una nueva Ley de Amparo”, *Estudios en homenaje a don Manuel Gutiérrez de Velasco*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 286-338, p. 325. Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, 1a. reimp., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 214.

¹⁶² Fundación Mexicana para la Salud, “Paquete universal de servicios esenciales de salud”, *Economía y Salud*, México, Funsalud, marzo 1994, vol. 11, pp. 22 y ss. Kumate, Jesús y Guillermo Soberón, *Salud para todos ¿utopía o realidad?*, México, El Colegio Nacional, 1989, p. 61.

Es apropiado advertir que las medidas dirigidas al cambio democrático en el país trajeron una apertura y transparencia sin precedentes al permitir y regular el acceso a la información pública, poniendo en evidencia abusos y violaciones de derechos humanos de todo tipo. Otro avance significativo para nuestro tema en la justicia de los derechos humanos fue el cambio en la política exterior mexicana, asintiendo un acercamiento mayor con las organizaciones internacionales a fin de que pudieran evaluar y contribuyeran a mejorar las prácticas domésticas de derechos humanos.¹⁶³

En un esfuerzo mayúsculo se propusieron iniciativas que contribuirían a armonizar y dar operatividad a los compromisos internacionales en materia. Así resultó la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, a partir de la reforma constitucional al artículo 1o. de la Ley General de Personas con Discapacidad, pese a que sus mecanismos de tutela sean todavía endebles.

Lamentablemente en las normas vigentes hay estancamientos centrales en el tema de la justicia que nos ocupa. Conocemos que los tratados internacionales son Ley Suprema conforme al artículo 133 constitucional; sin embargo, la aplicación directa de los preceptos convencionales todavía presenta dificultades prácticas que llevan a la ineficiencia del resguardo que proponen semejantes normas.

Nos queda por revisar algunos de los pronunciamientos judiciales que se han hecho en relación con la protección judicial del derecho universal a la salud.

En relación con el derecho a recibir tratamiento adecuado y oportuno, se ha dejado claro que el DPS es universal y que por tanto, cualquier persona tiene derecho a ser provisto de los medios para proteger su salud y entre tales medios está el recibir el tratamiento adecuado a su padecimiento.

Sobre la universalidad de la atención médica, el amparo en revisión 207/2002 nos resulta ilustrativo. La resolución refiere a que el derecho a tener acceso a la atención médica prevista en el artículo 4o. constitucional, es con independencia a la condición laboral.¹⁶⁴ Ya que nada impide que una persona

¹⁶³ La transparencia no se ha replicado en los demás poderes de la misma manera que en el Poder Ejecutivo. Cfr. Human Rights Watch, *El cambio inconcluso, avances y desaciertos en derechos humanos durante el gobierno de Fox*, EUA, Human Rights Watch, 2006, pp. 2-5, 12-15 y 40. Consulta en línea disponible en: <http://hrw.org/spanish/informes/2006/mexico0506/mexico0506spweb.pdf>, realizada el 14 de noviembre de 2006.

¹⁶⁴ SEGURO SOCIAL. EL ARTÍCULO 182 DE LA LEY RELATIVA, VIGENTE HASTA EL 30 DE JUNIO DE 1997, QUE PREVÉ UN PERIODO DE CONSERVACIÓN DE DERECHOS EN MATERIA DE PENSIONES, NO VIOLA LA GARANTÍA DE IGUALDAD CONSAGRADA EN LOS ARTÍCULOS 1O. Y 4O., PÁRRAFO TERCERO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Tesis aislada. Materia(s): constitucional, administrativa. Novena época, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XVII, enero de 2003, tesis: 2a. CCVI/200, p. 738.

que fue asegurada, tenga la libertad de acceder a servicios médicos en las instituciones respectivas de acuerdo a su régimen.

No pocas veces comentado ha sido el amparo en revisión 2231/97, resuelto por la SCJN en relación con la obligación de recibir oportunamente los medicamentos básicos para el tratamiento de enfermedades, como parte de la atención médica; sin que obste a lo anterior el que los medicamentos sean recientemente descubiertos o existan otras enfermedades que merezcan igual o mayor atención por parte del sector salud.¹⁶⁵ El precedente es de sumo trascendente en los avances hacia la justiciabilidad del DPS, puesto que viene a colmar de algún modo el contenido del derecho previsto en el artículo 4o. constitucional. Afianza jurídicamente los elementos de los servicios básicos de salud y enfatiza la obligación no sólo de disponer de medicamentos (al menos los del cuadro básico) y otros insumos esenciales para la salud; sino también el deber proporcionarlos oportunamente.

En el amparo en revisión 561/95, el tribunal resolvió que el Secretario de Salud del Estado de Tlaxcala violaba el DPS del quejoso al negarle, en su condición de procesado, su traslado a un hospital especializado para ser atendido médicamente. Sobre el particular, el Comité de Derechos Humanos ha pronunciado que los detenidos tienen derecho al acceso inmediato y permanente a un médico. Concurrentemente las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos de 1955, disponen que deberá trasladarse a establecimientos penitenciarios especializados o a hospitales civiles a los enfermos cuyo estado requiera cuidados especiales.¹⁶⁶

¹⁶⁵ SALUD. EL DERECHO A SU PROTECCIÓN, QUE COMO GARANTÍA INDIVIDUAL CONSIGUE EL ARTÍCULO 4o. CONSTITUCIONAL, COMPRENDE LA RECEPCIÓN DE MEDICAMENTOS BÁSICOS PARA EL TRATAMIENTO DE LAS ENFERMEDADES Y SU SUMINISTRO POR LAS DEPENDENCIAS Y ENTIDADES QUE PRESTAN LOS SERVICIOS RESPECTIVOS. Suprema Corte de Justicia (Pleno), novena época, materia constitucional, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; t. XI, marzo de 2000, tesis aislada P. XIX/2000, p. 112. También hay que decir que el otorgar medicamentos como parte del DPS no siempre fue tan obvio para las autoridades. Véase Morales, Pedro, "Las personas con VIH-Sida y su derecho a medicamentos", *Los derechos de las personas con VIH y enfermos de Sida*, fascículo 8 de la Colección Prevención de la violencia, atención a grupos vulnerables y los derechos humanos, México, CNDH, 2003, pp. 29-30, pp. 32 y ss.

¹⁶⁶ SALUD, DERECHO A LA. LA AUTORIDAD DEL RAMO NO PUEDE NEGARSE A PROPORCIONAR TRATAMIENTO A UN PROCESADO. Novena época, materia penal, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. II, diciembre 1995, tesis VI, 2. 37 p. 574. *Cfr.* Observación General núm. 20, mencionada *supra* nota 75 párrafo 11 *in fine*; Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y apro-

Existe además un criterio jurisprudencial que estima se transgrede el DPS cuando a un toxicómano, sentenciado por delito contra la salud, la autoridad responsable omite dejarlo a disposición de la autoridad sanitaria para su tratamiento.¹⁶⁷ Consideramos que esta condición nos permite ir todavía más allá de la sola garantía del DPS; en el fondo atiende simultáneamente la prohibición de tratos inhumanos; puesto que las adicciones a estupefacientes o enervantes revelan una crisis personal, una fragmentación interior y la pérdida de un proyecto de vida; de tal manera que el adicto siente la necesidad de alterar bioquímicamente su percepción a fin de poder fugarse de su realidad; entonces, al suprime su consumo, sin dar un apoyo médico adecuado de desintoxicación, se deja al individuo en un estado de extrema vulnerabilidad y con sufrimiento severo por el desequilibrio repentino (síndrome de abstinencia) que podría magnificarse con la privación de la libertad; situación que injustificadamente pone en peligro su vida y claro, por ende su salud. Es verdad que pudiera argüirse que no hubo la intención de infringir sufrimiento; tal como lo refiere el artículo 1o. de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984, pero quien exponga a una persona a condiciones que se puedan considerar como trato inhumano, será considerado responsable de infligirlos.¹⁶⁸ Lo que queremos resaltar es que la omisión de atención a la salud en casos donde el tratamiento adecuado se vuelve indispensable, conduce a mayores contenidos. La infracción a la prohibición de tratos inhumanos o tortura son aspectos en el que está implicado —mínimamente— el derecho a la vida y la salud. De manera que esta interconexión posibilita varias conjugaciones para la justificabilidad en virtud de que los derechos civiles tienen connotaciones de carácter económico o social y viceversa.

Aquí el aparato estatal tiene marcadas obligaciones positivas de protección, en razón de avanzar con firmeza en las áreas que conciernan a la pro-

badas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) del 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) del 13 de mayo de 1977.

¹⁶⁷ SALUD, DERECHO A LA. TRANSGREDE EL, CUANDO NO SE ORDENA EL TRATAMIENTO SOBRE LA ADICCIÓN DE UN SENTENCIADO TOXICOMANO. Jurisprudencia. Materia(s): penal. Octava época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, t. 57, septiembre de 1992, tesis: I.2o.P. J/44, p. 43. El Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión de 1988, anota en el numeral 24 el derecho de las personas detenidas a recibir tratamiento médico cada vez que lo necesiten.

¹⁶⁸ Foley, Conor, *Combating Torture. A Manual for Judges and Prosecutors*, Essex, Human Rights Centre/University of Essex, 2003, p. 13, párrafo 1. 19.

tección de la dignidad humana, máxime cuando se evalúan acciones que ponen en riesgo los valores de las sociedades democráticas.

Una sentencia valiosa que tiene que ver con la obligación de otorgar medicamentos, pero sobre todo con el reconocimiento de los jueces nacionales de avanzar en las interpretaciones más amplias *pro homine* en las que los textos internacionales son una guía fundamental, es la recaída sobre la amparo en revisión 799/2003.¹⁶⁹ Aquí la cuestión deviene porque la negativa de atención médica se da con motivo de la separación del régimen de seguridad social a un militar con VIH-Sida. El tribunal consideró que los preceptos de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas (LISSFAM) son insuficientes para declarar el retiro. Para resolver esta insuficiencia y lograr una mayor protección de los derechos fundamentales, debe acudirse a la interpretación de los dispositivos constitucionales (desarrollados en diversas leyes federales y tratados internacionales de los que México es parte). Este razonamiento subraya la necesidad del análisis sistemático, teleológico y de principios que más favorezca al quejoso.

Sobre la adopción de medidas como parte de los deberes del Estado viene bien referirnos al amparo en revisión 1113/91, en el que la SCJN certifica que el Estado tiene la obligación de proteger los derechos fundamentales de sus gobernados. En específico está facultado a limitar cualquier ataque o afectación a los derechos individuales o sociales, por ejemplo, para retirar de la circulación los vehículos automotores que ostensiblemente emiten contaminantes que pueden rebasar los límites máximos permisibles o que transitan en zonas o vías, días o periodos no autorizados, y que tal medida resulta de interés común a fin de preservar derechos como los de salud y la conservación del ambiente.¹⁷⁰

¹⁶⁹ MILITARES. PARA RESOLVER SOBRE SU RETIRO DEL ACTIVO POR DETECCIÓN DEL VIH, DEBE ESTARSE A LA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA, CAUSAL TELEOLÓGICA Y POR PRINCIPIOS DE LOS DISPOSITIVOS CONSTITUCIONALES QUE PROTEGEN EL DERECHO A LA SALUD, A LA PERMANENCIA EN EL EMPLEO Y A LA NO DISCRIMINACIÓN. Tesis aislada. Materia(s): administrativa. Novena época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XX, octubre de 2004, tesis: I.4o.A.438 A, p. 2363. Hay más precedentes que ilustran la tutela judicial para exigir el acceso a medicamentos como parte de la atención médica, en especial de personas infectadas con VIH-Sida; pero habrá de decir que la afirmación judicial del DPS respecto del deber de otorgar medicamentos no siempre fue evidente, no obstante el reconocimiento constitucional en el artículo 4o. *Cfr.* Morales, Pedro, *op. cit.*, nota 165, pp. 32 y ss.

¹⁷⁰ VEHÍCULOS AUTOMOTORES. LAS DISPOSICIONES DEL REGLAMENTO DE LA LEY GENERAL DEL EQUILIBRIO ECOLÓGICO Y LA PROTECCIÓN AL AMBIENTE, QUE AUTORIZAN ACTOS DE LIMITACIÓN, SUSPENSIÓN O RETIRO DE SU CIRCULACIÓN, NO VIOLAN LA GARANTÍA DE LEGALIDAD. Tesis aislada. Materia(s): constitucional, administrativa. Novena época,

Por la otra parte, aún cuando en México no se ha desarrollado una sólida doctrina sobre los deberes correlativos de los derechos fundamentales de los particulares, nos parece de interés traer a la reflexión el amparo en 6001/87,¹⁷¹ cuyo principal argumento en el sentido referido es la afirmación de que los patrones tienen la obligación principal de contribuir al funcionamiento del régimen de seguridad social en proporción al número de trabajadores que tienen.

Un pronunciamiento relevante fue la reciente sentencia del Cuarto Tribunal Colegiado en materia administrativa recaída en el amparo en revisión 466/2004 con motivo de la vigencia de la Ley de Protección a la Salud de los No Fumadores en el Distrito Federal (*DOF* 29 de enero de 2004). Esta magnífica decisión nos parece un precedente sin igual en relación con los deberes que el multicitado DPS impone a los particulares y, por ende, toca el tema de la eficacia de los derechos fundamentales. De hecho, del abanico de aspectos de sumo trascendentes que aborda, éstos son los más novedosos: el ordenamiento citado obliga de forma abierta a los propietarios o poseedores de los establecimientos mercantiles a coadyuvar activamente en la protección de la salud de la población con acciones que inhiban la contaminación por emisión de humo del tabaco en los espacios donde haya personas que no deseen fumar. Aun más, señala expresamente la corresponsabilidad de los encargados de tales establecimientos a fin de lograr el objetivo por el cual se expidió la ley. En el análisis, el tribunal sostuvo que tal régimen (corresponsabilidad y solidaridad) es plenamente justificable, razonable y proporcional al propósito de la ley, pues su acatamiento no puede quedar a voluntad de los responsables de los establecimientos. La eficacia de los derechos humanos está vinculada con la tutela tanto de las autoridades como de los particulares, en especial en temas como la salud, el medio ambiente o el bienestar social donde se reconocen los principios de solidaridad, regulación jurídica integral y nivel de acción más adecuado al espacio a proteger tanto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como los tratados en materia de derechos humanos.¹⁷²

Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t IV, agosto de 1996, tesis: P. XCVII/96, p. 85.

¹⁷¹ SEGURO SOCIAL. LAS CUOTAS PATRONALES EN EL RAMO DE ENFERMEDADES Y MATERNIDAD SON PROPORCIONALES Y EQUITATIVAS. Tesis aislada. Materia(s): constitucional, administrativa. Novena época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. II, julio de 1995, tesis P. XXXII/95, p. 27.

¹⁷² *Cfr.* PROTECCIÓN A LA SALUD DE LOS NO FUMADORES EN EL DISTRITO FEDERAL. LAS OBLIGACIONES QUE PRESCRIBE LA LEY RELATIVA A CARGO DE LOS PARTICULARES IMPLICAN UN RÉGIMEN DE SOLIDARIDAD Y RESPONSABILIDAD Y NO UNA DELEGACIÓN DE

En suma podemos decir, estos fallos han contribuido en buena medida a desmitificar el argumento de que el DPS —como parte de los DESC— no es verdadero derecho justiciable. Pero también hay que reconocer que, aparte del inconveniente de tesis aisladas, estos casos representan sólo una mínima muestra a escala de la problemática ocasionada por un inadecuado servicio de atención médica que padecen muchos residentes en México.

Antes de concluir este capítulo, resulta ineludible comentar acerca de la eficacia de los mecanismos de tutela judicial del DPS.

En cuanto a las vías judiciales posibles para enjuiciar algún aspecto relacionado con la salud, podemos decir que en general funcionan adecuadamente. Si nos referimos específicamente al juicio de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales podemos decir que, por lo que respecta a la tutela del DPS, ya sea por violaciones relacionadas con la discriminación o la negativa de acceso de medicamentos, el resultado hasta ahora ha sido favorable. Aunque su limitada práctica se ha debido en buena medida a la falta de claridad para lograr su implementación.¹⁷³

Se puede decir que los jueces federales han adoptado criterios progresistas en favor de los afectados, por ejemplo, a pesar de que la Ley de Amparo prevé medidas cautelares sin efectos constitutivos, en múltiples ocasiones los jueces les han dado a estas medidas tales efectos y han llegado a ser hasta liberales para la acreditación de interés jurídico de los promoventes en los juicios.¹⁷⁴

Ahora bien, si nos referimos a eficacia en términos de aptitud para realizar el resultado pretendido con rapidez y economía,¹⁷⁵ entonces veremos los alcances limitados de las vías jurisdiccionales.

A las instancias judiciales se les tiene por gratuitas y teóricamente expeditas, mas sumado el pago de honorarios a los abogados litigantes y las erogaciones que se ofrecen a los funcionarios del juzgado para que den celeridad al proceso (debido a prácticas viciosas), entre otros gastos de bolsillo; hacen que las instancias judiciales sean poco eficaces para que los particu-

FACULTADES A SU FAVOR, EXCLUSIVAS DE LAS AUTORIDADES. Tesis aislada. Materia(s): administrativa. Novena época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXII, julio de 2005, tesis: 1.4o.A.491 A, p. 1494.

¹⁷³ Toebes, Brigit, “Derecho a la salud: codificación, implementación, justiciabilidad - Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, *Investigaciones*, Buenos Aires, vol. 3, núm. 3, 1999, pp. 639-644, p. 639.

¹⁷⁴ Morales, Pedro, *op. cit.*, nota 165, pp. 30 y 31.

¹⁷⁵ Bonifaz Alonso, Leticia, *El problema de la eficacia en el derecho*, México, Porrúa, 1999, pp. 3 y 4.

lares presenten reclamaciones para la defensa del derecho a la salud, lo que por supuesto envuelve la ya dicha falta de idoneidad de los recursos.

Si ponemos tan solo atención al juicio de protección de derechos fundamentales, hay que decir que independientemente de su impacto en las políticas públicas; por cuestiones técnicas —como el interés jurídico— pocos logran acceder a este mecanismo y si tomamos en cuenta la merma de salud del recurrente, el tiempo en que comúnmente se tarda el asunto hasta la resolución definitiva —2 a 3 años hasta concluir el juicio de amparo en revisión—, en la mayoría de los casos se pondría en riesgo de muerte al reclamante. Por otro lado, las demás formas de protección judicial que permiten la indemnización por los daños y perjuicios, serían insuficientes para combatir el amplio espectro de violaciones del DPS. Simplemente, para la exigencia de medicamentos, el plazo para el abasto es superado sobremanera por el tiempo en que tarda el juicio.

Además de lo anterior, el involucramiento de la sociedad es fundamental. Para llegar a niveles óptimos de eficacia, debe existir un número suficiente de miembros de la sociedad que crean y confíen en las normas como útiles, válidas y posibles. Aquí, la eficacia se vuelve un punto supremo para nuestra tambaleante democracia¹⁷⁶ en la que se sostiene la certeza jurídica, no meramente por el debate teórico-académico en sí; si no además porque de ello depende tanto la credibilidad de los gobernados en sus instituciones como la certidumbre al tan mencionado Estado de derecho, del cual pende ahora más que nuestra vida armónica en sociedad.

Ya no se puede meditar más en eficientizar o no los mecanismos de exigibilidad de los derechos sociales, antes bien habrá que reflexionar igualmente hasta que punto estos mecanismos o sus reformas de adecuación son acaso suficientes para corregir las fallas perpetradas en el sistema.

Establecer recursos justos y eficaces es un compromiso del Estado de conformidad con los acuerdos internacionales en materia de derechos humanos. Volvamos a las razones por las que se hizo indispensable el reconocimiento jurídico de derechos inmanentes a la existencia humana y por tanto previos; acaso no fue el afianzamiento y exigencia jurídicas de condiciones aberrantes que avasallaban la dignidad de seres humanos, qué sentido tiene el recoger un derecho constantemente violado en el contexto empírico, en un documento jurídico de gran trascendencia, para darle un tratamiento de buenas intenciones.

¹⁷⁶ Jori, Mario, *op. cit.*, nota 16, p. 114. Cohen, Joshua, “Procedimiento y sustancia en la democracia deliberativa”, *Metapolítica*, vol. 4, México, abri-junio 2000, pp. 24-47, p. 24.

Por último, queremos referirnos a los operadores clave en la justiciabilidad eficaz de derechos sociales y por ende al derecho a la salud. Los jueces y demás agentes jurisdiccionales tienen en su haber las herramientas que les da el constructivismo jurídico que requiere una dosis de imaginación en el pensamiento y expresión técnica-argumentativa, de manera que permitan hacer avanzar el derecho acorde a las exigencias de su momento histórico. La exigencia de este tiempo, les reclaman mayor voluntad política¹⁷⁷ y habilidad para impartir justicia, las pautas ya están dadas en las nutridas disposiciones y criterios internacionales.

VII. PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

1. *Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos*

En el Sistema Universal de Naciones Unidas, por lo que refiere al mecanismo previsto por el PIDESC, los DESC cuentan solamente con la protección que da el procedimiento de informes periódicos (artículos 16 y 17 PIDESC). Este procedimiento permite que el ECOSOC, a través del Comité, conozca los avances y dificultades en la implementación del Pacto, no exclusivamente de los Estados, sino también de los organismos especializados de Naciones Unidas, como sería la OMS.¹⁷⁸

Al no contar con un procedimiento para denuncias individuales para los DESC, como sí lo estipula el primer Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 1o.), el control y defensa

¹⁷⁷ Las normas existentes conminan a los tribunales de justicia a tomar un rol vital en la eficacia del extenso catálogo de derechos sociales. Rossi, Julieta, “Los derechos económicos, sociales y culturales. Los tribunales de justicia y órganos Internacionales de protección de derechos humanos en cuestión de voluntad política”, en Cantón, Octavio y Corcuera, Santiago (coords.), *Derechos económicos, sociales y culturales*, México, Porrúa-Universidad Iberoamericana, 2004, pp. 81-108, pp. 86 y 96. Sepúlveda, Magdalena, “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales frente a la supuesta dicotomía entre las obligaciones impuestas por los Pactos de Naciones Unidas”, en Cantón, Octavio y Santiago Corcuera (coords.), *Derechos económicos, sociales y culturales*, México, Porrúa-Universidad Iberoamericana, 2004, pp. 109-148, p. 119.

¹⁷⁸ Buergenthal, Thomas, “Derecho e instituciones internacionales sobre derechos humanos”, *El derecho a la salud en las Américas: estudio constitucional comparado*. Washington, D.C., Organización Panamericana de la Salud, coordinado por Hernán L. Fuenzalida-Puelma y Susan Scholle Connor, Publicación Científica, 509, 1989, pp. 3-15, p. 8 y ss.

de los DESC es más endeble. También ha de decirse que hay exitosas experiencias en este rubro, adquiridas por órganos diversos de derechos humanos del Sistema Universal de Naciones Unidas.¹⁷⁹

Para remediar la actual imposibilidad de presentar peticiones individuales y con el propósito de aumentar la protección de los derechos previstos en el PIDESC, en 1996 se propuso un proyecto de Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Proyecto que hasta el 2000, estuvo en escrutinio por la comunidad internacional; hacia el 2004, se estableció un grupo de trabajo para que revisara el tema. Durante las sesiones de trabajo se han hecho manifiestas las posturas de los diferentes países, mientras unos, como México, empuja fuertemente para que se inicie el borrador; otros, como EUA, Canadá, Australia, Reino Unido, Polonia, República Checa o Noruega, se muestran reticentes. La falta de consenso no ha permitido avanzar en la creación del Protocolo.¹⁸⁰

2. Sistema Regional Americano de Protección de Derechos Humanos

De los Sistemas Regionales de Protección de Derechos Humanos, por el ámbito de aplicación, es de nuestro interés el de la Organización de Estados Americanos (OEA).¹⁸¹

¹⁷⁹ Para obtener la referencia de los casos *cfr. Los derechos económicos, sociales y culturales. Situación de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos*, segundo informe del señor Hatem Kotrane, experto independiente encargado de examinar la cuestión de un proyecto de Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. E/CN.4/2003/53, del 13 de enero de 2003, párrafos 41-49. La Comisión de Derechos Humanos y Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías de Naciones Unidas, mediante el procedimiento público 1235 han protegido igualmente el derecho a la de salud a partir de la tutela a un ambiente sano. *Cfr. Toebes, Brigit, op. cit.*, nota 173, pp. 641 y 642.

¹⁸⁰ Para conocer el sentido de los argumentos entre los distintos grupos *cfr. Sepúlveda, Magdalena*, “La necesidad de adoptar un Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, México, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, México-Comisión Europea, 2005, pp. 253-277, pp. 268-276. Gómez Camacho, Juan José, “La propuesta de crear un Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, México, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, México/Comisión Europea, 2005, pp. 241-251, pp. 244- 248.

¹⁸¹ Sobre el Sistema Interamericano se ha escrito mucho, por lo que para llegar a la revisión de la protección jurisdiccional de los DESC contextualizaremos sucintamente algunos datos. El primer sistema regional surgió en Europa occidental con la Convención Europea de los Derechos Humanos, hacia 1950. Con base en este modelo se erigió el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Sobre el origen y evolución del sistema interamericano véase

Los textos jurídicos fundamentales que le dan vida y funcionamiento a la OEA son básicamente: la Carta de la Organización de los Estados Americanos de 1948; la DADDH y la CADH.

La DADDH incorpora derechos como la salud, la educación, los beneficios de la cultura, el trabajo y la seguridad social (artículos XI, XII, XIII, XIV y XVI), y la CADH la prescribe en el capítulo III, relativo a los derechos económicos, sociales y culturales, la obligación de garantizar el goce progresivamente (artículo 26).¹⁸² Ante la necesidad de dar mayor fuerza y puntualizar el reconocimiento y protección de cada derecho más allá de la mera progresividad con la que identifica a los DESC, se hizo indispensable el Protocolo de San Salvador, a fin de que este nuevo instrumento jurídico vinculante hiciera posible la protección de los DESC de forma más eficiente.

A diferencia de la DADDH, la CADH ya identifica los mecanismos y los órganos de protección de los derechos reconocidos en ella: la Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos (artículo 33 CADH).

El régimen jurídico de la Comisión Interamericana se ha ido adicionando y fortaleciendo, al grado de que se le otorgó legitimidad institucional para la protección y vigilancia de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales recogidos tanto en la Declaración como de la Convención (artículo 41 CADH y 1o. del Estatuto de la CIDH).

La Corte por su parte, tiene como objetivo la interpretación y aplicación de las disposiciones de la CADH siempre que los Estados hayan aceptado su jurisdicción, ya sea mediante resolución de casos litigiosos (justiciabilidad propiamente dicha, artículo 62.3 CADH) o mediante la interpretación consultiva (artículo 64 CADH).

En tratándose de la protección de los DESC, el Sistema Interamericano también prevé la recepción de informes periódicos (artículos 42 y 43 de la

Becerra Ramírez, Manuel, "México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Estudios en Homenaje a don Manuel Gutiérrez de Velasco*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 77-100, pp. 77-82.

¹⁸² La priorización de los derechos civiles sobre los DESC dio como resultado la adopción del principio general de "progresividad" plasmado en el artículo 26 CADH, inspirado en el artículo 2 del PIDESC. Pinto, Mónica, "Los derechos económicos, sociales y culturales..." *op. cit.*, nota 4, pp. 34 y 35. Acerca de la protección de los DESC por la CADH, véase Salvio, Fabián, "La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de derechos humanos", *Revista IIDH*, San José, Costa Rica, núm. 39, enero-junio, 2004, pp. 101-167, pp. 108 y 109.

CADH y 19.1 del Protocolo de San Salvador); no obstante, se le critica que esta forma de supervisión no opera sobre bases regulares.¹⁸³

Por otro lado, el artículo 44 de la CADH y el Protocolo de San Salvador en su artículo 19.6, permiten presentar peticiones individuales ante la Comisión, quien resuelve mediante un procedimiento amistoso (artículo 48 CADH)¹⁸⁴ y posibilita la vía jurisdiccional ante la Corte.

De no llegar a un acuerdo entre las partes, la Comisión esta facultada para examinar las pruebas presentadas y prepara en un informe las recomendaciones a las que tal denuncia diera lugar. Si pasados tres meses de hecha la recomendación aún no se hubiese dado solución al problema, y si el Estado en cuestión hubiera previamente aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana,¹⁸⁵ la Comisión o el Estado interesado puede llevar el caso ante la Corte (artículos 51 y 61 CADH). A pesar de la enorme importancia que esta instancia representa para la justiciabilidad de los DESC, el mismo Protocolo explícitamente la acota a cuestiones relacionadas con el derecho a la educación y derechos de libertad sindical (artículos 8o., 13 y 19.6 del Protocolo de San Salvador).

Ya se ha discutido mucho acerca de la inadecuación de los mecanismos vigentes para la implementación de los DESC. Los señalamientos desde distintos sectores han apuntado la necesidad de ampliar las posibilidades para acceder a las peticiones individuales respecto de los demás derechos. Por ahora, queda en lo posible vincular al resto de los DESC con los derechos expresamente justiciables.¹⁸⁶

Por esta razón se hace pertinente el uso de estrategias indirectas para justiciar el resto de los DESC. Conocemos que el derecho a la *no discriminación* es uno de los más recurridos para este propósito (artículos 1o. y 24 de la CADH). Como ya lo expresamos, piénsese también que el derecho a la *integridad personal* (artículo 5o. CADH) que protege la prohibición de tratos crueles, inhumanos y degradantes puede directamente relacionarse con

¹⁸³ Cfr. Ventura Robles, Manuel E., *op. cit.*, nota 43, p. 130.

¹⁸⁴ Algunos casos sobre DESC resueltos ante la CIDH son: María Eugenia Morales de Sierra, el caso Jorge Odir Miranda o el caso de la Tribu Ache. Cfr. Salvioli, Fabián, *op. cit.*, nota 182, pp. 145-147.

¹⁸⁵ México reconoció la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con fecha 16 de diciembre de 1998 Cfr. CIDH, *Reconocimiento de la jurisdicción de la Corte*, OEA. Consulta en línea disponible en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/4534.pdf>, realizada el 4 de noviembre de 2006. Concerniente a la "cláusula petrea" en Salvioli, Fabián, *op. cit.*, nota 182, p. 155.

¹⁸⁶ García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, nota 47, p. 143.

la defensa del derecho a la protección de la salud.¹⁸⁷ Tampoco hay obstáculos para esgrimir violación a la amplitud de la garantía del *debido proceso* (artículo 8o. CADH); incluso el derecho a la *protección judicial* (artículo 25 CADH) puede ser otra forma eficaz de protección. Recordemos que hay interdependencia entre unos y otros derechos; que hay deberes comunes a todos los derechos humanos como son las obligaciones generales bajo las cuales se pueden contemplar los DESC (artículo 1o. y 2o. del Protocolo de San Salvador), y que las divisiones históricas entre DESC y derechos civiles tienden a ser más difusas.

El Sistema Interamericano brinda amplias oportunidades para justiciar los DESC en virtud a su amplitud *ratione materiae*, al dinamismo que ofrecen los mecanismos de promoción, a las medidas cautelares y de reparación, entre otras.¹⁸⁸ A pesar de ello, son escasas las consultas en materia de DESC ante la Corte, aunque de manera indirecta, ha tomado algunos aspectos relacionados en su función consultiva (por ejemplo OC-18/03 mencionada *supra* nota 43).

Sin embargo, nuestro interés se centra en la función jurisdiccional de la Corte, que dicho sea de paso, también tiene una escasa jurisprudencia al respecto, debido a la reciente vigencia del Protocolo de San Salvador.

Algunos casos ilustrativos y más recientes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de DESC son:

El caso *Villagrán Morales y otros (Caso de los “Niños de la Calle”)*,¹⁸⁹ se aprecia el análisis y las consideraciones sobre “vida digna”, noción a la que incorporan satisfactores básicos de carácter económico y social. En este

¹⁸⁷ Máxime cuando se trata de enfermos mentales en condiciones deplorables. En el caso *Víctor Rosario Congo* (Informe 63/99), la CIDH concluyó que Ecuador había violado la integridad física, la vida y la protección judicial porque a pesar del trastorno mental de la víctima, se había mantenido incomunicado, bajo condiciones deplorables y sin tratamiento médico, lo que equivalía a un trato inhumano prohibido por el artículo 5.2 de la CADH. Véase Vásquez, Javier, “El derecho a la salud”, *Revista IIDH*, San José, Costa Rica, núm. 40, julio-diciembre 2004, pp. 265-289, p. 274. Asimismo “Los Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y la Mejora de los Servicios de Salud Mental” (principios 2 y 3) y “Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos”, párrafo 82.

¹⁸⁸ Acerca de las ventajas para la exigibilidad judicial de los DESC en el Sistema Interamericano, véase Melish, Tara, “El litigio supranacional de los DESC: avances y retrocesos en el Sistema Interamericano”, *Derechos económicos, sociales y culturales*, México, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos-Comisión Europea, 2005, pp.173-219, pp. 175-186.

¹⁸⁹ Corte IDH, *Caso Villagrán Morales y otros (Caso de los “Niños de la Calle”)*, Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C, núm. 63, párrafos 2-4, 6 y 7, 139 y 144. *Ibidem*, p. 196.

abordaje la Corte subraya que la protección del derecho a la vida es más que simplemente no ser privado arbitrariamente de ella (artículo 4o. CADH); sino también que se le permita a la persona prestaciones que le aseguren esa existencia. Vemos que la Corte se inclina por consideraciones anchas en vez de acentuar con precisión cada uno de los derechos insertos en el “proyecto de vida”: salud, vivienda, educación de los niños de la calle.

En el caso *Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay* de 2004,¹⁹⁰ (también relacionado con la salud y la educación) se concluye la violación al derecho a la vida y la integridad corporal, pero se percibe una protección más completa. La infracción se había perpetrado por un centro de detención para menores que se encontraba en condiciones totalmente inadecuadas para su propósito. Por lo que concierne al cumplimiento de la sentencia, la Corte ordena al Estado elaborar una política en la materia, con la plena participación de la sociedad. En esa medida debía incluirse programas de salud y educación para los internos. Y en cuanto a las reparaciones, se precisa dar tratamiento médico, psicológico, vocacional y educacional a las víctimas.

Un asunto notable que representa un avance en la justiciabilidad de los derechos de los pueblos indígenas, fue el caso *de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*,¹⁹¹ controversia que se llevó por violación al derecho de propiedad ventilándose cuestiones sobre el vínculo ancestral entre el territorio y su gente, lo que permitió la justiciabilidad del derecho a un medio ambiente sano y los derechos culturales de la comunidad indígena. La litis se centraba en la concesión que el Estado hizo a un tercero para la extracción de madera, la cual invadió el territorio de la comunidad indígena. La Corte consideró que el no tener una demarcación clara y aún así conceder la utilización a un tercero, el Estado violaba el derecho al uso y goce de propiedad (artículo 21 de la CADH). Lo interesante es que se vierten consideraciones al derecho de propiedad de manera colectiva: identidad, cultura, etcétera

Un caso relacionado con el derecho a establecer sindicatos, es el caso *Huilca Tecse vs. Perú*.¹⁹² El gobierno acepta la responsabilidad por la ejecución del líder sindical Pedro Huilca durante la tramitación del juicio. De

¹⁹⁰ Corte IDH, *Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay*, Sentencia del 2 de septiembre de 2004, Serie C, núm. 112, párrafos 316-321 y 340-341.

¹⁹¹ Corte IDH, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Sentencia del 31 de agosto de 2001, Serie C, núm. 7., párrafos, 149, 156-157.

¹⁹² Corte IDH, *Caso Huilca Tecse vs. Perú*. Sentencia del 3 de marzo de 2005, Serie C, núm. 121, párrafos 77 y 78.

manera, que aunque deshecha la litis, la Corte realiza consideraciones del derecho a la vida y asociación. En cuanto al derecho de asociación, se había violado individual y socialmente, pues la ejecución del líder, impactaba (desalentaba) en la libertad de asociación de los grupos.

Finalmente comentaremos el *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*¹⁹³ que tiene que ver con el derecho a la seguridad social. Este caso es muy interesante por varios aspectos. La protección al derecho social a la pensión se amparó a través del derecho de propiedad y protección judicial (artículos 21 y 25 CADH). Las pensiones de las víctimas habían sido reducidas a una quinta parte en virtud de una ley, aduciendo regularizar el sistema de pensiones. La Corte concluyó que tal medida violaba el “derecho adquirido a una pensión”, ordenándole al Estado restituyera a los afectados los montos retenidos de las pensiones. Otro aspecto trascendente de este asunto es el pronunciamiento sobre la progresividad que hace la Corte, referida en el artículo 26 de la Convención Americana. Los demandantes sostuvieron que la ley implicaba un retroceso injustificado del derecho a la seguridad social. En cambio la Corte, dijo que el desarrollo progresivo se debe medir en función a la creciente cobertura de los DESC en general en la población, y la pensión y seguridad social en particular. De manera que para considerar la regresividad habría que considerar más que un grupo limitado de pensionistas, que no necesariamente representan una situación prevalente.

Por último hay que decir, que el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos definitivamente a mejorado. Una de las trascendentes adecuaciones para llegar a una mejor impartición de justicia ha sido la reciente reforma al Reglamento Interior de la Corte, donde extiende el *locus standi* a las víctimas ya no sólo a la etapa de reparaciones, sino a todo el proceso; asegurando así el principio de contrariedad (artículo 23 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos).¹⁹⁴ Por otro lado, aparte de las limitantes anotadas, es de señalar que la CADH no prevé un mecanismo formal para ejecutar las decisiones de la Corte en caso de la negativa de los Estados. Sin duda esta problemática ha hecho que el “cumplimiento de las sentencias de los tribunales internacionales” sea uno más de los retos para los derechos humanos

¹⁹³ Corte IDH. *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*. Sentencia del 28 de febrero de 2003. Serie C, núm. 98, párrafos 146 y 147.

¹⁹⁴ Caçado Trindade, Antônio Augusto, “El derecho al acceso a la justicia internacional y las condiciones para su realización en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos”, *Revista IIDH*, San José, Costa Rica, núm. 37, enero-junio 2003, pp. 53-83, pp. 70, 72 y 73. Esta apertura de legitimidad es incluso mayor a la del sistema europeo. García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, nota 47, p. 146.

en la actualidad. La Corte no puede imponer coactivamente sus resoluciones, tan sólo tiene la función de divulgación, que sin duda tiene impacto en la opinión pública.¹⁹⁵

En el caso de México, el artículo 11 de la Ley de Celebración de Tratados (*DOF* 2 enero de 1992) previene que las sentencias de los tribunales internacionales tendrá validez en el territorio mexicano y podrán usarse como prueba de conformidad con el Código Federal de Procedimientos Civiles. Esto conlleva no únicamente a aumentar la eficiencia en el territorio mexicano de las sentencias dictadas por tribunales internacionales, sino también hace obligatorio para los jueces del reconocimiento de la jurisprudencia invocada por las partes.¹⁹⁶

Para cerrar, podríamos decir que la implementación de formas reales de protección de los DESC, tanto en los sistemas internacionales de protección como en el fuero interno mexicano, es en general fragmentada.¹⁹⁷

VIII. CONCLUSIONES

Los derechos económicos, sociales y culturales, al igual que los demás derechos humanos, son producto de reivindicaciones históricas. La opresión de la burguesía sobre el pueblo trabajador condujo a la gestación de los primeros derechos sociales llegándose así al constitucionalismo social. Aunque ello posibilitó nueva legislación en esferas antes vedadas, lo cierto es que los derechos sociales no fueron planteados con los mismos criterios de eficacia que se les dio a los derechos tradicionales.

A pesar de lo ganado, sigue habiendo manifiestas reticencias por los derechos económicos, sociales y culturales como verdaderos derechos, sin embargo se continúa pugnando por su adecuado redimensionamiento en donde se inserten mecanismos idóneos para su protección, no sólo frente al Estado sino también frente a los particulares.

En la exigibilidad de las obligaciones derivadas de los derechos sociales, el juez tiene un papel fundamental para su desarrollo, al aplicar e interpretar el derecho vigente. Aquí la vía judicial se vuelve especialmente apre-

¹⁹⁵ García Ramírez, Sergio, *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, p. 45. Cançado Trindade, Antônio Augusto, *op. cit.*, nota 194, pp. 62-64.

¹⁹⁶ *Cfr.* Becerra Ramírez, Manuel, *op. cit.*, nota 181, p. 95.

¹⁹⁷ Toebes, Brigit, *op. cit.*, nota 173, p. 640.

ciable debido a sus rasgos de obligatoriedad, sanción y coacción. En México se adolece de una teoría constitucional suficientemente fortalecida, el Poder Judicial en este sentido ha tenido una actuación más retórica que efectiva.

Para el juzgador, al igual que para los demás operadores jurídicos, se precisa el conocimiento sobre la aplicación y alcance de los instrumentos jurídicos, jurisprudencia y demás guías de interpretación sobre la implementación de los derechos económicos, sociales y culturales.

A pesar de las extendidas dificultades para su tutela, ya se han tendido logros encomiables ante los tribunales de justicia (sin que ello postergue la adecuación de los mecanismos de tutela); en específico porque como hemos dicho, todos los DESC tienen algún aspecto exigible y hay una interconexión entre todos los derechos humanos. Esto ha sido gracias a una visión más garantista del derecho. Lamentablemente esta visión no es una constante, ni está presente en las teorías y prácticas vigentes en los diversos sistemas jurídicos; se requiere una reorientación del discurso jurídico que ponga en una dimensión equilibrada las más elevadas obligaciones para con la sociedad.

Definitivamente todos estamos involucrados en este cometido. El desconocimiento de los gobernados de cómo operan sus derechos sin duda ha afectado su empoderamiento para exigir a los obligados el cumplimiento de deberes que se trasladan en medidas positivas. Entre mayor información se de a la sociedad, entre más expertos sean los jueces, entre más asuntos sean planteados por los litigantes, todos estaremos cooperando sinérgicamente hacia la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. De modo que los ejes fundamentales del discurso son, de inicio, fortalecer el proceso de información relacionada con los mencionados derechos y, por supuesto, optimizar los mecanismos de justiciabilidad que lleven a reforzar la responsabilidad de las obligaciones derivadas, que se adecuen los patrones jurídicos tradicionales que limitan la tutela adecuada de derechos sociales que protegen intereses colectivos, de manera que se vaya revirtiendo el descuido y la inacción con la que se observaban. Ciertamente se ha iniciado la ola de transformaciones, pero se debe continuar con mayor resolución y México no debe quedarse atrás.

Por lo que concierne al derecho a la protección de la salud, en México la reforma constitucional al artículo 4o. sentó las bases jurídicas para dar viabilidad a su protección universal. Desde entonces, se puede observar que las condiciones de salubridad en México han mostrado, en general, una mejoría. En el plano eminentemente jurídico, se han establecido vías de carácter

judicial, pero en la práctica tienen muchas limitaciones, que se traducen en una vigencia incompleta del derecho o implementación fragmentada.

En el plano internacional, si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos puede conocer de ciertas violaciones, éstas no son directamente por transgresiones al derecho a la protección de la salud, aunque indirectamente puede reivindicarse mediante derechos conexos. Ante tales circunstancias además de las propuestas para avanzar en los mecanismos de justicia; hay que, mientras tanto, apelar a la creatividad jurídica, con la guía de experiencias exitosas en el derecho internacional y comparado, para construir puentes que permitan la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.

Con todo, no habrá de olvidarse mirar de cerca las estructuras socio-políticas que generan desigualdad, pobreza, marginación o desempleo para atacar los problemas de fondo.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor, “Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Los derechos humanos y la globalización: avances y retrocesos*, Lima, Comisión Andina de Juristas.
- y CURTIS, Christian (comps.), “Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales”, *Derechos sociales, instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2003.
- , “El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible”, *La Ley. Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, año LXX, núm. 19, 25 de junio del 2001.
- , “Interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos por los órganos internos: el caso de las obligaciones estatales en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, en CANTÓN, Octavio y CORCUERA, Santiago (coords.), *Derechos económicos, sociales y culturales*, México, Porrúa/ Universidad Iberoamericana, 2004.
- , *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 1a. reimp., trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ALONSO, Luis Enrique, “El avance del determinismo económico y la crisis de la sociedad del trabajo. Una interpretación sobre el relativo declive de

- la sociología del trabajo”, *Sistema, Revista de Ciencias Sociales*, Madrid, 1997, núms. 140-141.
- AÑÓN ROIG, María José y GARCÍA AÑÓN, José María (coords.), *Lecciones de derechos sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.
- BECERRA RAMÍREZ, Manuel, “Derecho Internacional Público”, *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, Porrúa-UNAM, 2002, vol. X,
- , “México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Estudios en Homenaje a don Manuel Gutiérrez de Velasco*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2003.
- BEETHAM, David (ed.), “What Future for Economic and Social Rights?”, *Political Studies, Special Issue, Politics and Human rights*, Published for the Political Studies Association by Blackwell Publishers, 1995, vol. 43.
- BOJÓRQUEZ, Juan de Dios, *Crónica del Constituyente*, México, Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, 1992.
- BONIFAZ ALONSO, Leticia, *El problema de la eficacia en el derecho*, México, Porrúa, 1999.
- CABRERA ACEVEDO, Lucio, “La tutela de los intereses colectivos o difusos”, *XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Mexicano de Derecho Procesal, 1993.
- CAMPELL, Tom, *Justice*, 2a. ed., China, St. Martins Press, 2001.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, “El derecho al acceso a la justicia internacional y las condiciones para su realización en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos”, *Revista IIDH*, San José, Costa Rica, núm. 37, enero-junio 2003.
- , “El desarraigo como problema de derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal”, *Revista IIDH*, San José, Costa Rica, núm. 40, julio-diciembre 2004.
- CARBONELL, Miguel, “Breves reflexiones sobre los derechos sociales”, *Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, México, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, México/Comisión Europea, 2005.
- , “El derecho de acceso a la información y el Poder Judicial de la Federación”, *Derecho Comparado de la Información*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Fundación Honrad Adenauer, Comisión Estatal de Acceso a la Información Pública de Sinaloa, núm. 3, enero-junio 2004.

- , “La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli”, *Garantismo*, Madrid, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Trotta, 2005.
- , “La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli”, *Garantismo*, Madrid, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Trotta, 2005.
- , *Los derechos fundamentales en México*, México, UNAM-Porrúa/CNDH, 2005.
- CIANCIARDO, Juan, “Máxima de razonabilidad y respeto de los derechos fundamentales en persona y derecho, España, 1999.
- COHEN, Joshua, “Procedimiento y sustancia en la democracia deliberativa”, *Metapolítica*, vol. 4, México, abril-junio 2000.
- COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL DISTRITO FEDERAL, *Compilación de instrumentos jurídicos en materia de no discriminación*, México, CDHDF, 2004, ya sea en texto impreso o CD-ROM.
- COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Manual para la calificación de hechos violatorios de Derechos Humanos*, México, CNDH, 1998.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, “El papel de los abogados y la necesidad de una teoría de la constitución para México”, en FIX-FIERRO, Héctor (ed.), *Del gobierno de los abogados al imperio de las leyes. Estudios sociojurídicos sobre educación y profesión jurídicas en el México contemporáneo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.
- , “Sobre la eficacia de los derechos sociales”, *Derecho y Cultura*, invierno 2002-2003.
- , *La Suprema Corte y la teoría constitucional*, núm. 11, 4 de noviembre de 1999, México (revisar la cita completa según la clasificación: H750. 113 C756S. DC 043187).
- , “La jurisdicción de contenido social en México”, *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas, Derecho procesal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988, t. III.
- CURTIS, Christian, “La aplicación de tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos y la protección jurisdiccional del derecho a la salud en Argentina”, *Derechos económicos, sociales y culturales*, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, México, Unión Europea-Secretaría de Relaciones Exteriores, 2005.
- DARÍO GARCÍA, Juan, “Los mecanismos de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales y evaluación de la política pública en

- Colombia”, *Los derechos humanos y la globalización: avances y retrocesos*, Lima, Comisión Andina de Juristas, 2003.
- DHOMMEAUX, J., “La contribution du Comité des Droits Économiques, Sociaux et Culturels des Nations Unies à la protection des droits économiques, sociaux et culturels”, *Annuaire Français de Droit International*, Paris, Editions du CNRS, 1994, vol. XL.
- DÍEZ PICAZO, Luis María Gimenez, “Notas de derecho comparado sobre la independencia judicial”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 12, núm. 34, enero-abril 1992.
- 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.
- ESTRADA ALEXEI, Julio, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi, “Derechos fundamentales”, en FERRAJOLI, Luigi *et al.* (eds.), en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.
- , “Iuspositivismo crítico y democracia constitucional”, *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Isonomía*, México, núm. 16, abril 2002.
- , “Los derechos fundamentales en la teoría del derecho”, en FERRAJOLI, Luigi *et al.* (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.
- , *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, 4a. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez *et al.*, Madrid, Trotta, 2000.
- , *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 4a. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Geppi, Madrid, Trotta, 2004.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Juicio de amparo mexicano y anteproyecto de código modelo de procesos colectivos para Iberoamérica (a propósito del interés legítimo)”, en GIDI, Antonio y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, México, Porrúa, 2003.
- , “Acceso a la justicia de los intereses de grupo. Hacia un juicio de amparo colectivo”, *Estudios en homenaje a don Manuel Gutiérrez de Velasco*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.
- FIX-FIERRO, Héctor y LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio, “El acceso a la justicia en México, una reflexión multidisciplinaria”, en VALADÉS, Diego y GUTIÉRREZ RIVAS, Rodrigo (coords.), *Justicia. Memoria del IV Congreso Na-*

- cional de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, t. 1.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Hacia una nueva Ley de Amparo”, *Estudios en homenaje a Don Manuel Gutiérrez de Velasco*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.
- , “La evolución del derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas”, *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Universidad San Carlos III de Madrid, Madrid, Boletín Oficial del Estado, año 1, febrero-octubre 1993.
- FOLEY, Conor, *Combating Torture. A Manual for Judges and Prosecutors*, Essex, Human Rights Centre/University of Essex, 2003.
- FUENZALIDA-PUELMA, Hernán L. y SCHOLLE CONNOR, Susan (coords.), “Análisis y Reflexiones”, *El derecho a la salud en las Américas, Estudio constitucional comparado*, Washington, D.C., Organización Panamericana de la Salud, Publicación Científica, núm. 509, 1989.
- FUNDACIÓN MEXICANA PARA LA SALUD, “Paquete universal de servicios esenciales de salud”, *Economía y Salud*, México, Funsalud, marzo 1994, vol. 11.
- , en FRENK, Julio (ed.), *Observatorio de la salud*, México, Funsalud, 1997.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 9, julio-diciembre 2003.
- , *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001.
- GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, José, “La justificación del Estado de bienestar: ¿una nueva concepción de los derechos humanos?”, *Los derechos económicos, sociales y la crisis del Estado de bienestar*, Córdoba, Etea, 1996.
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *El derecho procesal constitucional y los derechos humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1995.
- HENDERSON, Humberto, “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine”, San José, Costa Rica, *Revista IIDH*, núm. 39, enero-junio, 2004.

- HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, María del Pilar, *Mecanismos de tutela de los intereses difusos y colectivos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997.
- HUERTA OCHOA, Carla, “La acción de inconstitucionalidad como control abstracto de conflictos normativos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. 36, núm. 108, diciembre 2003.
- ISLAS COLÍN, Alfredo, “El gobierno de los jueces y la supremacía del derecho internacional”, *Las Grandes decisiones de los jueces*, Instituto de la Judicatura Federal, Escuela Judicial, 2000.
- JORI, Mario, “Ferrajoli sobre los derechos”, en FERRAJOLI, Luigi *et al.* (eds.) *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 105-137.
- KELSEN, Hans, *¿Qué es la justicia?*, 7a. ed., trad. de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 1997.
- KUMATE, Jesús y SOBERÓN, Guillermo, *Salud para todos ¿utopía o realidad?*, México, El Colegio Nacional, 1989.
- LEARY, Virginia A., “Justiciabilidad y más allá: procedimientos de quejas y el derecho a la salud”, *La Revista*, Ginebra, Suiza, Comisión Internacional de Juristas, 1995, núm. 5.
- MOCTEZUMA BARRAGÁN, Gonzalo y PRIETO SIERRA, María Julia, “El derecho a la protección de la salud, *Memoria del IX Simposio, Revista CONAMED*, vol. 10, núm. 1, enero-marzo 2005.
- MONTIEL ROMERO, Lucía, “El derecho a la salud en México. Un análisis desde el debate teórico contemporáneo de la justicia sanitaria”, *Revista IIDH*, San José, Costa Rica, núm. 40, julio-diciembre 2004.
- MORALES, Pedro, “Las personas con VIH-Sida y su derecho a medicamentos”, *Los derechos de las personas con VIH y enfermos de Sida*, fascículo 8 de la Colección Prevención de la Violencia, Atención a Grupos Vulnerables y los Derechos Humanos, México, CNDH, 2003.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, “Atención primaria de la salud: una primera evaluación” *Salud Mundial*, Ginebra, Suiza, OMS, noviembre 1983.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio *et al.*, *Garantía internacional de los derechos sociales*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales, 1990.

- , *Derechos sociales y positivismo jurídico*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, Instituto de Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, Dykinson, 1999.
- PÉREZ PORTILLA, Karla, *Principio de igualdad: alcances y perspectivas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.
- PINTO, Mónica, “Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el sistema universal y en sistema interamericano”, *Revista IIDH*, San José, Costa Rica, núm. 40, julio-diciembre 2004.
- PISARELLO, Gerardo, “Del Estado social legislativo al Estado constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales”, *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, Isonomía*, Instituto Tecnológico Autónomo de México, México, octubre 2001.
- , “Los derechos sociales en el constitucionalismo moderno: por una articulación compleja de las relaciones entre política y derecho”, *Derechos sociales y derechos de las minorías*, 29a. ed., México, Porrúa, 2001.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Derecho y justicia*, Madrid, Trotta, 1996.
- , *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1980.
- RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1985.
- ROBERTSON and J.C. Merrills, *Human Rights in the world: An introduction to the study of the international protection of human rights*, 3a. ed., Manchester, Manchester University Press, 1989.
- ROSSI, Julieta, “Los derechos económicos, sociales y culturales. Los tribunales de justicia y órganos Internacionales de protección de derechos humanos en cuestión de voluntad política”, en CANTÓN, Octavio y CORCUERA Santiago (coords.), *Derechos económicos, sociales y culturales*, México, Porrúa-Universidad Iberoamericana, 2004.
- SALVIOLI, Fabián, “La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de derechos humanos”, *Revista IIDH*, San José, Costa Rica, núm. 39, enero-junio, 2004.
- SANDOVAL TERÁN, Areli, “Los derechos económicos, sociales y culturales: el sistema universal y su implementación por parte del estado mexicano”, en CANTÓN, Octavio y CORCUERA, Santiago (coords.), *Derechos económicos, sociales y culturales*, México, Porrúa-Universidad Iberoamericana, 2004.
- , “Progresividad y creación de indicadores para medir el cumplimiento de los DESC en México”, *Derechos económicos, sociales y culturales*,

- Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos-Comisión Europea, 2005.
- SEPÚLVEDA, Magdalena, “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales frente a la supuesta dicotomía entre las obligaciones impuestas por los Pactos de Naciones Unidas ”, en CANTÓN, Octavio y CORCUERA, Santiago (coords.), *Derechos económicos, sociales y culturales*, México, Porrúa-Universidad Iberoamericana, 2004.
- SOBERÓN ACEVEDO, Guillermo, *et al.*, *El derecho constitucional a la protección de la salud*, México, Porrúa, 1983.
- TOEBES, Brigit, “Derecho a la salud: codificación, implementación, justiciabilidad-Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, *Investigaciones*, Buenos Aires, vol. 3, núm. 3, 1999.
- VALADÉS, Diego, “Un proyecto para garantizar el acceso a la justicia”, *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*, *Derecho procesal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988, t. III.
- VÁZQUEZ, Javier, “El derecho a la salud”, *Revista IIDH*, San José, Costa Rica, núm. 40, julio-diciembre 2004.
- VENTURA ROBLES, Manuel E., “Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista IIDH*, San José, Costa Rica, núm. 40, julio-diciembre 2004.
- VILLALBA VARGAS, Reinaldo, “Obligaciones de los Estados en relación con los derechos económicos, sociales y culturales”, en CANTÓN, Octavio y CORCUERA, Santiago (coords.), *Derechos económicos, sociales y culturales*, México, Porrúa-Universidad Iberoamericana, 2004.
- VILLAVERDE, Ignacio, “Un reto para la justicia constitucional”, en CARBONELL, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2003.
- ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, 1a. reimpr., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

Dos temas torales para los Derechos Humanos: acciones positivas y justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, editado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, se terminó de imprimir en febrero de 2008 en los talleres de REPRODUCCIONES Y MATERIALES, S. A. de C. V., Presidentes núm. 189-A, colonia Portales, C. P. 03300, México, D. F. El tiraje consta de 1,000 ejemplares.