

Manual sobre Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA)

CHRISTIAN COURTIS
COORDINADOR

TOMO II

Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Catalogación

PO
Q300.113
M368m

Manual sobre justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) / coordinador Christian Courtis ; esta obra estuvo a cargo de la Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ; presentación Ministro Arturo Zaldívar ; preámbulo Guillermo Fernández-Maldonado C. -- Primera edición. -- Ciudad de México, México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021.
1 recurso en línea (2 tomos : ilustraciones, cuadros ; 24 cm.)

En la portada: Derechos Humanos; Escuela Federal de Formación Judicial

Material disponible solamente en PDF.

Contenido: t.1. El papel de los jueces en la protección de los DESCAs en la división constitucional de poderes. Estado social constitucional, garantías y democracia : el papel de las garantías jurisdiccionales en la tutela de los derechos sociales / Gerardo Pisarello -- Jueces constitucionales, derechos sociales y economía : sobre la legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía / Rodrigo Uprimmy -- Los derechos sociales y los deberes de cuidado de la administración / José Roldán Xopa -- La deseable sinergia entre las comisiones de derechos humanos y el poder judicial en México en la protección de los DESCAs : propuestas de renovación para una relación inexistente / Julieta Morales Sánchez -- Fuentes de interpretación. Los principios constitucionales en materia de derechos humanos y su relación con los DESC / Sandra Serrano y Daniel Vázquez -- Los tratados internacionales de derechos humanos y su interpretación en sede internacional como fuente de aplicación de los DESCAs para los jueces mexicanos / Christian Courtis -- Los DESCAs en la Corte Interamericana y su trascendencia para el poder judicial mexicano / Eduardo Ferrer Mac-Gregor -- Treinta años de adjudicación de derechos sociales, económicos y culturales en Colombia / Natalia Ángel Cabo -- La experiencia argentina en materia de protección judicial de los DESCAs / Christian Courtis y Sebastián Tedeschi -- Principios, criterios y herramientas de interpretación y tutela. El núcleo mínimo vital de los derechos sociales / Leticia Morales -- El principio de razonabilidad en la tutela judicial de los DESCAs / Aniza García -- Aportes desde el DIDH sobre el principio de igualdad y no discriminación y los DESC / Silvia Serrano Guzmán -- La prohibición de regresividad en materia de DESCAs / Christian Courtis -- El valor de la metodología : claroscuros en la jurisprudencia mexicana en materia de derechos sociales / Roberto Lara Chagoyán -- El amparo al servicio de los derechos sociales : orientación para la acción / Francisca Pou Giménez -- La tensión entre interés legítimo y derechos sociales : una propuesta de solución / Juan Antonio Cruz Parceró -- t.2. Derechos, grupos de especial protección y situaciones de vulnerabilidad. La protección judicial del derecho a la salud : avances y ejemplos en perspectiva comparada / Laura Clérico y Liliana Ronconi -- Derecho a la educación : bases para su tutela judicial / Liliana Ronconi -- El derecho a una vivienda digna y adecuada : experiencias comparadas de tutela judicial / María Silvia Emanuelli y Carla Luisa Escoffé Duarte -- El derecho a la vivienda como derecho humano en la jurisprudencia argentina / Sebastián Tedeschi -- El enfoque de derechos de la protección social y su protección judicial / Magdalena Sepúlveda -- El derecho humano al agua / Rodrigo Gutiérrez Rivas -- Apuntes sobre el sentido y alcance del derecho a un nivel de vida adecuado / Dorothy Estrada Tanck -- Protección judicial del derecho al ambiente sano en México : avances y desafíos para el poder judicial / Astrid Puentes Riaño -- Judicialización de DESCAs y desigualdades estructurales : el caso de la desigualdad de género ante la SCJN / Tatiana Alfonso Sierra y Ana Micaela Alterio -- Pueblos indígenas, derecho al territorio y derechos sociales / Rodrigo Gutiérrez Rivas y Daniela Sánchez Carro -- Derechos humanos y desastres : los deberes del Estado y el poder judicial en su cumplimiento / María Paula Saffon y Mayra Ortiz Ocaña

ISBN 978-607-552-246-3

1. Derechos Humanos de segunda generación – Derecho a protección judicial – Derecho comparado – México 2. Protección de los Derechos humanos – División de poderes – Jueces 3. Principios constitucionales – Interpretación 4. Derecho internacional de los Derechos humanos 5. Derechos de los grupos en estado de vulnerabilidad I. Courtis, Christian, coordinador, autor de introducción II. Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, 1959- , escritor de prólogo III. Fernández-Maldonado C., Guillermo, escritor de prólogo IV. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Dirección General de Derechos Humanos
LC KGF3003

Primera edición: diciembre de 2021

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

Prohibida su reproducción total o parcial por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

El contenido de los documentos que conforman esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo de la Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño estuvieron al cuidado de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Manual sobre Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA)

CHRISTIAN COURTIS
COORDINADOR

TOMO II

Suprema Corte de Justicia de la Nación

Ministro Arturo Zaldívar
Presidente

Primera Sala

Ministra Ana Margarita Ríos Farjat
Presidenta

Ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá
Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena
Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo
Ministra Norma Lucía Piña Hernández

Segunda Sala

Ministra Yasmín Esquivel Mossa
Presidenta

Ministro Luis María Aguilar Morales
Ministro José Fernando Franco González Salas
Ministro Javier Laynez Potisek
Ministro Alberto Pérez Dayán

Dirección General de Derechos Humanos

Mtra. Regina Castro Traulsen
Directora General

Contenido

Tomo II

CUARTA PARTE

Derechos, grupos de especial protección y situaciones de vulnerabilidad

Capítulo XVII

La protección judicial del derecho a la salud:
avances y ejemplos en perspectiva comparada

<i>Laura Clérico y Liliana Ronconi</i>	739
I. Introducción.....	741
II. La salud como derecho.....	743
III. ¿Como deben interpretarse las obligaciones y el contenido del derecho a la salud? Cánones, contextos, desigualdades e interseccionalidades.....	745
IV. Obligaciones que surgen del contenido del derecho a la salud: pistas metodológicas.....	752
V. Derecho a la autonomía, salud sexual y salud (no) reproductiva	764
VI. Derecho a la Salud de las personas que viven con VIH	768

VII. Derecho a la salud y personas en situación de discapacidad ...	771
VIII. Vacunación.....	772
IX. Consideraciones finales	776
Bibliografía	776

Capítulo XVIII

Derecho a la Educación: bases para su tutela judicial

<i>Liliana Ronconi</i>	789
I. Introducción.....	791
II. ¿Qué implica hablar de igualdad en educación?.....	793
III. Mapeando el contenido del derecho a la educación y las obligaciones del Estado	796
IV. El derecho a enseñar y el derecho a aprender. Límites a la libertad de enseñanza.....	797
V. El derecho a recibir educación: derecho a aprender	804
VI. Asequibilidad	804
VII. Accesibilidad	808
VIII. Aceptabilidad	816
IX. Adaptabilidad	820
X. Conclusiones	823
Bibliografía	824

Capítulo XIX

El derecho a una vivienda digna y adecuada: experiencias comparadas de tutela judicial

<i>Maria Silvia Emanuelli y Carla Luisa Escoffré Duarte</i>	833
I. Introducción.....	835
II. El derecho a la vivienda adecuada en el derecho internacional: breve análisis de su desarrollo	838
III. Los desalojos forzosos	842
IV. El derecho a la vivienda y su interacción con la no discriminación.....	850

V. Personas sin hogar.....	852
VI. Decisiones de alto impacto institucional en materia de derecho a la vivienda.....	856
Bibliografía.....	859

Capítulo XX

El derecho a la vivienda como derecho humano en la jurisprudencia argentina

<i>Sebastián Tedeschi</i>	869
I. Introducción.....	871
II. Inclusión en un plan de vivienda.....	872
III. Vivienda, salud y discapacidad.....	880
IV. Vivienda y género.....	883
V. Desalojos.....	886
VI. Usurpaciones.....	893
VII. Procesos de relocalización.....	894
VIII. Mercado de Alquileres y derecho a la vivienda.....	897
Bibliografía.....	898

Capítulo XXI

El enfoque de derechos de la protección social y su protección judicial

<i>Magdalena Sepúlveda</i>	903
I. Introducción.....	905
II. Alcance y contenido del derecho.....	908
III. La protección judicial del derecho a la seguridad social.....	920
IV. Observaciones finales.....	938
Bibliografía.....	941

Capítulo XXII

El derecho humano al agua

<i>Rodrigo Gutiérrez Rivas</i>	947
I. Introducción.....	949

II. La determinación jurídica del contenido del derecho humano al agua en interpretación conforme con el derecho internacional de los derechos humanos	950
III. Obligaciones derivadas del derecho humano al agua	958
IV. Sentencias y pronunciamientos sobre el derecho humano al agua	962
V. Conclusiones	974
Bibliografía	975

Capítulo XXIII

Apuntes sobre el sentido y alcance del derecho a un nivel de vida adecuado

<i>Dorothy Estrada Tanck</i>	981
I. Introducción.....	983
II. El derecho a un nivel de vida adecuado como parte de los DESCAs.....	986
III. Contenido del derecho a un nivel de vida adecuado	991
IV. Aplicabilidad práctica: jurisprudencia y estándares normativos e interpretativos	995
V. Algunas reflexiones finales.....	1005
Bibliografía	1007

Capítulo XXIV

Protección judicial del derecho al ambiente sano en México: avances y desafíos para el Poder Judicial

<i>Astrid Puentes Riaño</i>	1013
I. Introducción.....	1015
II. Definición y marco legal del derecho al ambiente sano	1019
III. Elementos del derecho al ambiente sano.....	1025
IV. Desafíos para la efectividad del derecho al ambiente sano en el poder judicial.....	1051
Bibliografía	1054

Capítulo XXV

Judicialización de DESCAY desigualdades estructurales:

el caso de la desigualdad de género ante la SCJN

<i>Tatiana Alfonso Sierra y Ana Micaela Alterio</i>	1065
I. Introducción.....	1067
II. El principio de igualdad frente a las desigualdades de género ...	1069
III. Desigualdad estructural: la construcción de las categorías legítimas de diferenciación	1074
IV. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, los DESCAY y la perspectiva de género.....	1081
V. Reflexiones teóricas y conclusión.....	1103
Bibliografía	1107

Capítulo XXVI

Pueblos indígenas, derecho al territorio y derechos sociales

<i>Rodrigo Gutiérrez Rivas y Daniela Sánchez Carro</i>	1115
I. Introducción.....	1117
II. Consideraciones preliminares sobre los derechos de los pueblos	1120
III. Derecho al territorio y su relación con los derechos sociales ...	1127
IV. El reconocimiento del derecho al territorio indígena.....	1130
V. La noción del derecho al territorio en la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	1134
VI. Derechos económicos, sociales y culturales de los pueblos indígenas y adecuación cultural.....	1142
Bibliografía	1147

Capítulo XXVII

Derechos humanos y desastres. Los deberes del Estado y el papel del Poder Judicial en su cumplimiento

<i>María Paula Saffon y Mayra Ortiz Ocaña</i>	1157
I. Introducción.....	1159

II. Etapa anterior a la emergencia	1164
III. Etapa de emergencia.....	1175
IV. Etapa posterior a la emergencia	1185
V. Conclusión.....	1194
Bibliografía	1195

Cuarta Parte

**Derechos, grupos de
especial protección y situaciones
de vulnerabilidad**

La protección judicial del derecho a la salud: avances y ejemplos en perspectiva comparada*

Laura Clérico**

Liliana Ronconi***

* Agradecemos la lectura atenta, comentarios y sugerencias a Soledad Guzmán y Christian Courtis.

** Abogada (Universidad de Buenos Aires), Magister Legum (LLM.) y Doctora en Derecho (Dr. iur., Universidad de-Kiel, Alemania), investigadora del CONICET, Profesora de Derecho Constitucional (UBA), Profesora honoraria en derecho constitucional y derechos humanos (FAU, Universidad Erlangen-Nürnberg).

*** Doctora en Derecho, por la Universidad de Buenos Aires. Investigadora del CONICET con lugar de trabajo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja (Facultad de Derecho, UBA).

La protección judicial del derecho a la salud: avances y ejemplos en perspectiva comparada. I. Introducción; II. La salud como derecho; III. ¿Como deben interpretarse las obligaciones y el contenido del derecho a la salud? Cánones, contextos, desigualdades e interseccionalidades; IV. Obligaciones que surgen del contenido del derecho a la salud: pistas metodológicas; V. Derecho a la autonomía, salud sexual y salud (no) reproductiva; VI. Derecho a la Salud de las personas que viven con VIH; VII. Derecho a la salud y personas en situación de discapacidad; VIII. Vacunación-Consideraciones finales.

I. Introducción

El derecho a la salud ha sido consagrado, por la mayoría de las constituciones de la región latinoamericana¹ y por instrumentos internacionales de derechos humanos.² Reconocer seriamente la importancia de este derecho es fundamental para su aplicación en la labor cotidiana. Dado que de él depende en buena parte la garantía del goce efectivo del derecho en concreto, además de la irradiación que debe impregnar la interpretación del ordenamiento jurídico en todas las cuestiones relacionadas a este. Siguiendo esta línea, la Suprema Corte Mexicana ha resaltado el impacto del derecho internacional sobre los derechos humanos, en especial lo concerniente a cómo debe entenderse el derecho a la salud como parámetro de control constitucional, en tanto no sólo se integra con:

¹ Jung, Hirschl, *et al.*, “Economic and Social Rights in National Constitutions”, en *American Journal of Comparative Law* 62, pp. 1043-1094. V., Asimismo, Corte IDH, caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*, 8/3/2018, párr. 113 con referencia a normas constitucionales en 19 de los 23 países que han ratificado la Convención.

² Cf., Parra Vera, “The protection of social rights”, *The Latin American Casebook. Courts, constitutions, and rights*, Cf., Arango, *Realizando los derechos. Su filosofía y práctica en América Latina*, y Arango, *El concepto de derechos sociales fundamentales*; Clérico, Ronconi, *et al.*, *Tratado de derecho a la salud*.

- el artículo 4o. constitucional, sino también con
- el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —en adelante PIDESC—, aclarando que
- “según los estándares internacionales en la materia, incluidos los jurisprudenciales emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos³

Así, los estándares internacionales e interamericanos sobre el derecho a la salud no solo son una valiosa pauta de interpretación de la que se debe nutrir la aplicación en el orden interno, sino que además integran el parámetro de control constitucional de las normas, actos y omisiones. Este marco es el hilo conductor de nuestro capítulo. Sobre la base de esos estándares mostramos algunas estrategias claves para reforzar la protección judicial del derecho a la salud.⁴ Para ello, presentamos:

- los elementos básicos del derecho,
- las pautas de interpretación, para resaltar luego
- los avances en la región respecto de obligaciones inmediatas y progresivas que surgen del derecho a la salud.

De forma transversal, enfatizamos que la interpretación y aplicación del derecho a la salud requiere tener en cuenta los contextos ampliados y específicos⁵ en los que se plantea el caso. Todo ello para identificar si existen situaciones de asimetría de poder, que, por diversos factores, evidencian que el caso requiere ser tratado desde la desigualdad estructural e interseccional.

³ Ortiz Mena, “La justiciabilidad del derecho a la salud en México”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, pp. 337-338; Carbonell, J.; Carbonell, M. “¿Qué podemos hacer para mejorar el derecho a la protección de la salud en México? un diagnóstico y una propuesta”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, pp. 169-202.

⁴ Pou Giménez, “Los albores de la justiciabilidad del derecho a la salud en México: el caso Pabellón 13 (AR 378/2014)” en *Interamericanización de los DESCA. El caso Cuscul Pivara de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. pp. 501-502.

⁵ SCJN, *Protocolo para Evaluar con Perspectiva de Género*, México, 2020. Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2020-11/Protocoloparajuzgarconperspectivadegenero%28191120%29.pdf>

II. La salud como derecho

Cuando hablamos de derecho a la salud presuponemos, al menos, cuatro elementos básicos:⁶

sujetos titulares del derecho	sujetos obligados por el derecho
el objeto-prestación de los derechos	
las garantías de protección	

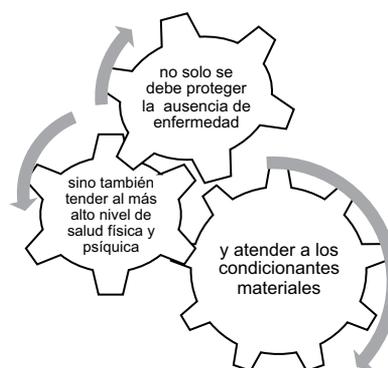
Cuadro núm. 1. Elaboración propia.

A. Sobre quién o quiénes son sujetos titulares del derecho a la salud

El sujeto titular del derecho es una persona o un conjunto de personas; por ejemplo, un colectivo, tal como podría ser una comunidad indígena.⁷ En el DIDH en general se encuentra el sujeto titular enunciado como *toda persona* o similar; mientras que en instrumentos específicos se habla de *mujeres* —CEDAW—, *niños y niñas* —CDN—, *personas con discapacidad* —CPDC—, entre otros.

B. Sobre el objeto-prestación

El objeto es el contenido o materia del derecho. El derecho a la salud consagrado es amplio en cuanto a su objeto:



⁶ Cf., Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*.

⁷ Comité DESC, Observación General Núm. 21, párr. 9.

Es decir, implica también aquella gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones materiales merced a las cuales las personas pueden acceder a la salud; tales como alimentación adecuada, vivienda, educación, acceso a agua potable y a condiciones sanitarias adecuadas, a condiciones de trabajo seguras y sanas, y a un medio ambiente sano.⁸ En este sentido, además de la amplitud del objeto y sus condicionantes materiales debe atenderse a la interdependencia de los derechos.⁹

C. Sobre los sujetos obligados y las obligaciones que surgen del contenido del derecho a la salud

Los sujetos obligados por el DIDH son los Estados. Por supuesto estos implican una multiplicidad de órganos —legislativo, ejecutivo, judicial— y agencias: el Estado nacional, los Estados federados o provinciales, el Estado municipal, sociedades estatales, personas de derecho público, entre otras. A su vez, en el ámbito de protección interna de los derechos, no solo el Estado en su multiplicidad es el sujeto obligado, también pueden serlo las empresas nacionales o multinacionales e incluso un sujeto particular. Del contenido del derecho surgen para los sujetos obligados dos tipos de obligaciones, las de no-intervención —obligaciones negativas—¹⁰ y las de hacer, —obligaciones positivas—¹¹ como para todos los derechos.

⁸ Cf., Comité DESC, Observación General Núm. 14. Sobre el punto v. Lema Añón, C., *Salud, justicia, derechos: el derecho a la salud como derecho social*.

⁹ Al respecto, V., Corte IDH caso *Lakha Honnat vs Argentina* donde se sostuvo “la interdependencia, autonomía e indivisibilidad de los DESC”. V. Ronconi, Barraco, “La consolidación de los DESC en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: reflexiones a propósito del caso Lhaka Honhat vs. Argentina”, en *Revista de la facultad de Derecho de la Universidad de la República*, Sobre este tema, en el ámbito interno, V., Cobo, Charvel. “Mexican apex judiciary and its multiple interpretations: Challenges for the constitutional right to health” en *I-CON* 1254-1282.

¹⁰ El derecho a la salud genera obligaciones de no intervención: un caso paradigmático lo representa la tenencia de estupefacientes para fines de consumo personal. Al respecto, la CSJN argentina sostuvo en el caso *Arriola* que la norma que penaliza la tenencia de estupefacientes para consumo personal es inconstitucional a la luz del principio de autonomía personal. En lo que podríamos llamar una postura intermedia, la Primera Sala de la SCJN mexicana precisó que el derecho a la salud debía entenderse en sentido amplio para incluir obligaciones a cargo del Estado para proteger a la población. Así, se determinó que el legislador puede emitir legislación que limite la libertad de las personas si ello redundaría en la protección de la salud, por lo que una ley que prohíba el consumo de ciertos productos considerados nocivos no resulta inválida por la única razón de interferir con la libertad de la persona de decidir sobre su cuerpo. Sin embargo, en el caso, sostuvo que la norma era inconstitucional por resultar una prohibición absoluta del consumo Cf., “Inconstitucionalidad De La Prohibición Absoluta Al Consumo Lúdico O Recreativo De Marihuana Prevista Por La Ley General De Salud”, Primera Sala, Décima época, 22 de febrero de 2019 Reg. 2019365.

¹¹ Los deberes positivos del Estado son, por lo menos, de tres tipos:

D. Garantías

Para garantizar el cumplimiento y prevenir el incumplimiento de las obligaciones y así, posibilitar el goce efectivo del derecho o su reparación ante una violación, entran en juego *las garantías en sentido amplio*; es decir, los medios de protección del derecho, tales como la acción de amparo, la medida cautelar, la acción de *habeas data*, el control de constitucionalidad y convencionalidad, entre otros. Las garantías reparadoras y preventivas deben ser también garantías políticas, sociales, económicas y culturales. Asimismo, no pueden estar ausentes garantías administrativas y judiciales eficaces; estas se pueden resumir bajo el rótulo de *acceso a la justicia*.¹²

III. ¿Como deben interpretarse las obligaciones y el contenido del derecho a la salud? Cánones, contextos, desigualdades e interseccionalidades

Para interpretar el contenido y las obligaciones que surgen del derecho a la salud son aplicables todos los cánones de la interpretación. Sin embargo, es de suma importancia considerar aquellos más específicos para la acertada interpretación

a) de aprobar leyes u otras normas que terminen de generar las condiciones para que el sujeto titular pueda hacer uso de su derecho sin necesidad de tener que transitar la vía administrativa, judicial o de cualquier otro tipo para reclamar por el goce efectivo de los derechos;

b) de organización y procedimiento que exigen que el Estado haga algo suficiente y eficaz en el sentido de determinar y disponer de la organización y procedimientos indispensables para que se puedan realizar los derechos, controlar, fiscalizar y coordinar las acciones de los agentes de salud para prevenir incumplimientos y establecer procedimientos eficaces de exigibilidad para los casos de incumplimiento por acción u omisión de las obligaciones.

c) de dar, por ejemplo, la entrega de medicamentos, prótesis, sillas de ruedas, etc.; la prestación directa de servicios de salud; financiamiento de tratamientos y operaciones.

¹² Esta tutela judicial hay que pensarla en su dimensión individual y en su dimensión colectiva. Sobre el impacto del amparo en México. Cobo, Charvel. "Mexican apex judiciary and its multiple interpretations: Challenges for the constitutional right to health" en *I-CON*, 1254-1282. Debe tenerse presente que la garantía de acceso a la justicia debe ser interpretada también desde una perspectiva de género, niñez, discapacidad. En este sentido, debe ser criticada la sentencia de la SCJN, Segunda Sala, AR/1061/2015, Ministro Eduardo Medina Mora I., donde se establece la necesidad de que una persona indigente debería haber cumplido Requisitos del Seguro Popular: comprobante de domicilio, número de ciudadano, acta de nacimiento y recibo del pago de la cuota para ver garantizado sus derechos sociales.

del DIDH y del Derecho Interamericano. En este sentido, cabe integrar la interpretación del artículo 4 de la Constitución, con el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —en adelante, PIDESC— y tomar en serio el sentido común del contenido de ambos; —interpretación textual— que como ya vimos establecen un contenido amplio del derecho. Además, estos textos requieren ser interpretados,

- *en forma dinámica, es decir, como instrumentos vivos, abiertos al contexto,*
- *optando por los desarrollos interpretativos progresivos que*
- *mejor protejan el derecho y le den un mayor alcance —principio pro persona—,*
- *considerando que son normas que fueron aprobadas para ser cumplidas —principio de buena fe—*
- *de acuerdo con el objeto y fin de la CADH y del PIDESC, que es la protección de los derechos —interpretación teleológica—*
- *descartando así cualquier interpretación que deje al derecho sin efecto útil en la práctica.*¹³

Los estándares relevantes sobre derecho a la salud, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —Corte IDH— como así también del Comité de DESC son producto de la aplicación de esas pautas interpretativas y nos sirven como a) valiosa pauta de interpretación en el hacer judicial cotidiano y b) parámetro de control de las normas y actos que se atacan por inconstitucionales/inconvencionales.

Desde hace varios años, el Comité de DESC ha asumido fuertemente la misión interpretativa de su mandato a través de sus *Observaciones Generales* —en adelante, OG—. Estas surgen de años de práctica de examinar informes, del diálogo constructivo con los Estados partes, de diferentes organizaciones de derechos humanos y de la sociedad civil, y de ruedas de consulta con personas académicas y expertas. En estas OG el Comité está realizando interpretación constante de las normas del PIDESC, estableciendo pisos y no techos. Esto quiere decir que, en el

¹³ Cf., Burgorgue-Larsen, “El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos” en *Estudios Constitucionales*, Año 12, Núm. 1, 2014, pp. 105-161.

ámbito interno, quien emprenda la tarea de interpretar las obligaciones debe tener en cuenta a la OG Núm. 14¹⁴ como así también las que surjan del Comité de la CEDAW, de la CDN, del CDR y de la CDPD, entre otras, en atención a si las personas afectadas son mujeres, niños y niñas, personas con discapacidad, personas adultas mayores, comunidades indígenas, afrodescendientes, entre otras.

Como ejemplo, vale lo que la propia Corte IDH hace cuando las toma en cuenta para determinar el contenido de las obligaciones que surgen del derecho a la salud. En casos como aquellos sobre el derecho a la atención de urgencia de una persona adulta mayor o sobre el derecho a la salud de personas que viven con VIH, la Corte IDH confirmó, —refiriéndose a la mencionada OG Núm. 14— que estos comprenden la atención de salud oportuna y apropiada conforme a los principios de *disponibilidad*, *accesibilidad*, *aceptabilidad* y *calidad*.¹⁵ Estos fueron parámetros de control para identificar las violaciones al derecho a la salud en ambos casos por accionar estatal insuficiente e inadecuado en el primero; y omisivo en el segundo. La Corte, en diálogo con la OG Núm. 14, define cada uno de dichos principios de la siguiente manera:

Disponibilidad	los Estados deberán contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud.
Accesibilidad	los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser: <ul style="list-style-type: none"> ✓ accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado, ✓ accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población —no discriminación—,

¹⁴ Respecto de la OG Núm. 14 del Comité de DESC, la Corte la consideró principal instrumento interpretativo en la materia, como un genuino referente para interpretar a su vez a la Constitución mexicana. Así lo determinó el Tribunal Pleno de la Suprema Corte, AR/315/2010 de 28 de marzo de 2011. Al respecto, V., Ortiz Mena, *Op. Cit.*, pp. 337-338.

¹⁵ Corte IDH, caso *Poblete Vilches vs. Chile*, y caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*.

	<ul style="list-style-type: none"> ✓ estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginado —accesibilidad física—, ✓ accesibles en clave de costos —accesibilidad económica—, ✓ accesible respecto de la información —derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud—. El acceso a la información no debe menoscabar el derecho de que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad —accesibilidad informativa para la afectada, a su vez deber de confidencialidad para los efectores de salud—.
Acceptabilidad	<p>los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser:</p> <ul style="list-style-type: none"> ✓ respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir, de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades.
Calidad:	los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad.

Cuadro núm. 2. Elaboración propia. Fuentes: Corte IDH, Comité de DESC.

Además, la Corte IDH establece que el cumplimiento de la obligación del Estado de respetar y garantizar el derecho a la salud “deberá dar especial cuidado a los grupos vulnerables y marginados”.¹⁶ Este desarrollo interpretativo es acorde a lo que han alertado diversos órganos de protección internacional de derechos humanos, como algunas altas cortes de la región e incluso la academia, respecto a las realidades nacionales, regionales e internacionales marcadas por fuertes desigualdades socioeconómicas y por patrones históricos de discriminación contra

¹⁶ *Idem.*

ciertos colectivos. Así, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos —en adelante CIDH—, en un informe temático reciente, sostuvo que:

[...] el sistema interamericano no sólo ha recogido una noción formal de igualdad, sino que avanza hacia un concepto de igualdad material o estructural que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren la adopción de medidas afirmativas de equiparación. Por ello, se debe incorporar un enfoque interseccional y diferencial, incluyendo la perspectiva de género, que tome en consideración la posible agravación y frecuencia de violaciones a los derechos humanos en razón de condiciones de vulnerabilidad o discriminación histórica de las personas y colectivos como el origen étnico, edad, sexo, orientación sexual, identidad de género o posición económica, entre otras condiciones, en el marco de las actividades y operaciones empresariales”,¹⁷ entre otros muchos marcos.

Cuadro núm. 3. Elaboración propia. Fuente: CIDH, Informe Empresas y Derechos Humanos.¹⁸

La Corte IDH ha generado una robusta jurisprudencia en este sentido. Así, por ejemplo, sostuvo que los Estados deben tomar en cuenta que las poblaciones que viven “en circunstancias adversas y con menos recursos, [como quienes...] viven en condiciones de pobreza, enfrentan un incremento en el grado de afectación a sus derechos precisamente por su situación de mayor vulnerabilidad”.¹⁹ Es decir, en concreto, se requiere identificar situaciones de poder asimétrico o contextos de desigualdad estructural por género, pobreza, edad, discapacidad, situación migratoria, etnia, poder médico,²⁰ etc., que caracterizan el caso. En otras palabras, es necesario tener en cuenta si la medida atacada tuvo en cuenta la posición de desventaja de las personas afectadas, que tiene un efecto devastador en el goce efectivo del derecho a la salud, de las personas que se encuentran

¹⁷ CIDH, *Empresas y Derechos Humanos*, párr. 46.

¹⁸ Cf., Relatoría DESCA, CIDH *Informe sobre Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos*. Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el 1 de noviembre de 2019, OAS. Documentos oficiales; OEA/Ser.L/V/II.

¹⁹ Corte IDH, caso *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, párr. 273; caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, párrs. 336-338. CIDH, *Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas*, 2017.

²⁰ Cf., Corte IDH, *I.V. vs. Bolivia*.

en situación de vulnerabilidad,²¹ marginación²² o desigualdad estructural e interseccional.²³

Esto implica que el Estado debe prestar especial consideración a cómo sus acciones u omisiones —o la de los particulares— impactan en las situaciones concretas de desigualdad. Entonces cuando se evalúa según el caso si se respeta, protege, cumple, promueve, garantiza, favorece el derecho, se debe considerar en qué situación se encuentran las mujeres, los niños, las personas de edad avanzada, las personas con discapacidad, las minorías, las personas migrantes, los pueblos o comunidades indígenas, y las personas que viven en la pobreza. Sostenemos que tales casos no pueden ser analizados en forma aislada, sino que se requiere una consideración del contexto ampliado que dé cuenta de la complejidad estructural del sistema económico-social, las desigualdades que ha venido perpetuando y la obligación del Estado de revertir esa situación y asegurar la realización de los derechos humanos mediante acciones eficaces. En este sentido, compartimos algunos ejemplos donde el caso requirió un abordaje contextual y estructural.

La Corte Constitucional Colombiana el 31 de julio de 2008 dictó sentencia T-760,²⁴ en la que se habían acumulado 22 acciones de tutela por temas de salud, ordenando obligaciones puntuales para resolver los reclamos individuales. Sin embargo, avanzó en la cuestión de fallas generales y ante la reiteración de casos sostuvo que los problemas no eran aislados y específicos de ciertos usuarios, sino que esos 22 casos representaban problemas estructurales de los diferentes niveles del sistema de salud colombiano, afirmado que se trataba de un *estado de cosas inconstitucional*. Concluyó que representaban violaciones generales a las obligaciones de respetar, promover y garantizar y dispuso una serie de *reparaciones estructurales* del sistema, entre otras, la

²¹ Cf., Casla, “Rights and responsibilities: Protecting and fulfilling economic and social rights in times of public health emergency”, *Covid-19, Law and Human Rights: Essex dialogues*.

²² Cf., Comité DESC *Declaración sobre la pandemia de enfermedad por coronavirus (Covid-19) y los derechos económicos, sociales y culturales*.

²³ Cf., CIDH, 2017, párr. 235; CIDH, Res. 1/20; Corte IDH, Declaración 01/20. Asimismo, Cf., Corte IDH, caso *Empleados de la Fábrica de Fuegos en San Antonio de Jesús vs. Brasil*. Además, Cf., Curtis, C., “El derecho humano a la salud y las obligaciones en materia de salud y seguridad en el trabajo: perspectivas desde el derecho internacional”.

²⁴ Disponible en <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-760-08.htm>

actualización, aclaración y unificación de los planes de cobertura (también llamado POS, Plan Obligatorio de Salud).²⁵

Cuadro núm. 4. Elaboración propia. Fuente: CCC.

Otro ejemplo se refiere al derecho a la salud y a sus condicionantes materiales. Las personas que viven en barrios populares o en asentamientos precarios suelen estar más expuestas a los riesgos graves que genera para la salud los basurales a cielo abierto —que, por ejemplo, pueden explotar por acumulación de metano—. ²⁶

Al respecto cabe mencionar las medidas cautelares otorgadas el 23 de abril de 2019 por la CIDH a favor de pobladores del ejido Emiliano Zapata en Chiapas, México para proteger sus derechos a la vida, integridad personal y salud, por una alegada contaminación relacionada con un basurero a cielo abierto y un relleno sanitario manejados por una empresa privada. La CIDH solicitó al Estado, entre otras medidas, que informe sobre las acciones adoptadas para mitigar las fuentes de riesgo. En la evaluación de la concesión de la cautelar enfatizó que

no solo los altos grados de exposición a sustancias tóxicas o peligrosas representan una amenaza a los derechos a la vida, integridad personal y salud sino también pueden hacerlo la exposición crónica y permanente de bajo nivel a tales sustancias [...]. A fin de proteger los derechos humanos amenazados en tales circunstancias, los Estados tienen, entre otras obligaciones, el deber de generar, recopilar, evaluar y actualizar la información adecuada, comunicarla efectivamente, en particular a la población en riesgo, facilitar el derecho de participación de los titulares de derechos en la toma de decisiones en tales contextos, así como implementar acciones para que las empresas involucradas con el manejo de tales sustancias realicen la diligencia debida en materia de derechos humanos.²⁷

Cuadro núm. 5. Elaboración propia. Fuente: CIDH.

²⁵ Sobre el impacto de estas sentencias en el caso colombiano Cf., Rodríguez Garavito, Rodríguez Franco, Cortes y cambio social. *Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Arango, “El derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional colombiana” y Parra Vera, Yamin, “La sentencia T-760 de 2008, su implementación e impacto: retos y oportunidades para la justicia dialógica” en *Tratado de Derecho a la salud*.

²⁶ Por ejemplo, TEDH, *Caso Öneriyildiz vs. Turquía*, Núm. 48939/99, párrs. 89 y 90.

²⁷ CIDH. Resolución 24/2019. Medidas Cautelares Núm. 1498/18. *Marcelino Díaz Sánchez y otros (México)*. 23 de abril de 2019, párr. 24.

IV. Obligaciones que surgen del contenido del derecho a la salud: pistas metodológicas

Si el derecho implica una facultad para las personas tituladas; por el contrario, para los sujetos obligados, implica un mandato de cumplimiento de obligaciones que versan entre el *hacer o no hacer*, como explicamos anteriormente. Existen diversas clasificaciones de las obligaciones que retomaremos a lo largo del trabajo, como las de respetar, proteger, cumplir y fomentar.²⁸ En especial, resaltaremos las obligaciones de *cumplimiento inmediato* y las obligaciones de *desarrollo progresivo*, que fueron ampliamente trabajadas por el Comité DESC y receptadas por la Corte IDH en su jurisprudencia sobre DESC en forma complementaria a las obligaciones pilares de la CADH de respetar y garantizar.

A. Obligaciones inmediatas

Las obligaciones inmediatas que surgen del derecho a la salud son de cumplimiento impostergable para el Estado y los otros sujetos obligados. Por eso, en forma ilustrativa se dice que son de *cumplimiento ya*. Así, las obligaciones de cumplimiento inmediato se violan si no se garantiza, por ejemplo:

- el acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados;
- medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS;
- acceso a métodos anticonceptivos modernos. O cuando

²⁸ La obligación de respetar el derecho a la salud refiere en particular a la abstención estatal de intervenir directa o indirectamente en el disfrute de este derecho, así como de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas o de imponer prácticas discriminatorias como política de Estado. La obligación de proteger incluye, entre otras cosas, la obligación de adoptar leyes u otras medidas que resulten necesarias para impedir que terceros interfieran en el acceso igual a la atención de la salud y los servicios relacionados con la salud. Finalmente, la obligación de cumplir apunta a la necesidad de que los estados reconozcan suficientemente el derecho a la salud en sus sistemas políticos y sus ordenamientos jurídicos nacionales y que adopten una política nacional de salud acompañada de un plan detallado para el ejercicio del derecho a la salud.

- No se vela por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud o;
- No se adopta y aplica, 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.²⁹

En cuanto a la obligación de generar normas de organización y procedimientos, tiene como finalidad, por ejemplo, la de regular, fiscalizar y supervisar establecimientos públicos o privados. En este sentido, respecto de las actividades que implican riesgos significativos para la salud, la Corte IDH sostuvo la obligación de regular el funcionamiento de bancos de sangre³⁰ y la de regular, supervisar, fiscalizar y vigilar en forma efectiva las actividades especialmente peligrosas que ponen en peligro la salud y vida de las personas que trabajan en fábricas.³¹

Respecto de los pasos argumentativos para evaluar obligaciones de cumplimiento inmediato resulta ilustrativo el caso paradigmático *Poblete Vilches vs. Chile*, sobre derecho a la salud mediante servicios necesarios básicos y urgentes en atención a la situación especial de vulnerabilidad de una persona adulta mayor.³² Los hechos del caso ocurrieron en Chile, y se asemejan a muchos otros que ocurren en diversos estados de la región.

Poblete Vilches era un adulto mayor de 76 años, con antecedentes de diabetes tipo 2, hipertensión y una arritmia. El 22 de enero de 2001 fue atendido por una insuficiencia respiratoria grave en un hospital público e internado en cuidados intensivos. Durante la internación y mientras estaba inconsciente, fue sometido a una intervención quirúrgica, sin que Poblete Vilches ni sus familiares hubiesen prestado consentimiento previo para esa intervención. Poblete Vilches fue dado de alta aunque en forma temprana con

²⁹ Cf., Comité DESC, OG 14, párr. 43.

³⁰ Corte IDH, *González Lluy vs. Ecuador*, 2015.

³¹ *Idem*, *Empleados de la Fábrica de Fuegos en San Antonio de Jesús vs. Brasil*. Asimismo, en el caso de México, V., CIDH, Informe Empresas y Derechos Humanos, 2020, párr. 351.

³² *Idem*, caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Cf., Aldao, Clérico, “El derecho social autónomo a la salud y sus contenidos. El caso Poblete Vilches y el examen de (in)cumplimiento de las obligaciones imposterables y no ponderables” en *Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del Caso Poblete Vilches de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*.

un cuadro de fiebre y emanando pus por las heridas. Al poco tiempo tuvo que volver al hospital. Su estado de salud era grave, a la insuficiencia respiratoria se le sumó probable shock séptico. No fue internado en cuidados intensivos. Faltaban camas. La unidad de cuidados intermedios fue su destino. El tratamiento requería un respirador artificial. No se lo suministraron. Tampoco fue trasladado a otro centro con disponibilidad. De los hechos se desprende que, durante al menos cinco días, experimentó diversos sufrimientos motivo de la desatención a sus particulares condiciones de salud. Falleció el 7 de febrero de 2001. Los familiares de Poblete Vilches acudieron a la justicia solicitando que se investigara la conducta del personal médico interviniente. En el orden interno no se determinó responsabilidad alguna por la muerte de Poblete Vilches. El caso llegó por denuncia a la CIDH y luego fue elevado a la Corte IDH, emitiendo sentencia en 2018.

Cuadro núm. 6. Fuente: Aldao/Clérico, 2019.

La resolución del caso presenta los siguientes pasos que estructuran la argumentación y que sirven para resolver casos similares:

- interpreta el derecho a la salud como parte del texto normativo relevante, en el caso, el art. 26 CADH sobre derechos sociales;
- determina el contenido del derecho por medio del análisis de los estándares relacionados con el derecho a la salud referidos a disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad del servicio de salud y en situaciones de urgencias médicas en general; para combinarlos a renglón seguido con la situación de las personas adultas mayores;
- así surge el parámetro para establecer si el Estado violó o no sus obligaciones a la luz de los contenidos.
- se determinan las acciones y omisiones del Estado de Chile en el caso concreto y evalúan de acuerdo con el parámetro establecido anteriormente.
- De esto resulta que³³ el Estado “no garantizó que los servicios de salud brindados al señor Poblete Vilches cumplieran con los estándares

³³ La Corte IDH precisará aún más en *Cuscul Pivaral vs. Guatemala* los tres pasos argumentativos para evaluar una violación a un DESC. Primero la Corte determina si la persona afectada justificó que el derecho social afectado es un DESC que surge del art. 26 de la CADH. Segundo, se evaluará si la acción

referidos, por lo que incumplió en el otorgamiento de medidas básicas, es decir de sus obligaciones de carácter inmediato relacionadas con el derecho a la salud en situaciones de urgencia.”³⁴

La Corte IDH sostiene que el derecho a la salud respecto de la atención de urgencia es de cumplimiento inmediato. No se pregunta si el Estado tuvo razones para no cumplir con sus obligaciones —que habilitaría un conflicto entre razones y contra razones—. Aclara que

respecto de las obligaciones de carácter inmediato, éstas consisten en adoptar medidas adecuadas, a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para cada derecho. Dichas medidas deben ser adecuadas, deliberadas y concretas en aras de la plena realización de tales derechos.³⁵

La Corte IDH, explica con mayor precisión cómo es delimitable el contenido de este derecho en situaciones de urgencia:

exige a los Estados velar por una adecuada regulación de los servicios de salud, brindando los servicios necesarios de conformidad con los elementos de disponibilidad, accesibilidad, calidad y aceptabilidad, en condiciones de igualdad y sin discriminación, pero también brindando medidas positivas respecto de grupos en situación de vulnerabilidad³⁶

En este sentido se retoma el desarrollo interpretativo que surge de la OG 14 del Comité de DESC y agrega nuevos elementos a partir de su jurisprudencia. Entonces, de la combinación de estas referencias, surge que el derecho a la salud genera obligaciones de cumplimiento inmediato que se refieren al contenido mínimo del derecho. En suma, la opción metodológica tomada por la Corte IDH fue la de delimitar los “contenidos relevantes del derecho a la salud, aplicables a cada uno de

u omisión estatal afecta el contenido del derecho a la salud. Tercero, se determinará si el Estado no cumplió con las obligaciones que surgen del derecho a la salud de las personas. Corte IDH, caso *Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala*, párr. 97.

³⁴ Corte IDH, caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*, párr. 175.

³⁵ *Idem*, párr. 104.

³⁶ *Idem*, párr. 174.

los casos según sus particularidades”³⁷ con ayuda de las interpretaciones que surgen especialmente de las producciones del Comité de DESC para luego, adjudicarlos *directamente* al caso concreto, estableciendo si esos contenidos fueron satisfechos o no respecto de las víctimas.³⁸ El cumplimiento de obligaciones inmediatas es una regla: si se da el antecedente se sigue el consecuente.³⁹ El estado no puede alegar contra razones para desplazar el cumplimiento de la obligación. El estado debe demostrar qué hizo para cumplir con la obligación.

B. Obligaciones de desarrollo progresivo

La referencia a contenidos que son de cumplimiento inmediato no quiere decir que solo se protejan aquellos:⁴⁰ los otros contenidos también son exigibles. En este sentido, las obligaciones de desarrollo progresivo⁴¹ suponen un *continuar haciendo*.⁴² El cumplimiento no es discrecional para los Estados, sino que sobre esa base se los Estados Parte tienen la obligación de continuar adoptando medidas deliberadas y concretas destinadas a la plena realización del derecho de toda persona. Aquí se requiere aplicar procedimientos de adjudicación de derechos tales como

³⁷ Serrano Guzmán, “Comentarios sobre el giro jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales a la luz de seis sentencias emitidas entre 2017 y 2019”, en *Interamericanización de los DESC. El caso Cuscul Pivaral de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, p. 132.

³⁸ Cf., Aldao, Clérico, *Op. Cit.*, Courtis, “Prólogo” en *Interamericanización de los DESC. El caso Cuscul Pivaral de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, p. 15.

³⁹ V., por ejemplo, este ejercicio en relación con el derecho a la salud, en: Ronconi, “Derecho a la salud: un modelo para la determinación de los contenidos mínimos y periféricos” en *Salud colectiva*, pp.131-149. Asimismo, De Fazio, “Examen de proporcionalidad y adjudicación judicial de derechos sociales constitucionales” en *Isonomía*, pp. 95-115.

⁴⁰ Añón Roig, “¿Hay límites a la regresividad de derechos sociales?”, en *Derechos y Libertades*, p. 57.

⁴¹ En *Cuscul Pivaral vs. Guatemala*, la Corte IDH se refiere expresamente a la jurisprudencia de las altas Cortes de la región sobre progresión y regresión arbitraria en casos sobre derechos sociales, por un lado, y derecho a la salud de las personas que viven con VIH por el otro, párrs. 108-117; voto razonado, párr. 40. Aquí la Corte IDH está en diálogo con las producciones locales y aparece la aproximación *bottom up*. La Corte IDH no está generando interpretaciones en el vacío: “lo que el Tribunal Interamericano incorpora en el presente caso constituye un piso mínimo en materia de derecho a la salud de las personas que viven con el VIH” [voto razonado de E. Ferrer Mac-Gregor]. Por el otro lado, la Corte IDH alerta que esta jurisprudencia constituye un piso y no un techo.

⁴² Comité de DESC de la ONU, OG Núm. 21 párr. 45. Corte IDH, caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*, párr. 124.

los referidos a exámenes de los escrutinios, razonabilidad, proporcionalidad o de necesidad en una sociedad democrática; ya sea por precedentes, por analogía, entre otros.

Para la Corte Constitucional de Colombia —en adelante, CCC—, el principio de progresividad tiene al menos tres consecuencias concretas para efectos de la exigibilidad judicial de los derechos sociales:

- i) la existencia de una política pública orientada al goce efectivo de los derechos,
- ii) de existir la política pública, que sus contenidos sean protegidos por medio de un recurso judicial,
- iii) y la limitación de la facultad discrecional de la autoridad para implementar medidas regresivas.⁴³

Asimismo, se podría sumar una cuarta consecuencia

- iv) la mirada del caso y de la adecuación de la política implementada desde una concepción robusta de igualdad que considere la desigualdad estructural⁴⁴ interseccionada.

Cuadro núm. 7. Elaboración propia.

⁴³ Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 302/2017, Magistrado Ponente: Aquiles Arrieta Gómez, 8 de mayo del 2017, puntos 8.1.6., 8.1.7. y 8.1.8.

⁴⁴ En este sentido, por ejemplo, es una violación del derecho a la salud de la mujer y a no ser objeto de discriminación que el Estado no destine suficientes recursos a las necesidades específicas de salud de las mujeres. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer condenó en un caso concreto a Brasil por una muerte materna prevenible. Se trataba una mujer de ascendencia afrobrasileña que murió por complicaciones obstétricas tras habersele denegado un servicio de atención materna de calidad, tanto en un centro de salud público como en uno privado. Los hechos trascienden el caso concreto y alcanzaron un nivel grave de abandono por parte del sistema, incluida la insuficiencia de recursos y la ineficacia en la aplicación de las políticas del Estado. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Alyne da Silva Pimentel Teixeira c. el Brasil*, comunicación núm. 17/2008, CEDAW/C/49/D/17/2008, párr. 7.6; y Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, recomendación general Núm. 24: La mujer y la salud, art. 12 de la Convención, 1999; recomendación general Núm. 19 y 35 sobre violencia de género; Núm. 33 sobre acceso a la justicia; y ONU, Relatora Especial sobre Violencia contra la Mujer en su Informe sobre Enfoque basado en los derechos humanos del maltrato y la violencia contra la mujer en los servicios de salud reproductiva de 2019.

Lo dicho se puede ejemplificar con el caso “Pabellón 13” de la SCJN mexicana. Para Pou Giménez, se enmarca en la evaluación de obligaciones de desarrollo progresivo frente al reclamo concreto de tres amparistas que reclamaban la construcción de un nuevo centro de salud para las personas con VIH.

El caso se inició en el 2012 por la vía del amparo por un reclamo de tres personas con VIH en atención al tratamiento que recibían en el Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias —INER—. Este hospital está bajo la dirección de la Secretaría de Salud y atiende a la población que no está asegurada por de los sistemas de seguridad social, sino de las instalaciones. Los amparistas venían reclamando desde el 2007 por la atención deficitaria recibían en el Pabellón 4 del INER. Debían compartir espacio con otras personas enfermas lo que les podía generar un riesgo de contagio por vivir con VIH y ser personas inmunodeprimidas. En 2008 la autoridad competente aprobó primero un proyecto de remodelación del Pabellón 4; luego se inclinó por la sustitución por medio de la construcción de un edificio nuevo —el Pabellón 13—. Frente a la falta de avance de la obra, los reclamantes interpusieron el amparo en 2012. Por su parte el Estado sostenía que no estaba obligado a la ejecución de la obra aun cuando el proyecto contara con un certificado de necesidad. Y que estaba cumpliendo con su obligación pues los pacientes fueron atendidos y dados de alta en las instalaciones con las que contaba el INER.

Cuadro núm. 8. Elaboración propia.

Para Pou Giménez, el Estado alegaba un argumento de contenido mínimo, ya que, por cierto, los pacientes recibían atención en hospitales. Sin embargo, los quejosos reclamaban en relación con las condiciones en que se llevaba a cabo esa atención, y alegaban que la construcción del nuevo módulo implicaba una mejora. “La Segunda Sala considera probado que existen necesidades de garantía del derecho a la salud, en sus muchas dimensiones, derivado de las propias afirmaciones de las autoridades sanitarias. Y observa entonces que, a pesar de que no todas esas dimensiones de goce son de exigibilidad inmediata, el Estado tiene que demostrar que está adoptando acciones encaminadas a asegurar su disfrute progresivo y que está poniendo en uso el máximo de los recursos disponibles”.⁴⁵

⁴⁵ Cf., Pou Giménez, *op. cit.*

Si bien admitió que la disponibilidad de recursos podía ser un condicionante a la hora de adoptar medidas; alertó que ello no constituye una justificación suficiente —más allá de que no se había aportado prueba—. Por ello, la autora considera que lo que se evaluó fue si la construcción implicaba mejoras en la atención, y que justamente fue lo que se consideró relevante a la hora de interpretar las obligaciones de carácter progresivo a la luz de la garantía del nivel más alto posible de salud.

C. Obligación de no regresividad

La obligación de desarrollo progresivo implica, además, la obligación de no regresión o prohibición de regresividad.⁴⁶ El retroceso o regresión se presume *prima facie* inválido/ inconstitucional, y las razones del Estado se someten a un *escrutinio estricto*. Esa presunción implica el traslado de la carga de la argumentación o justificación —de hecho y de derecho— al Estado y la aplicación de un estándar de justificación.

A primera vista, en el supuesto de regresión, el problema no radica en una omisión estatal, sino en una acción estatal que implica empeorar la situación existente. Por lo general, además, la regresión viene anunciada por varias acciones estatales —leyes, decretos, resoluciones— que implican modificaciones o derogaciones de normas de actos que garantizaban determinados niveles de realización de los derechos. En suma, la regresión parece acontecer sobre posiciones de derechos fundamentales ganadas. Las modalidades que puede adoptar son varias, por ejemplo, la CCC señala que una medida es regresiva cuando:

- i) se recorta o limita el ámbito sustantivo de protección del derecho involucrado;
- ii) cuando aumentan sustancialmente los requisitos exigidos para acceder al respectivo derecho; y

⁴⁶ V., al respecto, la contribución de Christian Courtis en este mismo volumen.

iii) cuando disminuye o desvían sensiblemente los recursos públicos destinados a su satisfacción.⁴⁷

Cuadro núm. 10. Elaboración propia.

A los efectos prácticos resulta útil realizar el siguiente ejercicio para determinar el estado de retroceso/regresión en la satisfacción del derecho que surge de comparar:

- El estado de satisfacción del derecho antes de la implementación de la medida,
- El estado de satisfacción durante la implementación de la medida —progreso—.
- El estado que se produce por la interrupción de la medida —retroceso—.

Cuadro núm. 11. Elaboración propia.

Probablemente la estrategia argumentativa del Estado sea también tratar de demostrar que se sigue garantizando un contenido igual o similar al anterior pero que sólo han cambiado los medios. Estas argumentaciones deben ser puestas a prueba, con lo que el medio que se examinará será la interrupción de la acción y la subsiguiente acción que es atacada por insuficiente.⁴⁸

Al respecto, sirve como ejemplo el caso “Campodónico de Beviaqua”⁴⁹ de la CSJN argentina:

⁴⁷ Cf., Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 313/14, Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, pp. 7 y 8, y, Cf., Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C- 556/09, Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla.

⁴⁸ Cf., Clérico, Laura, *Derechos y proporcionalidad: violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión. Miradas locales, interamericanas y comparadas*.

⁴⁹ CSJN, 24/10/2000, Fallos: 323:3229. V., amplia recepción de este fallo en la academia internacional; Cf., Langford, *Social Rights Jurisprudence, Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cf., Krennerich, “Soziale Menschenrechte. Zwischen Recht und Politik”, *Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte*.

El niño se encontraba en situación de discapacidad desde su nacimiento. Desde entonces recibía sin cargo, por parte del Banco Nacional de Drogas Antineoplásicas, una medicación especial para posibilitar el tratamiento de la enfermedad grave que padecía en su médula ósea que disminuía sus defensas inmunológicas. La institución informó a los padres que iba a interrumpir la entrega de la medicación. Al respecto, alegaba que el niño poseía obra social; que asimismo podía pedir un subsidio para la compra del medicamento al Estado provincial —por encontrarse domiciliado en la Provincia de Córdoba— o al Estado Nacional a través del Ministerio de Desarrollo Social. Además, sostenía que, si le seguía haciéndole entrega de la medicación, le estaba sacando la posibilidad de obtenerlo a otras personas que padecen cáncer y que también la requerían. El caso llegó por apelación a la Corte Suprema quien ordenó al referido Banco a que siguiera entregando el medicamento.

Cuadro núm. 12. Elaboración propia.

La justificación alegada por el Estado fue examinada a la luz del *test* de proporcionalidad como prohibición de regresión arbitraria:

<p><i>Idoneidad</i></p>	<p>El medio —M1— consistía en la interrupción de la entrega del medicamento y su reemplazo por la solicitud de un subsidio (provincial o nacional) para la compra del medicamento o la entrega por la obra social. Estos medios sustitutos no eran idóneos porque era incierto el tiempo en que duraría el trámite y si iba a ser otorgado, mientras tanto su enfermedad seguía siendo grave, requería el medicamento en forma urgente y sin interrupciones. Por lo demás, si bien poseía una obra social, ésta no estaba en condiciones de otorgar el medicamento: según surgía del expediente, la obra social funcionaba en forma deficitaria. El niño no podía esperar a que se regularizara el funcionamiento eficaz de la obra social, ya que subsistía la situación de “urgencia y extrema necesidad que tenía el tratamiento prescripto para salvaguardar la vida y la salud del niño”, razón por la cual el referido Banco Nacional de Drogas había decidido prestar asistencia al menor, hasta que, finalmente, resolvió interrumpir injustificadamente la entrega de la medicación. La solicitud de subsidio tampoco era un medio idóneo pues era incierto si se lo</p>
-------------------------	---

	<p>otorgarían y hasta tanto lo hicieran el niño seguía necesitando el medicamento.</p>
<p><i>Medios alternativos</i></p>	<p>El Estado nacional no parece haber realizado todos los esfuerzos para que el niño obtuviera el medicamento en forma tan eficaz o aún mejor que a través del Banco Nacional de Drogas. El Estado nacional es el garante del funcionamiento eficaz de las obras sociales nacionales, con lo que a él le corresponde velar porque esa función sea cumplida y en forma adecuada y suficiente. Sin embargo, no bastaba alegar que el niño poseía una obra social sin que el garante del sistema asegurara que esa obra social entregaría el medicamento en forma segura, eficaz y continua. Asimismo, pudo haber garantizado a través de gestiones administrativas internas con el Ministerio de Desarrollo Social el otorgamiento del subsidio para la adquisición del medicamento, de forma tal que la interrupción fuera complementada con un medio tan eficaz como M1. En fin, todas estas consideraciones develan que el Estado nacional pudo haber implementado medios alternativos tan eficaces como mantener la entrega por medio del Banco Nacional de Drogas, con lo que la mera interrupción acompañada de alegaciones abstractas de supuestos medios alternativos devela el accionar regresivo e injustificado a la luz del derecho a la salud del niño en situación de discapacidad.</p>
<p><i>Proporcionalidad en sentido estricto</i></p>	<p>El accionar regresivo del Estado nacional se corrobora claramente injustificado cuando se someten sus alegaciones al examen de proporcionalidad en sentido estricto. Recordemos, cuando más intensiva sea la restricción y peso del derecho afectado tanto más importantes deben ser las razones alegadas por el Estado. El derecho a la salud del niño presenta un peso alto. En este caso, está íntimamente conectado con el derecho a la vida del niño: si no recibía el medicamento su vida corría peligro. Además, por este mismo punto la restricción por causa de la interrupción es muy intensa. La determinación de la intensidad de la restricción y la urgencia del cumplimiento de la obliga-</p>

ción estatal surge de un ejercicio planteado por Arango:⁵⁰ basta con imaginarse cuáles serían las consecuencias fácticas del accionar interruptivo y luego omisivo del Estado, cuando a pesar de estar en presencia de una situación concreta del afectado de necesidad y urgencia, el Estado no actúa a través de un accionar positivo. Incluso, en el caso, el derecho a la salud del niño parte desde el comienzo con un fuerte peso argumentativo. En este sentido, sería de aplicación la presunción de invalidez del acto por dos puntos: primero, se trata de un accionar regresivo que cae en el umbral del contenido básico del derecho a la salud. Segundo, el niño pertenece a varios de los grupos desaventajados que requieren del Estado un accionar positivo para que tengan acceso real al derecho a la salud; por un lado, por ser un niño, y por el otro, por ser una persona con discapacidad.⁵¹

Por todo ello, el Estado debió haber presentado razones muy imperiosas para poder justificar su accionar, extremo que no logró cumplimentar. La situación de extrema gravedad de la salud del niño y la urgencia en la necesidad de continuar el tratamiento no habían desaparecido. Por eso, seguían vigentes las razones por las cuales el Estado nacional decidió entregar el medicamento. El incumplimiento de aquella obligación por parte de la obra social alcanza al Estado nacional por ser éste el garante del funcionamiento del sistema de salud; con lo que la falta de eficacia en el control no puede ser cargada sobre las espaldas de quien padece la falta de funcionamiento del sistema, en este caso, el niño.

Cuadro núm. 13. Elaboración propia.

La pauta de “Campodónico” nos enseña que cuando el sujeto obligado debe hacer algo y hace —entrega del medicamento— luego no puede regresar sobre sus

⁵⁰ Cf., Arango, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, y Cf., Arango, “El derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional colombiana” en *Tratado de Derecho a la salud*, Buenos Aires.

⁵¹ Sobre la especial situación de vulnerabilidad en estos casos V., Corte IDH, *González Lluy vs. Ecuador*.

pasos —regresión arbitraria— sin haber demostrado que la situación de gravedad y urgencia del estado de salud de la persona afectada ha cambiado, o que el derecho se puede satisfacer por otros medios alternativos tan o más adecuados que la entrega directa del medicamento.

V. Derecho a la autonomía, salud sexual y salud (no) reproductiva

La jurisprudencia de las Cortes sobre derecho a la salud sexual y no reproductiva refleja un constante aumento en la región.⁵² Esa jurisprudencia forma parte de movilizaciones legales más amplias de derechos para el goce efectivo de los derechos por mujeres, niñas y adolescentes. Estas acciones se vieron respaldadas por una cantidad creciente de documentos de relatorías y comité de Naciones Unidas como así también de informes de la CIDH y sentencias de la Corte IDH, como así también de legislación sobre acceso a métodos anticonceptivos modernos, educación sexual integral, aborto, entre muchas otras. En 2020 se aprobó en Argentina la Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo —IVE— Núm. 27.610. En forma expresa se establece en la ley que ésta tiene por objeto regular el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo y a la atención postaborto, *en cumplimiento de los compromisos asumidos por el Estado argentino en materia de salud pública y derechos humanos de las mujeres y de personas con otras identidades de género con capacidad de gestar y a fin de contribuir a la reducción de la morbilidad y mortalidad prevenible*. A pesar de estos avances, la tarea es enorme ya que

“[...]la libertad y autonomía de las mujeres en materia de salud sexual y reproductiva ha sido históricamente limitada, restringida o anulada con base en estereotipos de género negativos y perjudiciales... Ello se ha debido a que se ha asignado social y culturalmente a los hombres un rol preponderante en la adopción de decisiones sobre

⁵² Cf., Bergallo, Ramón Michel, *La reproducción en cuestión. Investigaciones y argumentos jurídicos sobre el aborto*; Cf., Clérico, Ronconi, “Impacto del bloque de constitucionalidad en la interpretación del derecho común. La interpretación amplia de los abortos permitidos en Argentina”, en *Revista de Estudios Constitucionales*, pp. 193-230; Cf., Cook, Erdman, et al. *El aborto en el derecho transnacional: Casos y controversias*; Cf., Palacios Zuloaga, “Pushing Past the Tipping Point: Can the Inter-American System Accommodate Abortion Rights?”, en *Human Rights Law Review*.

el cuerpo de las mujeres y a que las mujeres son vistas como el ente reproductivo por excelencia.”⁵³

Cuadro núm. 14. Elaboración propia.

Si bien se está avanzando en esta materia, sabemos que no basta con legislación, sino que se requiere que esta sea efectivamente implementada y que a su vez los sistemas de salud, de educación, entre otros, garanticen en concreto los avances logrados. Esto requiere, por un lado, llevar al centro del análisis las regulaciones sobre los sistemas de salud; y por el otro, visibilizar los estereotipos negativos de género que operan en contra de los derechos de mujeres, niñas y adolescentes, y que tienen un efecto más que desproporcionado en las personas que se encuentran en situación de pobreza. Por ello, se requiere que juezas y jueces cumplan con la obligación de no discriminación por razón de género e identifiquen, desarmen y destierren los nocivos estereotipos de género que “son obstáculos a la igualdad sustantiva entre los géneros, incluido el derecho en condiciones de igualdad a la salud sexual y reproductiva, *que hay que modificar o eliminar[...]*”.⁵⁴ Los estereotipos y percepciones negativas⁵⁵ están presentes en las leyes que prohíben en forma total el aborto o lo admiten en forma muy restringida. Asimismo, *agudizan* los estereotipos existentes, ya sea permeando y motorizando las prácticas de los efectores de salud⁵⁶ e incluso de los agentes policiales, de la fiscalía, de la defensa, judiciales y penitenciarios. Todo aquello tiene un impacto en la atención de salud en general y en particular en la salud sexual y reproductiva de las mujeres niñas y adolescentes, acrecentando la desigualdad estructural e interseccionada en la que se encuentran las mujeres en razón de pobreza.⁵⁷ Por eso, es importante que quienes resuelvan los casos sobre derecho a la salud sexual y reproductiva analicen el contexto, pues muchas de las restricciones a esos derechos no representan meros hechos ocasionales de intencionalidad individual, sino que

⁵³ Corte IDH, *I.V. vs. Bolivia*, 2016, párr. 243.

⁵⁴ Comité DESC, Observación General Núm. 22, párr. 28.

⁵⁵ Corte IDH, *op. cit.*, *passim*.

⁵⁶ Relator Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Salud, *Informe provisional sobre El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, A/66/254, 3/8/2011, párrs. 17 y 25.

⁵⁷ ONU, Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica, En especial párrs. 43 y 44; 56.

son parte de procesos de mayor escala que agudizan la situación de desigualdad estructural e interseccionada de las mujeres. Todo esto atendiendo especialmente a las mujeres pobres; quienes enfrentan la criminalización de la emergencia obstétrica, se les niega el acceso a métodos anticonceptivos modernos —por ejemplo, el uso de pastillas anticonceptivas, píldoras de emergencia, entre otras—, y la interrupción de embarazos inviables⁵⁸ o producto de una violación sexual,⁵⁹ como así también al acceso voluntario a las ligaduras tubarias. En contraposición, además son sometidas a esterilizaciones forzadas durante el parto⁶⁰ u

⁵⁸ Sobre los pedidos de adelantamiento del parto en los casos en donde la vida extrauterina no es viable. En el caso “T. S.” CSJN, TS c/ Gobierno de la CABA s/ Amparo, 11 de enero de 2001. La Corte argentina resolvió por mayoría que la inducción del parto a una mujer en estado de embarazo de un feto anencefálico estaba permitida en atención al derecho a la salud de la madre —integridad psíquica—, frente al estado irreversible que excluye la viabilidad extrauterina del feto. De la doctrina de este fallo surge que el derecho a la continuación de la existencia intrauterina del feto puede colisionar con el derecho a la salud de las mujeres, entendida esta última no sólo como salud física sino también psíquica. Este punto resulta interesante, especialmente teniendo en cuenta que diversas normas de la región establecen que los abortos no están prohibidos cuando la continuidad del embarazo cause una afectación a la salud de la madre. V., la legislación de Paraguay, Venezuela, Guatemala, Perú, Belice, Chile, Colombia, Costa Rica, y algunos estados de México, entre otros.

⁵⁹ En forma reciente, la Corte Constitucional de Ecuador, en sesión ordinaria del 28 de abril de 2021, declaró la inconstitucionalidad por el fondo de la frase “en una mujer que padezca de una discapacidad mental”, contenida en el art. 150 numeral 2 del COIP, por ser contraria a la Constitución de la República del Ecuador —CRE—. Así, la Corte decidió que es inconstitucional criminalizar y sancionar con privación de libertad a las mujeres que han interrumpido un embarazo producto de una violación. Para la Corte, en todos los casos se trata de niñas, adolescentes y mujeres que quedan embarazadas como resultado de una violación sexual, donde el elemento jurídicamente relevante es la ausencia de consentimiento de la víctima. En consecuencia, la discapacidad mental no constituye una justificación constitucionalmente válida ni un criterio objetivo para distinguir entre ellas. Sostuvo que, en casos de violación, la sanción penal no es un mecanismo idóneo, ni necesario ni proporcional para proteger al *nasciturus*, ya que existen otras medidas menos gravosas que la pena privativa de libertad para protegerlo. Y resaltó que, lejos de lograr su objetivo, su penalización en casos de violación lleva a las mujeres a interrumpir su embarazo en circunstancias de clandestinidad que ponen en grave riesgo su vida, salud e integridad. La Corte declaró la inconstitucionalidad de la sanción penal prevista para las mujeres víctimas de violación a partir de la publicación de la sentencia en el Registro Oficial y en reconocimiento de la necesidad de contar con una legislación apropiada, dispuso al defensor del Pueblo que, contando con la participación activa de la sociedad civil y de manera coordinada con los distintos organismos estatales, en el plazo máximo de 2 meses contados desde la notificación de la presente sentencia, prepare un proyecto de ley que regule la interrupción voluntaria del embarazo en casos de violación, sobre la base de los criterios establecidos en esta decisión. Por último, ordenó a la Asamblea Nacional que, en el plazo máximo de 6 meses, contado desde la presentación del proyecto de ley, lo conozca y discuta con los más altos estándares de deliberación democrática y respetando los criterios establecidos en la decisión. Corte Constitucional de Ecuador, Acción de inconstitucionalidad de los artículos 149 y 150 del Código Orgánico Integral Penal, 29 de abril de 2021.

⁶⁰ TEDH, caso *V.C. v. Eslovaquia*, Núm. 18968/07; *N.B. v. Eslovaquia*, núm. 29518/10, *I.G. y otros v. Eslovaquia*, demanda Núm. 15966/04, Corte IDH Caso *I.V. c. Bolivia*, Núm. 329.

otras intervenciones realizadas a embarazadas sin haber prestado su consentimiento informado.⁶¹

El tema que convoca a la región es la interrupción voluntaria del embarazo, como también la garantía en los hechos de la prestación, sea a través de medicamentos o de intervención quirúrgica.⁶² Un argumento que sostienen quienes se oponen a la legalización amplia de la interrupción del embarazo es el derecho a la vida. Al respecto, ya sostuvo la Corte IDH en el caso *Artavia Murillo*⁶³ sobre la incompatibilidad de la prohibición absoluta de las técnicas de reproducción asistida ya que “el objeto y fin de la cláusula ‘en general’ del artículo 4.1 —sobre derecho a la vida— de la Convención es la de permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto”.⁶⁴ En el caso, donde se cuestionaba una norma que prohibía las técnicas de fertilización *in vitro* en Costa Rica, la Corte IDH fue clara al señalar que no puede alegarse la protección absoluta del embrión anulando otros derechos. Luego de realizar un examen de proporcionalidad, concluyó que: “la Sala Constitucional partió de una protección absoluta del embrión que, al no ponderar ni tener en cuenta los otros derechos en conflicto, implicó una arbitraria y excesiva intervención en la vida privada y familiar que hizo desproporcionada la interferencia.”⁶⁵ En este sentido, la prohibición absoluta del aborto bajo el argumento de la protección de la *vida* es incompatible con el DIDH⁶⁶

⁶¹ TEDH, *Csoma v. Rumania*, Núm. 8759/05, 2013.

⁶² No solo por las diferentes movilizaciones que se han dado de parte del movimiento de mujeres sino también por las altas tasas de criminalización que existen. Al respecto, *Cf.*, Bergallo, Ramón Michel, *Op. Cit.*; *Cf.*, Correa, *Somos Belén*. *Cf.*, Orrego-Hoyos, Carrera, Saralegui Ferrante, *Dicen que tuve un bebé: Siete historias en las que el sistema judicial encarcela mujeres y a casi nadie le importa*.

⁶³ Lo resuelto por la Corte IDH en el caso *Artavia Murillo* generó un fuerte impacto en tribunales de la región admitiendo los tratamientos. Por otro lado, los reclamos se refieren a quién debe asumir su cobertura, tema también abordado en el referido caso. V., asimismo, Ronconi, “La aplicación del examen de proporcionalidad para determinar las obligaciones estatales de prestación: ¿Debe el Estado satisfacer los tratamientos de reproducción asistida?” en *Desafíos a la ponderación*.

⁶⁴ Caso *Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica*, párr. 263.

⁶⁵ *Idem*, párr. 316.

⁶⁶ A la luz de los pronunciamientos de las Relatorias, Comités de la ONU, de la CIDH y MESECVI referidos en el texto principal; y, además, a la luz de las comunicaciones, V., por ejemplo, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *L.C. vs. Perú*, Comunicación núm. 22/2009, CEDAW/C/50/D/22/2009. V., además, CEDAW, *K.L. vs. Perú*, Comunicación Núm. 1153/2003. *Cf.*, *Mellet vs. Irlanda*, dictamen aprobado el 31 de marzo de 2016, párr. 7.4, y Núm. 2425/2014, *Whelan vs. Irlanda*, dictamen aprobado el 17 de marzo de 2017.

y con el Derecho Interamericano de los Derechos Humanos,⁶⁷ porque no otorga ninguna relevancia normativa a los derechos de las mujeres, niñas y adolescentes.

A su vez, la prohibición del aborto *discrimina en la práctica y en forma desgarradora* a mujeres pobres, es decir por su condición económica-social.⁶⁸ Entonces, el problema del caso puede residir tanto en la discriminación que encierra la ley por no habilitar el aborto, como en la inaccesibilidad en los hechos cuando está permitido, convirtiéndose “*la interrupción segura del embarazo es un privilegio de los ricos.*”⁶⁹

VI. Derecho a la Salud de las personas que viven con VIH

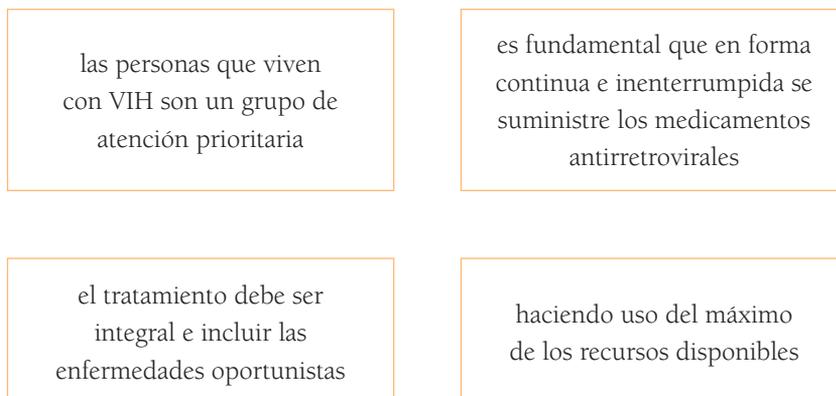
Varias altas Cortes de la región han emitido sentencia en casos referidos al derecho a la salud y VIH generando estándares muy importantes⁷⁰ que establecen que:

⁶⁷ En *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, *op. cit.*, párrs. 260-263, la Corte IDH dialoga expresamente con sentencias de Cortes Constitucionales o Supremas del mundo, como las del Tribunal Constitucional Federal Alemán, BVerfGE, 88, 203, 28 de mayo de 1993, del Tribunal Constitucional de España, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, caso *Roe vs. Wade*, 410 U.S. 115, 157; de la Corte Constitucional de Colombia y de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, F., A. L. s/medida autosatisfactiva, 2012.

⁶⁸ Sobre la desigualdad estructural y prohibición de discriminación por condición económico social, V., Corte IDH, *Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*; y, además, en forma interseccional, V., Corte IDH, *Ramírez Escobar vs. Ecuador* 2018; Corte IDH, caso *Empleados de la fábrica de fuegos en Santo Antonio de Jesús y sus familiares vs. Brasil*, 2020; entre otros.

⁶⁹ ONU, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica*, 2016, párrs. 79-83.

⁷⁰ CSJN, caso *Asociación Benghalensis y otros c/ Estado Nacional*, s/amparo ley 16.986, 1 de junio de 2000, considerandos 9, 13 y 14; Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia constitucional 0108/2010-R, Número de expediente 2006-14391-29-RAC. Magistrado relator Dr. Ernesto Félix Mur, p. 10; Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia SC 0026/2003-R, Magistrada relatora Dra. Elizabeth Iñiguez de Salinas. p. 6 y 7; Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia constitucional 0108/2010-R, Magistrado relator Dr. Ernesto Félix Mur, p. 8; Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Núm. 068-18-SEP-CC, Caso 1529-16-EP, p. 50. Sentencia Núm. 016-16-SEP-CC, Caso 2014-12-EP, p. 35. Sentencia Núm. 080-13-SEP-CC, Caso 0445-11-EP, p. 19. Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Núm. 364-16-SEP-CC, Caso 1470-14-EP, p. 35.



Cuadro núm. 15. Elaboración propia.

La propia Corte IDH en el caso *Cuscul Pivaral vs. Guatemala* sostuvo que lo decidido en la materia no era nada nuevo, sino reflejo de los desarrollos jurisprudenciales de la región. En el caso se trataba de 49 personas que fueron diagnosticadas con VIH entre los años 1992 y 2004, habiendo fallecido 15 personas de esas 49. Uno de los focos más importantes de la argumentación está puesto en las distintas omisiones del Estado en garantizar acceso a medicamentos y tratamiento médico adecuado para las víctimas, que incluso implicó discriminación interseccional en el caso de las víctimas que eran mujeres embarazadas.⁷¹

Por lo demás, dentro de los desarrollos jurisprudenciales de la región y del TEDH se destacan otros fallos que se refieren más a los *marcos regulatorios*,⁷² las deficiencias estructurales de las instalaciones sanitarias o cómo la situación de pobreza o de discapacidad empeora el goce efectivo del acceso al tratamiento de las personas que viven con VIH.

⁷¹ Corte IDH, caso *Cuscul Pivaral vs Guatemala*, párrs. 128-139.

⁷² Respecto de los marcos regulatorios la Corte argentina sostuvo la constitucionalidad de una ley que extendió a las entidades de medicina privada prepaga la cobertura de las prestaciones obligatorias dispuestas para las obras sociales respecto de la drogadicción y del VIH, CSJN, *Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Hospital Británico de Buenos Aires c/Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social)*, 13/03/2001, Fallos 324: 754.

El Tribunal Constitucional de Perú ha tenido en cuenta la pobreza extrema en la que viven algunas personas con VIH y establecido que es necesaria su atención prioritaria.⁷³ Respecto de un hospital, se refirió a las deficiencias de las instalaciones de los servicios públicos de salud que favorecían el contagio de enfermedades oportunistas para las personas que viven con el VIH. Interpretó que la falta de instalaciones adecuadas es suficiente para constituir una violación al derecho a la salud. Avanzó en establecer que las autoridades deben asegurar el disfrute más amplio posible del derecho a la salud de las personas que viven con VIH/SIDA por medio de la inversión en instalaciones, estableciendo que la inversión respectiva debe contar con el punto de vista científico y médico.⁷⁴

Cuadro núm. 16. Elaboración propia.

Sobre derecho al acceso a medicamentos para el tratamiento del VIH, un fallo paradigmático es *TAC* de la Corte Constitucional sudafricana,⁷⁵ no solo por lo resuelto sino por el contexto: 6 millones de personas viven con VIH. El caso se inicia porque el gobierno, en el año 2000, ordena suspender el tratamiento a las madres embarazadas con la droga antirretroviral *Nevirapin* para prevenir la infección de los recién nacidos. El Estado decide solamente continuarlo como programa piloto en determinadas zonas y a su vez, postergaría el inicio del tratamiento durante un año. Esto implicaba negarle el tratamiento a la mayoría de las madres. Una ONG, *Treatment Action Campaign* —TAC—, atacó la decisión gubernamental y requirió que se establezca un programa para que aquella medicación estuviese disponible en todo el país. La Corte Constitucional de Sudáfrica entendió que el suministro restringido de *Nevirapin* a algunos lugares piloto excluía a otros que podían ser incluidos razonablemente en el programa. En consecuencia, ordenó al gobierno extender su disponibilidad en hospitales y clínicas, entre otras medidas.⁷⁶

⁷³ Cf., Tribunal Constitucional de Perú, Expediente Núm. 2945-2003-AA/TC, párr. 48, y, Cf., Tribunal Constitucional de Perú, Expediente N. 2016-2004-AA/TC, Magistrado José Luis Correa Condori, párr. 47.

⁷⁴ SCJN, Segunda Sala, AR/378/2014, ministro ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, pp. 61 y 63.

⁷⁵ *Minister of Health v Treatment Action Campaign (TAC)* (2002) 5 SA 721 (CC).

⁷⁶ Etchichury, “Sida y derecho a la salud en Argentina y Sudáfrica: las cortes, la razón y los recursos”, *Interamericanización de los DESCA. El caso Cuscul Pivaral de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*.

Por su parte, el TEDH desarrolló su jurisprudencia sobre derecho a la salud de las personas que viven con VIH por vía indirecta como violación al derecho a la vida,⁷⁷ la prohibición de tortura o a la prohibición de discriminación por VIH. Asimismo, determinó el impacto sobre derecho de las personas que viven con VIH⁷⁸ al acceso a la justicia.

VII. Derecho a la salud y personas en situación de discapacidad

En todo el mundo, las personas con discapacidad tienen peores resultados sanitarios, peores resultados académicos, una menor participación económica y tasas de pobreza más altas que las personas sin discapacidad. Esas dificultades se exacerbaban en las comunidades menos favorecidas. Ante esta situación, la obligación en términos igualitarios implica no solo de aprobar medidas que remuevan obstáculos y medidas de acción positivas, sino que también se requiere que éstas sean implementadas y cumplidas en forma continua y sistemática. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia argentina posee una jurisprudencia copiosa referida al derecho a la salud, en algunos casos, combinada con el derecho a la educación y el derecho al acceso a una vivienda digna. Varios de esos fallos encuentran como actores de la petición a personas con discapacidad —tratándose en la mayor parte de los casos de niños, ancianos o mujeres—. En general, en estos casos se trataba del acceso a medicamentos y a ciertas prestaciones por parte de personas con discapacidad.⁷⁹

⁷⁷ TEDH. *Oyal v. Turquía*, núm. 4864/05, 2010, estableció que el Estado está obligado a la realización de obligaciones positivas que se derivan del derecho a la vida del artículo 2 del CEDH. En concreto, se planteó el caso a raíz de un contagio del virus en el curso del nacimiento de uno de los recurrentes en un hospital público, debido a transfusiones de sangre. Los recurrentes alegaron violaciones del derecho a la vida, así como del derecho a ser escuchados en el curso de un proceso judicial y del derecho a remedios efectivos, reconocidos en los artículos 6 y 13 del CEDH. El TEDH concluyó que la vulneración al derecho a la vida se había producido debido a los retrasos en la investigación judicial administrativa de los hechos y a que los remedios ofrecidos eran insuficientes, pues solo incluyeron la cobertura del tratamiento por un año, y la familia tuvo que afrontar dificultades económicas para poder cubrir el coste del mismo.

⁷⁸ TEDH, *Valentin Câmpeanu vs. Rumania*, solicitud núm. 47848/08.

⁷⁹ Respecto del vínculo con educación *V.*, Ronconi, L. “Derecho a la Educación: bases para su tutela judicial”, en esta publicación.

Desde hace un tiempo el foco está puesto también en el sistema de apoyos y el rol de las instituciones de internación. Al respecto, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad trae consigo un cambio de paradigma respecto del tratamiento de la capacidad de las personas: reemplaza el modelo de la sustitución, en la adopción de decisiones, por el modelo de los apoyos para la toma de decisiones autónomas. Esto implica entonces asumir ese modelo también cuando se trata de decisiones vinculadas al derecho a la salud de las personas con discapacidad.⁸⁰ Asimismo, gran parte de los temas vinculados a las personas con discapacidad se refieren a la situación de personas que se encuentran internadas por afectaciones a su salud mental. En este sentido, la Corte IDH en el caso *Ximenes Lopes* sostuvo que quienes viven en instituciones psiquiátricas son particularmente vulnerables a la tortura u otras formas de trato cruel, inhumano o degradante, y por esto se requiere que estas internaciones sean *lo menos restrictivas posible*. Se requiere al respecto, una perspectiva de salud mental comunitaria⁸¹ y la necesidad de lograr mayores apoyos a las personas y no su internación —particularmente en manicomios o centros cerrados de internación—. ⁸² Asimismo, la necesidad de garantizar la protección de la vida y la integridad frente a tratos crueles, inhumanos y degradantes que se dan en estas instituciones.⁸³

VIII. Vacunación

El advenimiento de la pandemia COVID 19 evidenció que existen en la región millones de personas que no se encuentran en igualdad de condiciones para el

⁸⁰ V., al respecto, Corte IDH, caso *Guachalá Chimbo y otros vs. Ecuador*.

⁸¹ Al respecto, se han llevado a cabo audiencias temáticas promovidas por diferentes organizaciones de la región ante la CIDH. Disponible en <https://www.redsaludmental.org.ar/>

⁸² Al respecto el 21 de diciembre de 2015 la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal dictó sentencia en *Scaturro, Andrea Fabiana y otros c/ EN – M. de Salud de la Nación s/ Amparo Ley 16.986*, Núm. 74.516/2014; donde se condena al GCABA a poner a favor de 4 pacientes dispositivos alternativos a la internación. Disponible en <https://classactionsargentina.com/2016/07/17/condenan-al-ena-y-a-la-caba-a-proveer-dispositivos-alternativos-en-el-marco-de-la-ley-nacional-de-salud-mental-amparo-colectivo-intervencion-de-terceros-definicion-de-la-clase-y-control-judicial-de/>

⁸³ V., Corte IDH, *op. cit.* Al respecto, V., Galván Puente, *La protección de los derechos de las personas con discapacidad en instituciones psiquiátricas, a la luz de las medidas cautelares dictadas por la CIDH, Comisión Nacional de Derechos Humanos*. Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r35364.pdf>

goce efectivo del derecho a la salud y de sus determinantes. Esto generó varios estándares interamericanos y de los organismos de protección internacional de Derechos Humanos. Asimismo, la pandemia desempolvó la jurisprudencia sobre la relevancia de los planes de vacunación obligatoria y de su distribución. Al respecto, resaltamos dos líneas, una referida al acceso y la otra referida a la negativa a ser vacunado.

En general, la vacunación resulta obligatoria ¿para los Estados? como herramienta eficaz que permite la erradicación o control de ciertas enfermedades. Sin embargo, el primer supuesto para que aquella pueda ejercerse es que exista disponibilidad de las vacunas. Entendemos que esto forma parte del contenido mínimo del derecho a la salud.

En aquel sentido, la CCC se expidió en un caso donde no se suministraron vacunas gratuitas contra la meningitis a los hijos de mujeres que participan en el sector informal de la economía de una zona empobrecida de Bogotá, Colombia y por lo tanto, carecen de acceso a la atención médica.⁸⁴ El caso se presentó como una acción de tutela, un procedimiento mediante el cual un juez declara la aplicación inmediata de un derecho fundamental. El tribunal inferior lo otorgó, por lo que las autoridades públicas tuvieron que elaborar un plan en un plazo de 48 horas para administrar la vacuna al grupo de niños citados. El Tribunal consideró que la mejor manera de hacer cumplir los derechos fundamentales que requieren una acción positiva del Estado, sin invadir el propósito fundamental de la legislatura, era delinear los derechos dentro del núcleo esencial del derecho afirmativo y dejar a la legislatura la capacidad de definirlos de una manera más concreta. En cualquier caso, el Estado debe proporcionar las necesidades básicas requeridas de los derechos delineados.

La Corte articuló en dos pasos, un análisis de los derechos fundamentales de los niños. En primer lugar, el Estado tenía la responsabilidad de satisfacer las necesidades básicas del derecho. En segundo lugar, recaía sobre aquel la carga de la

⁸⁴ CCC, Sentencia SU.225/98.

prueba y, por lo tanto, debía demostrar que la familia del menor tenía la capacidad de satisfacer la necesidad, o que al satisfacerla se obstaculizaba severamente la capacidad estatal de atender otros derechos fundamentales de la misma naturaleza o más graves. En este caso, la Corte determinó que la falta de vacunas contra la meningitis no protegió las necesidades básicas del derecho. Asimismo, resolvió que el Estado no cumplió con la carga de la prueba al no poder demostrar que las familias de los menores contaban con la capacidad de proporcionar la atención médica necesaria, así como tampoco proporcionó pruebas respecto del obstáculo que representaría la administración de las vacunas a su capacidad para satisfacer otros derechos fundamentales.

La segunda línea jurisprudencial se refiere a algunas familias o personas en particular que se niegan a someter a su hija/o a las campañas estatales de vacunación obligatoria.⁸⁵ El caso *N.N. o U.V. s/Protección y guarda de personas*⁸⁶ ante la Corte Suprema argentina aborda el conflicto entre diversos paradigmas de salud y se origina en la negativa de una familia a someter a su hijo a las campañas estatales de vacunación obligatoria, por sostener una concepción ayurvédica de la salud. La Corte argentina resolvió el amparo sosteniendo la constitucionalidad de las campañas de vacunación para la infancia: su argumentación puede ser reconstruida a través de los pasos del examen de proporcionalidad cuando el derecho a la salud se considera afectado por acción.

Fin legítimo	La vacunación obligatoria busca promover el derecho a la salud de los niños —P2— y la salud colectiva: “la no vacunación del menor lo expone al riesgo de contraer enfermedades, muchas de las cuales podrían prevenirse mediante el cumplimiento del plan nacional de vacunación” ⁸⁷ y “reducir y/o erradicar los contagios en la población”. ⁸⁸
--------------	---

⁸⁵ En un sentido similar, pueden ser interpretados los casos sobre la transfusión de sangre a una niña rarámuri gravemente enferma de leucemia cuyos padres son testigos de Jehová. AR 1049/2017 (8 de agosto de 2018).

⁸⁶ CSJN argentina, *N.N. o U., V. s/Protección y guarda de personas*, 12/06/2012, fallos 335:888.

⁸⁷ *Idem*, considerando 22.

⁸⁸ *Idem*, considerando 11.

Idoneidad	Basada en informes de la OMS sobre sostiene que: “A excepción del agua limpia, ningún otro factor, ni siquiera los antibióticos, ha ejercido un efecto tan importante en la reducción de la mortalidad...” ⁸⁹
Necesidad	“[...] en conclusión, de lo que se trata en el caso es de alcanzar la máxima certidumbre respecto del modo como mejor se satisface el interés superior del niño, lo que sin duda se traduce en <i>optar por la mejor alternativa posible con el fin de asegurar al menor un presente cierto y contenedor que disminuya daños futuros irreversibles en lo que respecta a su salud</i> . En este sentido, la no vacunación del menor, medio alternativo, lo expone al riesgo de contraer enfermedades, muchas de las cuales podrían prevenirse mediante el cumplimiento del plan nacional de vacunación. Asimismo, la circunstancia de que el resto de las personas sea vacunado reduce las posibilidades del niño de contraer enfermedades. Justamente, la sumatoria de vacunas en todas ellas es la que previene las graves enfermedades que podrían contraerse si todos imitaran la actitud de los actores.” ⁹⁰
Proporcionalidad en sentido estricto	En el caso se presentan, por un lado, el principio del derecho a la salud interpretado desde la perspectiva —autonomía familiar— de los padres del niño V (P1); por el otro, el derecho a la salud del niño y la salud pública —P2—. Para la Corte se trata de un “conflicto de intereses”. El Tribunal extiende la importancia de autonomía personal al ámbito de la autonomía familiar —art. 11, inc. 2, CADH—: “no se encuentra discutida en autos la prerrogativa de los progenitores de decidir para sí el modelo de vida familiar —art. 19, CN—, sino el límite de aquélla”. En el caso se trata del derecho a la salud de un niño en su primera infancia, que lo considera de importancia por tratarse de personas que requieren especial protección. Por ello, una restricción grave al derecho a la salud de los niños —si no se implementara

⁸⁹ *Idem*, considerando 13.

⁹⁰ *Idem*, considerando 22.

la acción estatal: la vacunación obligatoria— que por ahora es la que otorga “mayor certidumbre” sobre la prevención y erradicación de enfermedades evitables, no puede ser justificada por la importancia leve, moderada de la autonomía familiar.⁹¹

Cuadro núm. 17. Elaboración propia.

IX. Consideraciones finales

En este artículo buscamos indagar sobre las implicancias de entender el derecho a la salud como un derecho plenamente justiciable. En este sentido definimos las obligaciones que han asumido los Estados de la región. Estas se vinculan no solo con aquellas cuyo contenido es indisponible y de cumplimiento inmediato sino también con aquella que implican progresividad en el cumplimiento del derecho. Con el recorrido que hemos realizado queda claro qué implica hablar de contenido indisponible. Así, evaluamos ante casos concretos cómo deben abordarse los casos donde lo que se cuestiona son medidas regresivas o insuficientes. Por último, trabajamos con algunas situaciones concretas que en general se verifican en forma cotidiana en la región respecto al acceso a la salud de ciertos grupos al solo efecto de mostrar cómo se ha avanzado en el reconocimiento del derecho y como los tribunales de justicia han abordado su justiciabilidad. Entendemos, que esta forma de resolución de casos puede ser trasladada a otros supuestos que aquí no hemos podido abordar por cuestiones de espacio.

Bibliografía

Libros

Aldao, M.; Clérico, L., “El derecho social autónomo a la salud y sus contenidos. El caso Poblete Vilches y el examen de (in)cumplimiento de las obligaciones impostergables y no ponderables”, en Morales, M., Ronconi, L. y L. (eds.),

⁹¹ En el mismo sentido, V., TEDH, *Vavříčka y otros vs. República Checa*.

Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del Caso Po-blete Vilches de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019.

Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª ed. (trad. Carlos Bernal Pulido), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

Arango, R. *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis-Univ. Nac. de Colombia, 2005.

_____, “La prohibición de retroceso en Colombia”, en Courtis, C. (comp.) *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Del Puerto, 2006.

_____, “El derecho a la salud en la jurisprudencia constitucional colombiana” en Clerico, Ronconi y Aldao (coords.), *Tratado de Derecho a la salud*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013.

_____, *Realizando los derechos. Su filosofía y práctica en América Latina*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales, 2016.

Bergallo, P. y Ramón Michel, A. (comps.) *La reproducción en cuestión. Investigaciones y argumentos jurídicos sobre el aborto*, Buenos Aires, Eudeba, 2018.

Casla, K., “Rights and responsibilities: Protecting and fulfilling economic and social rights in times of public health emergency”, en Ferstman, C. y Fagan, A. (eds.), University of Essex, Essex, Buenos Aires, 2020. Disponible en <http://repository.essex.ac.uk/28006/1/003.pdf>.

Clérico, L., *Derechos y proporcionalidad: violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión. Miradas locales, interamericanas y comparadas*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.

Clérico, L. y Ronconi, L., “Impacto del bloque de constitucionalidad en la interpretación del derecho común. La interpretación amplia de los abortos

permitidos en Argentina”, *Revista de Estudios Constitucionales*, Talca, Chile, 2012.

Clérico, L., Ronconi, L. y Aldao, M. *Tratado de derecho a la salud*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.

Cook, R., Erdman, J. y Dickens, B. (eds.), *El aborto en el derecho transnacional: Casos y controversias*, México, FCE/CIDE, 2016.

Correa, A. *Somos Belén*, Buenos Aires, Planeta, 2019.

Courtis, C., “Prólogo”, en Morales Antoniazzi, M., Ronconi, L. y Clérico, L. (eds.), *Interamericanización de los DESCAs. El caso Cuscul Pivaral de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Heidelberg Querétaro, Max Planck Institut/ Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2020.

Etchichury, H., “Sida y derecho a la salud en Argentina y Sudáfrica: las cortes, la razón y los recursos”, en Morales Antoniazzi, M., Ronconi, L. y Clérico, L., *Interamericanización de los DESCAs. El caso Cuscul Pivaral de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Heidelberg Querétaro, Max Planck Institut/ Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2020.

Galván Puente, S., *La protección de los derechos de las personas con discapacidad en instituciones psiquiátricas, a la luz de las medidas cautelares dictadas por la CIDH*, Ciudad de México, CNDH, 2016. Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r35364.pdf>.

Krennerich, M., *Soziale Menschenrechte. Zwischen Recht und Politik*, Schwalbach/ Ts, Wochenschau Verlag, 2013.

Langford, M., *Social Rights Jurisprudence, Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.

Lema Añón, C., *Salud, justicia, derechos: el derecho a la salud como derecho social*, Madrid, Dykinson, 2009.

- Morales Antoniazzi, M., Ronconi, L. y Clérico, L. (coords.), *Interamericanización de los DESCAs. El caso Cuscul Pivaral de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Heidelberg-Querétaro, Max Planck Institut/Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2020.
- Morales Antoniazzi, M. y Clérico, L., *Interamericanizando el derecho a la salud. Perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH*, Heidelberg-Querétaro, Max Planck Institut/Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2019.
- Orrego-Hoyos, G., Carrera, M. y Saralegui Ferrante, N., *Dicen que tuve un bebé: Siete historias en las que el sistema judicial encarcela mujeres y a casi nadie le importa*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2020.
- Parra Vera, Ó., “The protection of social rights”, en Bertomeu, J. y Gargarella, R. (eds.), *The Latin American Casebook. Courts, constitutions, and rights*, Aldershot, Ashgate, 2016.
- Parra Vera, O. y Yamin, A., “La sentencia T-760 de 2008, su implementación e impacto: retos y oportunidades para la justicia dialógica”, en Clérico, Ronconi y Aldao, *Tratado de Derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013.
- Piovesan, F. y Morales Antoniazzi, M., “Interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos: una nueva mirada frente al COVID-19” en Morales Antoniazzi, M. (coord.), *Test Democrático Interamericano frente al COVID-19*. Heidelberg-Querétaro, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público/Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2021.
- Pou Giménez, F., “Los albores de la justiciabilidad del derecho a la salud en México: el caso Pabellón 13 (AR 378/2014)”, en Morales Antoniazzi, M., Ronconi, L. y Clérico, L., *Interamericanización de los DESCAs. El caso Cuscul Pivaral de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Heidelberg-Querétaro, Max Planck Institut/ Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2020.

Rodríguez Garavito, C. y Rodríguez Franco, D., *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Bogotá, Dejusticia, 2010.

Ronconi, L., “La aplicación del examen de proporcionalidad para determinar las obligaciones estatales de prestación: ¿Debe el Estado satisfacer los tratamientos de reproducción asistida?”, en Clerico, L. y Beade, G., *Desafíos a la ponderación*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2011.

Serrano Guzmán, S., “Comentarios sobre el giro jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientes a la luz de seis sentencias emitidas entre 2017 y 2019”, en Morales Antoniazzi, M., Ronconi, L. y Clérico L., *Interamericanización de los DESCAs. El caso Cuscul Pivaral de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Heidelberg Querétaro, Max Planck Institut/Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2020.

Suárez Franco, A., *Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte*, Frankfurt/M, Peter Lang, 2009.

Uprimny, R. y Guarnizo, D., “¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana”, en Ferrer Mac-Gregor, E. y Zaldívar, A. (coords.), *Homenaje a Héctor Fix Zamudio*, México, UNAM, 2008.

Young, K., *Constituting Economic and Social Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

Revistas

Añón Roig, M., “¿Hay límites a la regresividad de derechos sociales?”, *Derechos y Libertades*, núm. 34, Época II, 2016.

- Burgogue-Larsen, L., “El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, Año 12, núm. 1, 2014.
- Carbonell, J. y Carbonell, M., “¿Qué podemos hacer para mejorar el derecho a la protección de la salud en México? un diagnóstico y una propuesta”, *Revista de la Facultad de Derecho de México* vol. 62, núm. 258, México, 2015.
- Cobo, F. y Charvel, S., “Mexican apex judiciary and its multiple interpretations: Challenges for the constitutional right to health”, *I•CON*, Vol. 18 No. 4, 2020.
- De Fazio, F., “Examen de proporcionalidad y adjudicación judicial de derechos sociales constitucionales”, *Isonomía*, núm.51, 2019.
- Gutiérrez Rivas, Rodrigo, “La justiciabilidad del derecho a la salud en México y en el sistema interamericano de derechos humanos”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, México, 2017.
- Jung, C., Hirschl, R. y Rosevear, E., “Economic and Social Rights in National Constitutions”, *American Journal of Comparative Law* 62, 4, 2015.
- Ortiz Mena, A., “La justiciabilidad del derecho a la salud en México”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, año III, núm. 5, México, 2017.
- Palacios Zuloaga, P., “Pushing Past the Tipping Point: Can the Inter-American System Accommodate Abortion Rights?”, *Human Rights Law Review*, 2021.
- Ronconi, L. y Barraco, M., “La consolidación de los DESCAs en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: reflexiones a propósito del caso *Lhaka Honhat vs. Argentina*”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República*, núm. 50, Montevideo, 2021.
- Ronconi, L., “Derecho a la salud: un modelo para la determinación de los contenidos mínimos y periféricos”, *Salud colectiva*, 2012.

Jurisprudencia y normas

CEDAW/C/49/D/17/2008, dictamen respecto de la comunicación nro. 17/2008, Alyne da Silva Pimentel Teixeira c. el Brasil, 27/09/2011, 49° período de sesiones.

CEDAW/C/50/D/22/2009, dictamen respecto de la comunicación nro. 22/2009, L.C. c. el Perú, 17/10/2011, 50° período de sesiones

CEDAW, Recomendación General núm. 24, 19 y 35, 33

CIDH, Informe Anual 2017, 31/12/2017, OEA/Ser.L/V/II,

_____, Resolución 24/2019. Medidas Cautelares No. 1498/18. Marcelino Díaz Sánchez y otros (México). 23 de abril de 2019.

Comité DESC, Observación General Núm. 14 y 21

_____, “Declaración sobre la pandemia de enfermedad por coronavirus (Covid-19) y los derechos económicos, sociales y culturales”, 2020.

Comité de Derechos Humanos, CCPR/C/85/D/1153/2003, dictamen respecto de la comunicación Núm. 1153/2003, K. N. L. H. c el Perú, 22/11/2005, 85° período de sesiones.

_____, CCPR/C/116/D/2324/2013, dictamen respecto de la comunicación Núm. 2324/2013, Mellet c. Irlanda, 31/03/2016, 116° período de sesiones.

_____, CCPR/C/119/D/2425/2014, dictamen respecto de la comunicación Núm. 2425/2014, Whelan c. Irlanda, 17/03/2017, 119° período de sesiones.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU-225/98, sentencia del Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, 28/05/1998.

_____, Sentencia C-991/04, sentencia del Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra, 12/10/2004.

_____, Sentencia T-760/08, sentencia del Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa, 31/07/2008.

_____, Sentencia C- 556/09, sentencia del Magistrado Ponente Nilson Pinilla Pinilla, 20/08/2009.

_____, Sentencia C-313/14, sentencia del Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, 29/05/2014.

_____, Sentencia T-599/15, sentencia del Magistrado Ponente Alberto Rojas Ríos, 15/09/2015.

_____, Sentencia T- 302/17, sentencia del Magistrado Ponente Aquiles Arrieta Gómez, 08/05/2017.

Corte IDH, Caso *Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus Familiares vs. Brasil*, Sentencia de 15 de julio de 2020 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones Y Costas)

_____, Caso *Cuscul Pivaral Y Otros vs. Guatemala*, Sentencia de 23 de Agosto de 2018 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones Y Costas).

_____, Caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, Sentencia de 20 de Octubre de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones Y Costas)

_____, Caso *Comunidades Indígenas Miembros De La Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*, Sentencia de 6 de Febrero de 2020 (Fondo, Reparaciones Y Costas)

_____, *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica*, Sentencia de 28 de noviembre De 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones Y Costas)

_____, *Caso Masacre De Santo Domingo vs. Colombia*, Sentencia de 30 de Noviembre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo Y Reparaciones)

_____, *Caso Poblete Vilches y Otros vs. Chile*, Sentencia de 8 Marzo de 2018 (Fondo, Reparaciones Y Costas)

_____, *Caso Gonzales Lluy y Otros vs. Ecuador*, Sentencia de 1 de Septiembre de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones Y Costas)

_____, *Caso I.V. vs. Bolivia*, Sentencia de 30 de Noviembre de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones Y Costas)

_____, *Brasil*, Sentencia de 4 de julio de 2006

_____, *Caso Guachalá Chimbo y otros vs. Ecuador* Sentencia de 26 de marzo de 2021 (Fondo, Reparaciones y Costas).

_____, Declaración 1/20, 9 De Abril de 2020 “Covid-19 y Derechos Humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos Humanos y respetando las obligaciones internacionales”

Corte Suprema de los Estados Unidos, caso *Roe vs. Wade*, 410 U.S. 115, 157 (1973)

Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Asociación Benghalensis y otros c/Ministerio de Salud y Acción Social – Estado Nacional s/amparo ley 16.986*, 01/06/2000, Fallos 323:1339.

_____, *Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/Ministerio de Salud y Acción Social – Secre-*

taría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas, 24/10/2000, Fallos 323:3229.

_____, T. S. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo, 11/01/2001, Fallos 324:5.

_____, Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Hospital Británico de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social), 13/03/2001, Fallos 324: 754.

_____, F. A. L. s/ Medida autosatisfactiva, 13/03/2012, Fallos 335:197.

_____, N.N. o U., V. s/ Protección y guarda de personas, 12/06/2012, Fallos 335:888.

SCJN, Segunda Sala, Amparo en revisión 378/2014, ministro ponente: Ministro Alberto Pérez Dayán, México, 2014.

_____, Amparo en Revisión 1061/2015, Ministro Eduardo Medina Mora I., 30 de noviembre de 2016.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Valentin Câmpeanu v. Rumania*, solicitud Núm. 47848/08, 17/06/2014.

_____, *Vavříčka y otros v. República Checa*, solicitudes Núm. 47621/13 y otras 5, 08/04/2021.

_____, *Oyal v. Turquía*, solicitud nro. 4864/05, 23/06/2010.

_____, *V.C. v. Eslovaquia*, solicitud Núm.18968/07, 23/04/2007.

_____, *Csoma v. Rumania*, solicitud Núm. 8759/05, 15/04/2013.

_____, *I.G. and Others v. Eslovaquia*, solicitud Núm. 15966/04, 29/04/2013.

_____, *N.B. v. Eslovaquia*, solicitud Núm. 29518/10, 12/06/2012.

Tribunal Constitucional Federal Alemán, BVerfGE, 88, 203, 28 de mayo de 1993

Tribunal Constitucional de Perú, Expediente N. 2016-2004-AA/TC, Magistrado José Luis Correa Condori. Sentencia de 5 de octubre de 2004.

Tribunal Constitucional de Perú, Expediente N. 2945-2003-AA/TC. Sentencia de 20 de abril de 2004.

Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, Sentencia constitucional 0108/2010-R, Número de expediente 2006-14391-29-RAC. Sentencia de 10 de mayo de 2010. Magistrado relator Dr. Ernesto Félix Mur

_____, Sentencia SC 0026/2003-R, Número de expediente: 2002-05354-10-RAC, Magistrada relatora Dra. Elizabeth Iñiguez de Salinas. Sentencia de 8 de enero de 2003.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia Núm. 068-18-SEP-CC, Caso 1529-16-EP. Sentencia de 21 de febrero de 2018, Sentencia Núm. 016-16-SEP-CC, Caso 2014-12-EP. Sentencia de 13 de enero de 2016, Sentencia Núm. 080-13-SEP-CC, Caso 0445-11-EP. Sentencia de 9 de octubre de 2013,

Sentencia N. 364-16-SEP-CC, Caso 1470-14-EP. Sentencia de 15 de noviembre de 2016

Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, *Scaturro, Andrea Fabiana y otros c/ EN – M. de Salud de la Nación s/ Amparo Ley 16.986* (Expte. N° 74.516/2014), 21 de Diciembre de 2015.

Corte Constitucional de Sudáfrica, *Minister of Health v Treatment Action Campaign* (TAC) (2002) 5 SA 721 (CC).

Otros

ONU, Relator Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Salud, *Informe provisional sobre El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, A/66/254, 3/8/2011

_____, Relatora Especial sobre Violencia contra la Mujer en su Informe sobre Enfoque basado en los derechos humanos del maltrato y la violencia contra la mujer en los servicios de salud reproductiva de 2019

_____, Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, Opinión N° 68/2019, párr. 114.

Derecho a la Educación: bases para su tutela judicial

Liliana Ronconi*

* Doctora en Derecho, por la Universidad de Buenos Aires. Investigadora del CONICET con lugar de trabajo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja (Facultad de Derecho, UBA).

Derecho a la Educación: bases para su tutela judicial. I. Introducción; II. ¿Qué implica hablar de igualdad en educación?; III. Mapeando el contenido del derecho a la educación y las obligaciones del Estado; IV. El derecho a enseñar y el derecho a aprender. Límites a la libertad de enseñanza; V. El derecho a recibir educación: derecho a aprender; VI. Asequibilidad; VII. Accesibilidad; VIII. Aceptabilidad; IX. Adaptabilidad; X. Conclusiones.

I. Introducción

El derecho a la educación se encuentra ampliamente reconocido en diferentes instrumentos de derechos humanos¹ e incluso en diversas constituciones de los países de la región.² Ha sido caracterizado como un *derecho llave*,³ ya que se reconoce que su ejercicio es una práctica que permite el desarrollo y disfrute de otros derechos individuales y colectivos, no solo referidos al campo económico o de capacitación para la vida profesional, sino también, y principalmente, la educación contribuye al pleno desarrollo de la personalidad, a la formación de la ciudadanía y al fortalecimiento del respeto a los derechos humanos.⁴

¹ PIDESC, artículo 13; Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 13, inc. 2; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 18, inc. 4; Convención de los Derechos del Niño, artículo 28; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, artículo 10; entre otros.

² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 3; Constitución de la Nación de Argentina, artículos 5 y 75 inc. 19; Constitución Política de Colombia, artículo 64; entre otras.

³ Tomaševski, *El asalto a la educación*.

⁴ Sostiene Gutmann que para “cosechar los beneficios de la diversidad social, los niños deben tomar contacto con formas de vida diferentes a las de sus padres y, en el curso de este proceso, deben afianzar valores verdaderos, como el respeto mutuo entre las personas, que hacen la diversidad social a la vez posible y deseable”. Gutmann, *La educación democrática. Una teoría política de la educación*, p. 52. En este sentido, debe ser interpretado el primer apartado del artículo 3 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El derecho a la educación está compuesto por las conocidas cuatro “As”: *asequibilidad, accesibilidad, aceptabilidad* y la *adaptabilidad*;⁵ siendo los Estados los que asumen la obligación principal de garantía de ese derecho. Sin embargo, existen diversidad de informes que demuestran que la desigualdad es un tema recurrente en materia educativa en la región.⁶ Esta brecha de desigualdad sin duda estará fuertemente ampliada luego de la pandemia surgida por el COVID-19.

El objetivo de este artículo es doble. El primero es identificar los problemas y desafíos que presenta una mirada igualitaria robusta del derecho a la educación y señalar que es plenamente justiciable; esto permitirá identificar el alcance de las obligaciones concretas que han asumido los Estados en lo que respecta al derecho a la educación. El segundo es conocer desde dónde deben mirarse y resolverse las frecuentes situaciones de desigualdad que se dan en materia de educación y que en muchos casos han sido reclamadas en términos administrativos y judiciales, en forma individual o colectiva.

Para realizar este análisis me enfocaré en los distintos contenidos del derecho a la educación y problematizaré algunos de ellos. Si bien en este capítulo me enfocaré fuertemente en las obligaciones del Estado en lo que hace respecto a la educación escolar, es necesario tener presente que las obligaciones que aquí se establecen deben ser también aplicadas a otros espacios educativos. En este sentido, por ejemplo, la educación que se brinda en contextos de encierro, educación comunitaria, entre otras.

En principio, haré un vínculo entre igualdad y derecho a la educación. Posteriormente, mostraré un mapa de recorrido sobre el contenido del derecho a la educación y que servirá de base para luego referirme a las obligaciones en concreto. Por último, estableceré algunas conclusiones.

⁵ CDESC, Observación General Núm. 13: “El derecho a la Educación (Artículo 13)”, cuyo planteamiento analítico corresponde a la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la educación, Tomaševski, El asalto a la educación.

⁶ PNUD, *Objetivos de Desarrollo Sostenible —ODS—. Objetivo Núm. 4: Educación de calidad*. Disponible en <<http://www.undp.org/content/undp/es/home/mdgoverview/post-2015-development-agenda.html>>; UNICEF, *The right of children with disabilities to education*.

II. ¿Qué implica hablar de igualdad en educación?

La igualdad puede ser entendida como simple ausencia de discriminación —igualdad como no discriminación—. En este sentido, son inconstitucionales aquellas normas o prácticas que excluyan a ciertos colectivos; por ejemplo, aquellas que no permiten el ingreso de las mujeres a determinados puestos de trabajo o a los extranjeros nacionalizados a ocupar ciertos cargos. Básicamente, lo que se exige es la evaluación de las razones del legislador o autoridad respectiva para establecer determinado criterio de distinción —sexo-género/nacionalidad—. Si no existen razones suficientes que justifiquen la distinción, la norma o práctica será inconstitucional por ser violatoria del principio de igualdad. Pero, además, la igualdad puede ser entendida como el reconocimiento de la existencia de ciertos grupos que se encuentran en situación de vulnerabilidad, —por ejemplo, mujeres, niños y niñas, personas con discapacidad, migrantes entre otros grupos— respecto de los cuales el Estado asume obligaciones concretas.⁷ Se reconoce que en estos casos no alcanza con no discriminar, ya que se trata de grupos que requieren de políticas concretas de parte del Estado para gozar efectivamente de sus derechos.⁸

Ambas concepciones de igualdad tienen un fuerte impacto en la educación. La educación está atravesada por distintas causas de desigualdad y es, a su vez, una fuente de reproducción de las mismas —“espiral de vulnerabilidad”—.⁹

⁷ Sobre las distintas concepciones de igualdad V., Saba, *Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿qué le debe el estado a los grupos desaventajados?*; Clérico, Aldao, “Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento”, en *Estudios Constitucionales*; Ronconi, *Derecho a la educación e igualdad como no sometimiento*. Respecto a cómo ha sido interpretada la Cláusula de igualdad en México, V., Pou Giménez, “Veinte años de jurisprudencia sobre igualdad y no discriminación en la Suprema Corte” en *Discriminación, piezas para armar*.

⁸ En este sentido, pueden leerse, por ejemplo, los sistemas de cuotas para el ingreso de mujeres a cargos públicos electivos, los sistemas de cuotas para el ingreso de personas afro a las universidades en Brasil, entre otras. Respecto de las acciones positivas, V., Dworkin, *Los derechos en serio*; Ronconi, “¿Tomarnos en serio la igualdad? Algunas reflexiones sobre el establecimiento de acciones positivas en Argentina” en *Revista Direito Público*, pp. 701-718.

⁹ Se llama espiral de vulnerabilidad a la circunstancia en virtud de la cual a una condición de vulnerabilidad inicial (vejez, discapacidad, minoría de edad), se suma otra, debida a condiciones económicas de pobreza, o condiciones culturales de pertenencia a un grupo minoritario, tradicionalmente discrimi-

En este sentido, la educación, puede convertirse en una herramienta de empoderamiento a favor de ciertos grupos que les permitiría salir de esa situación de desventaja. Es obvio que, no alcanza solo con educación: sin embargo, es posible apostar a la educación como *derecho llave* que permite el disfrute y la *apertura de otros derechos*.

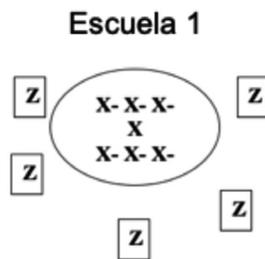
1. ¿Cómo se ha entendido y cómo debe entenderse la igualdad en la educación?

Siguiendo a Tomaševski —2003— es posible distinguir diferentes etapas —exclusión, segregación, integración e inclusión—. Éstas se vinculan con una determinada concepción de igualdad.¹⁰ Veamos:

Exclusión

Bajo este paradigma, ciertos grupos quedan fuera de la educación. De esta manera, el derecho a la educación es reconocido y garantizado para ciertos grupos y no para otros.

La exclusión podría ser representada esquemáticamente de la siguiente manera:



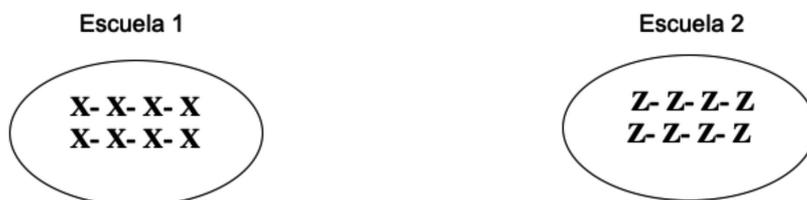
nado, lo que genera a su vez otras condiciones de vulnerabilidad. Quintero Mosquera, *La salud como derecho. Estudio comparado sobre grupos vulnerables*, p. 84.

¹⁰ Para mayor profundidad, V., Ronconi, *Derecho a la educación e igualdad como no sometimiento*, donde trabajo sobre cómo debe interpretarse el derecho a la educación desde una mirada robusta de igualdad analizando el caso particular de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina.

Segregación

Esta etapa postula una escuela distinta, separada para ciertos grupos de personas. De esta manera, se les reconoce el derecho a la educación, es decir, se garantiza el acceso pero, en forma separada, diferenciada entre grupos. Todos/as tienen garantizado el acceso a la educación pero en condiciones distintas.

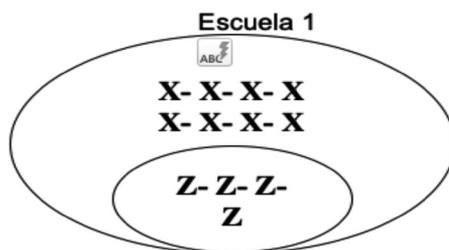
La segregación podría ser representada esquemáticamente de la siguiente manera:



Integración

Reconoce el derecho a la educación para todos los grupos en las mismas escuelas que al resto. Sin embargo, las escuelas no se adaptan a la situación de cada grupo sino, que son las personas las que deben adaptarse. La “no adaptación de la escuela” conlleva el fracaso escolar y el abandono de los grupos más vulnerables.

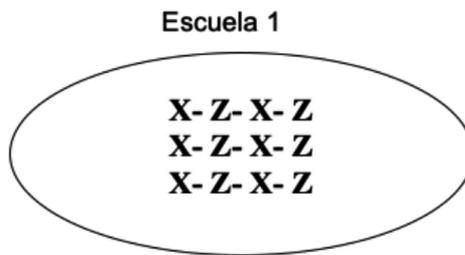
Esquemáticamente es posible representar este paradigma de la siguiente manera:



Inclusión

Implica la apertura real, que todos los grupos estudien en los mismos establecimientos educativos siendo la comunidad educativa la que se adapta a la situación de cada grupo que recibe. Responde al principio de igualdad como no sometimiento e implica que es el sistema educativo el que se adapta a las necesidades educativas de grupos poblacionales con condiciones o en situaciones especiales.

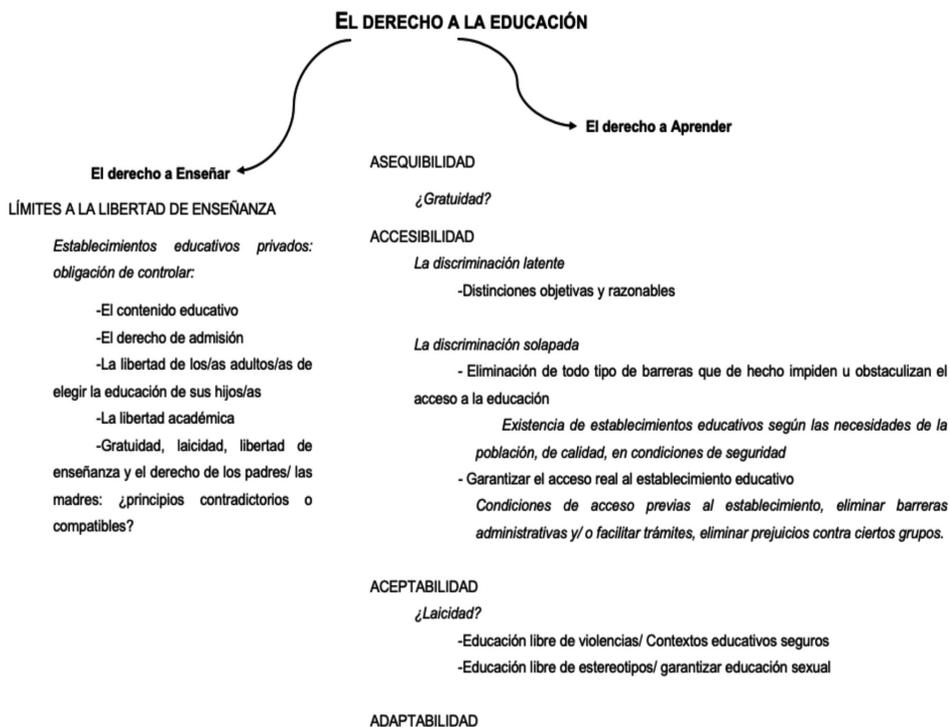
De manera esquemática, tendríamos lo siguiente:



Estas formas de cruzar igualdad y educación deberán estar presentes al momento de interpretar cada uno de los casos y en particular el contenido del derecho a la educación, asumiendo que conforme al art. 3 de la Constitución Mexicana la educación es *inclusiva*.

III. Mapeando el contenido del derecho a la educación y las obligaciones del Estado

Este derecho tiene dos caras. Por un lado, impera a recibir educación —derecho a aprender— y, por otro, a brindar educación —derecho a enseñar—. Estas dos partes funcionan en forma conjunta: no pueden ser interpretadas una sin la otra. En este sentido, entiendo que el derecho a enseñar debe estar siempre condicionado por el derecho a aprender. En lo que sigue, realizaré una distinción y trataré de problematizar cada uno de estos contenidos.



IV. El derecho a enseñar y el derecho a aprender. Límites a la libertad de enseñanza

En distintos instrumentos internacionales y nacionales se garantiza la libertad de enseñanza.¹¹ Esta garantiza la libertad de crear establecimientos educativos privados, así como también el derecho de los padres/madres a escoger la educación para sus hijos/as. Implica de esta manera una interpretación dual, a su vez que estas dos partes se complementan y posibilitan. Asimismo, impone obligaciones en cabeza del Estado —y de los particulares— que deben ser interpretadas conforme una concepción de igualdad robusta. Esto se analiza a continuación.

¹¹ Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 26; PIDESC, artículo 13; CDESC, Observación General Núm. 13: “El derecho a la Educación (Artículo 13)”, párr. 3 y 4; entre otros. En lo que respecta al ámbito local se encuentra en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 3, fracción VI; Constitución de la Nación Argentina, artículo 14.

1. Establecimientos educativos privados: obligación de supervisar.

La garantía de permitir la creación de establecimientos educativos privados implica que no es solamente el Estado quien puede brindar educación, sino que tanto las entidades privadas como los particulares pueden establecer y dirigir sus institutos de enseñanza. Esto último, siempre bajo el contralor del Estado y cumpliendo ciertos requisitos.¹² En lo que respecta a:

A. El contenido educativo

Uno de los requisitos está vinculado con los contenidos que se imparten en los establecimientos privados. Al respecto, el Estado posee una clara obligación de supervisión, pudiendo fijar límites a la libertad de los particulares de aquello sobre lo que eligen enseñar —o dejar de enseñar—. Un tema importante sobre esta cuestión tiene que ver, por ejemplo, con la enseñanza de educación sexual.

Asimismo, existe en cabeza de los Estados la obligación de garantizar *entornos educativos seguros*, en especial de garantizar a las niñas una vida libre de violencia en el ámbito educativo, entendiendo que esta violencia no es solo física sino que “comprende “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”, de conformidad con el artículo 1 de la Convención de Belém do Pará”.¹³ Asimismo, se deben garantizar condiciones de fácil denuncia en casos de violencia.¹⁴ De esta manera, entonces el contenido —lo que se enseña— no queda fuera del concepto del derecho a la educación y las obligaciones del Estado.¹⁵

¹² Esta obligación de supervisar ha sido reconocida por la Corte IDH, por ejemplo, en el ámbito del derecho a la salud en el caso Corte IDH, *Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*; asimismo, en forma más reciente en *Idem, González Lluy y otros vs. Ecuador*. C 298.

¹³ *Idem, Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador*, pp. 111-118.

¹⁴ Al respecto, V., Ronconi, *Comentario al caso Corte IDH Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador*. Disponible en <https://debatesdh.blogspot.com/2021/04/nuevo-comentario-fallo-de-la-corte-idh_01343682675.html>.

¹⁵ V., vínculo con libertad de cátedra, pto. 4 de este apartado.

B. El derecho de admisión

Otra de las cuestiones que podría entrar en tensión con la educación en manos de privados es el llamado derecho de admisión ejercido por los establecimientos privados.¹⁶ No me refiero aquí al examen de admisión que establecen ciertos institutos o universidades basado en el mérito,¹⁷ sino a los criterios de admisión que aplican los particulares, en especial en la educación básica donde el criterio de selección no está vinculado especialmente con el mérito. En este sentido, en la educación gestionada por privados —por ejemplo, administrada por grupos nacionales, étnicos o religiosos— el derecho de admisión aparece vinculado con la libertad de contratar —derecho de asociación—. La pregunta es si ese derecho puede ser limitado, desde un argumento de igualdad, cuando aquella contratación implica prácticas discriminatorias.¹⁸ En materia de derecho a la educación existe un interés especial del Estado, ya que mediante la educación se busca formar ciudadanos/as con conciencia democrática. Con esto en mente, para que un establecimiento educativo privado decida no formalizar un contrato con determinadas familias o recibir solo niñas y niños de determinada religión, origen étnico o personas con discapacidad, las razones que aleguen para negar la matriculación o rematriculación no deben ser discriminatorias; por el contrario,

¹⁶ Entendido como el derecho en virtud del cual, la persona titular del establecimiento y/o evento, se reserva la atribución de admitir o excluir a terceros de dichos lugares siempre que la exclusión se fundamente en condiciones objetivas de admisión y permanencia, *Cf., Ley Argentina Nro. 26370*, artículo 4.

¹⁷ Las universidades, en cuanto tiene un sistema de ingresos limitados, pueden establecer criterios de admisión y, en general, estos están basados en el mérito. Esto es mediante la evaluación de los/as candidatos/as con exámenes de ingreso, entre otras. Esta política de ingreso no puede escapar a una mirada igualitaria robusta al momento de analizar quienes históricamente han ingresado a la universidad. El argumento de igualdad nos exige mirar la situación en la que los grupos llegan a competir por esos lugares, reconociendo que existen grupos que se encuentran en situación de desventaja estructural. En este sentido, muchas universidades han establecido sistemas de cuotas para el ingreso por ejemplo de las personas afrodescendientes, mujeres, entre otros. Sin embargo, este sistema de cuotas ha sido fuertemente cuestionado, al respecto, V., por ejemplo, Suprema Corte de Estados Unidos, (*Regents of the University of California v. Bakke*. Sobre el impacto de estas políticas, V., Da Silva, Ocoró Loango, “Afrodescendientes y educación superior. Un análisis de las experiencias, alcances y desafíos de las acciones afirmativas en Colombia y Brasil” en *Revista Educación superior y Sociedad*. Disponible en <<https://www.iesalc.unesco.org/ess/index.php/ess3/article/view/22>>.

¹⁸ Saba, “Igualdad de trato entre particulares”, en *Revista Lecciones y Ensayos*, núm. 89.

deben ser legítimas, fundadas y probadas.¹⁹ Frente a esto, el Estado tiene la obligación de ejercer un fuerte contralor respecto de dichos establecimientos y sus prácticas de admisión.

En este sentido, sostuvo la Corte IDH en el caso *González Lluy* que la expulsión de una niña con VIH de la escuela —y el rechazo a ser matriculada en otros establecimientos educativos— por el presunto peligro que generaba para sus compañeros constituye una práctica discriminatoria, pues ese riesgo no fue demostrado. Por el contrario, la Corte reconoce que “las personas con VIH han sido históricamente discriminadas debido a las diferentes creencias sociales y culturales que han creado un estigma alrededor de la enfermedad. De este modo, que una persona viva con VIH/SIDA, o incluso la sola suposición de que lo tiene, puede crear barreras sociales y actitudinales para que esta acceda en igualdad de condiciones a todos sus derechos”.²⁰ Se trata entonces de discriminaciones de hecho, basadas en estereotipos o creencias pero que carecen de una justificación razonable.²¹

Los particulares pueden, entonces, ejercer el derecho de admisión. Sin embargo, la decisión está sujeta a criterios de razonabilidad: relación entre medios —ejercicio del derecho de admisión respecto de determinado/a estudiante— y fines —fines propios de la actividad educativa—. Si los motivos de la admisión no pasan el estándar de razonabilidad se estaría frente a un acto discriminatorio.²²

¹⁹ Estas pueden ser de lo más variadas y requerirá la aplicación del principio de proporcionalidad ante el caso en concreto, por ejemplo, en el caso de escuelas que profesan el catolicismo y que no permiten el ingreso de otras religiones. En otros casos, esa aplicación de un criterio de selección puede estar vinculado con la intención de dejar fuera ciertos grupos, por ejemplo, las personas con discapacidad. Sobre los diversos derroteros que deben atravesar los/as adultos/as a cargo de niños/niñas con discapacidad V. <<https://acij.org.ar/demandan-al-gobierno-de-la-ciudad-por-los-rechazos-de-inscripcion-que-enfrentan-las-os-ninas-os-con-discapacidad-en-escuelas-privadas/>>.

²⁰ Corte IDH, *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, párr. 236.

²¹ Estas discriminaciones de hecho fueron luego avaladas por diferentes instancias judiciales que alegaban el interés superior de los otros niños y niñas y el riesgo que la niña implicaba para ellos. Por eso, recomendaban una educación a distancia, *Idem*, párrs. 245 y ss.

²² En este sentido, la Corte Constitucional de Colombia ha sostenido que el acceso y la permanencia de los alumnos en el sistema educativo y en el plantel en el que se encuentran matriculados son garantías constitucionales, pudiendo solo limitarse cuando existan elementos razonables —incumplimiento académico o graves faltas disciplinarias del estudiante— que lleven a privar a la persona del beneficio de permanecer en una entidad educativa determinada, Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-500 de 1998, entre otras.

C. La libertad de los/as adultos/as de elegir la educación de sus hijos/as

Se encuentra reconocida en diferentes instrumentos internacionales.²³ Sin embargo, es susceptible de importantes limitaciones. En primer lugar, no es optativo para los padres/madres el educar a sus hijos/as; de esta manera, los niños y niñas deben ser educadas en determinados lugares —escuelas, colegios— autorizados por el Estado. Este es entonces, el primer límite que encuentra la libertad de los padres/las madres de educar a sus hijos/as. Pero ¿existen otros dentro de la educación formal? Las preguntas se complejizan: ¿tienen los padres/las madres absoluta libertad para elegir la educación de sus hijos/as? Tal libertad, ¿puede ser limitada por la existencia de un fin superior? ¿Puede oponerse un padre/madre a que su hijo/a reciba cierto contenido educativo? ¿Puede exigir la enseñanza de ciertos contenidos, ejemplo, religión?

Claramente, la libertad de los padres/las madres de elegir la enseñanza de sus hijos/as encuentra límites en el concepto mismo de derecho a la educación que rige respecto de los/as niños/as. Estos límites están impuestos por la determinación del fin de la educación. Entender la educación como un *derecho humano* implica que los padres no pueden negarse a que sus hijos reciban ciertos contenidos que el Estado califica como “mínimos”. Por ejemplo, a sumar y restar, a identificar las letras, a leer y escribir. Pero existen otros contenidos que han sido más problemáticos, tales como la enseñanza de educación sexual o educación religiosa en las escuelas públicas.

Existen determinados valores o conocimientos cuya transmisión es de interés para el desarrollo de la autonomía de la persona que se está educando. Por eso su enseñanza no es disponible por los/as adultos responsables. En este sentido, uno de los debates actuales se refiere a la enseñanza de educación sexual en las escuelas.

Otro nuevo problema se suma, ¿Cómo se reparan estos actos discriminatorios? ¿Es posible obligar a la escuela a incorporar a determinado/a alumno/a? o por el contrario, ¿puede ser la reparación solo económica —pagar por discriminar—? Al respecto, V. Saba, *op. cit.*

²³ Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 26.3; *PIDESC*, artículo 13.3, entre otros.

El derecho de los padres/ madres no es una carta de triunfo que le permita oponerse a cualquier enseñanza con la que no estén de acuerdo. Si existen argumentos de peso fuerte que indiquen que es necesaria la enseñanza de un determinado contenido los padres/las madres deben tolerar dicha enseñanza, incluso cuando luego la refuercen o modifiquen con una enseñanza complementaria —por ejemplo, con consejos propios, enseñanza de una religión determinada, entre otros—. De esta manera, para que los padres/madres puedan oponerse a la enseñanza brindada en las escuelas conforme los contenidos fijados por el Estado, es necesario que exista una verdadera injerencia con sus creencias filosóficas o religiosas y que la finalidad misma de la educación no se encuentre comprometida.²⁴

D. La libertad académica

Si bien es un concepto especialmente vinculado a la educación universitaria,²⁵ sus principios deben ser aplicados a todo tipo de educación. Conforme la OG Núm. 13 del Comité DESC comprende

la libertad del individuo para expresar libremente sus opiniones sobre la institución o el sistema en el que trabaja, para desempeñar sus funciones sin discriminación ni miedo a la represión del Estado o cualquier otra institución, de participar en organismos académicos profesionales o representativos y de disfrutar de todos los derechos humanos reconocidos internacionalmente que se apliquen a los demás habitantes del mismo territorio.²⁶

²⁴ Recientemente el TEDH sostuvo la prevalencia del derecho a la educación de las niñas sobre la libertad religiosa. En el caso se cuestionaba la negativa de los padres de mandar a sus hijas, con doble nacionalidad suiza y turca y residentes en Basilea, a clases de natación mixta. TEDH, *Osmanoglu et Kocabaş v. Suiza*.

²⁵ Hace a la “autonomía universitaria”, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 3, fracción VII, principio que surgió desde el movimiento de reforma de la Universidad de Córdoba en 1918 y se configuró en la región como un principio fundamental de las universidades, estableciendo el autogobierno y el co-gobierno universitario, la competencia de las universidades para darse sus estatutos de estructura, organización y funcionamiento y, a la vez, la capacidad para autogobernarse de acuerdo a los criterios propios, eligiendo a sus autoridades y profesores, dejando el régimen disciplinario sin interferencia alguna de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, la libertad de cátedra y de investigación, la determinación del acceso a la educación superior y la contratación del profesorado, la libertad de distribuir los recursos, entre otras.

²⁶ CDESC, Observación General Núm. 13: “El derecho a la Educación (Artículo 13)”, párr. 39.

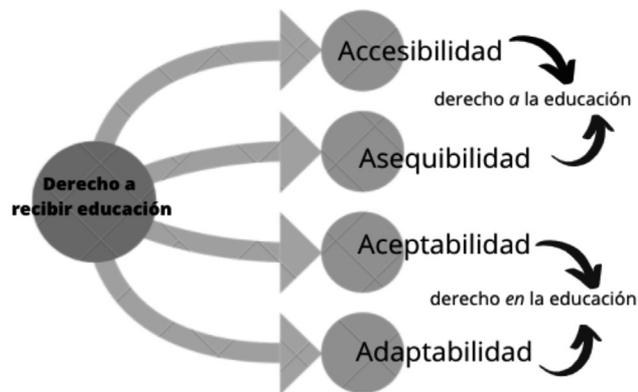
Sin duda, este principio fundamental debe ser interpretado en conjunto con otros principios, en especial cuando se trata de la educación de niños, niñas y adolescentes.

E. Gratuidad, laicidad, libertad de enseñanza y el derecho de los padres/ las madres: ¿principios contradictorios o compatibles?

Los criterios de laicidad y gratuidad no rigen respecto a la educación en manos de privados, sino que se aplican a la educación que depende en forma directa del Estado. De esta manera, muchas de las escuelas confesionales son gestionadas por particulares y los padres/las madres deben abonar una suma de dinero en concepto de matrícula, entre otras erogaciones —matriculación anual, costos de los materiales educativos, uniformes escolares, por ejemplo—. Se presenta aquí un primer gran problema: aquellos/as que tienen dinero, en general pueden elegir la educación de sus hijos/as: pueden optar entre una escuela pública laica o una escuela de gestión privada laica o confesional. Ahora bien, aquellos/as que no tienen dinero para afrontar los costos que las escuelas gestionadas por privados implican, deben conformarse con la escuela pública, que como sostendré tiene que ser laica. Entonces, en estos casos, ¿dónde queda el derecho de los padres/las madres a elegir la educación de sus hijos/as conforme la religión que ellos prefieran? Considero que la obligación que tiene el Estado de que no se imparta religión alguna en las escuelas puede ser compatibilizada con la libertad de los padres/las madres. Estos pueden elegir la educación de sus hijos y formarlos en su religión en otras instancias —iglesias, templos, etc.— Los padres/ las madres deberían poder elegir la educación de sus hijos/as en materia religiosa, ya que está no puede estar condicionada a los ingresos económicos, pero *esto debe estar garantizado por fuera de las escuelas para que la educación cumpla con su función siendo respetuosa del principio de igualdad*. En el mismo sentido debe leerse la obligación que tienen los particulares y los/as docentes en general de garantizar ciertos contenidos —como por ejemplo la educación sexual—.

V. El derecho a recibir educación: derecho a aprender

El derecho a recibir educación está compuesto por las cuatro “As” definidas por K. Tomaševski. Implica no solo el “ir a la escuela” sino también la permanencia y el derecho a recibir educación de calidad, que permita la formación de competencias para la vida en sociedad. Por eso es posible hablar de un *derecho a la educación* y un *derecho en la educación*. Esquemáticamente tendríamos:



VI. Asequibilidad

Implica que la enseñanza sea gratuita y financiada por el Estado y que exista una infraestructura adecuada y docentes formados y capaces de sostener la prestación de educación.

Es necesario tener presente que la gratuidad de la educación no solo es una cuestión económica, sino que habla de la relevancia que los Estados otorgan a esta herramienta y a la formación de la ciudadanía futura. Entonces, es importante identificar si el Estado está asumiendo un rol principal o, por el contrario, asume un rol subsidiario donde el rol principal está en manos de particulares. La premisa con la que debe interpretarse la gratuidad en la educación nos dice que la calidad educativa —y por ende la forma en que se forma la futura ciudadanía— no

puede depender del pago, sino que, por el contrario, el Estado debería asumir el costo educativo. Esto permitirá construir una ciudadanía más igualitaria.

El párrafo 2 del artículo 13 del PIDESC establece que:

- a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;
- b) La enseñanza secundaria... debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;
- c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita.²⁷

Así, la gratuidad en la educación primaria es una obligación inmediata del Estado.²⁸ Y, en lo que respecta a la enseñanza secundaria y superior, se pide a los Estados que implementen políticas orientadas a la progresiva implantación de la gratuidad. En ciertos países de la región esto —gratuidad en el nivel secundario y superior— ya ocurre. Se aplica así el principio de progresividad y no regresividad.²⁹

Ahora bien, ¿de qué hablamos cuando hablamos de gratuidad? En este sentido, es posible identificar tres concepciones: ³⁰

- a) La *concepción minimalista* que afirma que la gratuidad de la educación implica que solo los costos de la matrícula y de los derechos académicos deben ser eximidos de pago;
- b) la *concepción intermedia* afirma que, además de los anteriores costos, la gratuidad de la educación implica que también deberían subsidiarse los costos indirectos, como uniformes, libros y transporte;

²⁷ En este sentido, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 3, la obligación es más robusta ya que establece que “IV. Toda la educación que el Estado imparta será gratuita”.

²⁸ Al respecto, V. Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-376-2010.

²⁹ V. el artículo de Christian Courtis, en este mismo volumen.

³⁰ Uprimny, *La Gratuidad en Educación Básica*. Disponible en <https://docs.esccr-net.org/usr_doc/La_Gratuidad_en_Educacion_Basica.pdf>.

- c) una tercera *concepción, más robusta*, plantea que la gratuidad debe cubrir gastos compensatorios, es decir que el Estado debería subsidiar el costo de oportunidad en que incurre la familia al enviar a un niño a la escuela.

Considero que la opción *intermedia* es la que más se ajusta a la visión de igualdad robusta, pues implica que el Estado no solo debe abstenerse de efectuar cobros, sino que además debe disponer de todas las medidas indispensables para garantizar el acceso a la educación —por ejemplo, mediante la entrega de materiales de estudio—.

Actualmente, los Estados, en general, garantizan la opción de la educación pública. Sin embargo, son los costos indirectos relacionados con la educación los que impiden que los niños y las niñas puedan tener garantizado este derecho. Al respecto, el Comité DESC sostuvo que estos costos “pueden tener efectos altamente regresivos”.³¹ En este sentido, “los derechos de matrícula impuestos por el gobierno, las autoridades locales o la escuela, así como otros costos directos, son desincentivos del disfrute del derecho que pueden poner en peligro su realización”.³² Distintas sentencias han obligado la provisión de transporte escolar gratuito para el acceso a la educación.³³ La gratuidad implica, entonces, no solo

³¹ CDESC, Observación General Núm. 11: Planes de acción para la enseñanza primaria (artículo 14). Disponible en <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=9&DocTypeID=11>.

³² *Idem*, párr. 7.

³³ Al respecto, V, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-008/2016, donde se resolvió que el Estado debe garantizar el transporte escolar a la escuela secundaria más cercana a favor de 4 niños que vivían fuera del casco urbano, pues esto es parte de la obligación de gratuidad. En el mismo sentido, puede leerse la sentencia dictada por el Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario Núm. 4, *ACIJ c. GCABA s/amparo*. Se trató de una acción de amparo colectiva presentada contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, CABA o GCABA) donde se solicitó, en representación de los niños y niñas de la Villa 31-31 Bis del barrio de Retiro, que asistían a escuelas de los niveles educativos inicial y primario y que concurrían a establecimientos educativos alejados de su barrio —más de 10 cuadras— y no recibían transporte escolar gratuito, que se ordenara dicho servicio, a fin de garantizar el derecho a la educación de estos niños y niñas. El tribunal sostuvo que: “es insoslayable que el Estado no debe limitarse a la sola garantía de la educación gratuita sin más, pues de nada sirve su existencia en términos abstractos y genéricos si no se puede acceder a ella. Por lo tanto, su labor no termina con la promoción de establecimientos educativos gratuitos, sino que debe complementarse en la práctica con el genuino aporte de herramientas de toda índole, desde material de estudio, manutención y transporte, para efectivizar la igualdad de oportunidades y acceso a la educación”.

el deber garantizar el no pago de dinero alguno, sino además la obligación de promover que los/as alumnos/as puedan acceder al derecho a la educación en condiciones reales. Para esto es necesario disponer de ayudas económicas para los grupos que se encuentran en situación de vulnerabilidad.

Esta cuestión resulta relevante de analizar en el contexto de la pandemia de COVID-19, que produjo que en la mayoría de los Estados de la región —y del mundo— se resolviera el aislamiento preventivo de la población³⁴ y como consecuencia el cierre de las escuelas. En este sentido, en muchos casos aquellas continuaron el dictado de clases bajo la modalidad virtual —mediante el uso de herramientas digitales—. Sin embargo, esto implicó que miles de niños/as y adolescentes quedaran fuera del sistema educativo por no contar con los recursos necesarios para continuar con la cursada virtual. Básicamente, por dos cuestiones: falta de acceso a internet o falta o insuficiencia de acceso a dispositivos digitales —teléfonos inteligentes, tablets, computadoras, entre otros—.³⁵ Es por esto que, resulta relevante preguntarnos qué implica la gratuidad en estos casos. Pareciera que las obligaciones del Estado son claras al respecto. En este sentido, se resolvió el caso *Asesoría Tutelar*³⁶ en el que se obligó al Gobierno de la CABA a garantizar dispositivos electrónicos a los/as estudiantes que carecieran de ellos y conectividad para que puedan continuar con sus procesos educativos.³⁷

³⁴ Al respecto, V. ACIJ, *Acceso a la justicia en Latinoamérica*. Disponible en <<https://acij.org.ar/wp-content/uploads/2020/11/version-11-11-20-Informe-Encuesta-REGIONAL-situacion-de-acceso-a-la-justicia-covid-19.docx-1.pdf>>.

³⁵ Al respecto, V. UNICEF, Comunicado de prensa: La falta de igualdad en el acceso a la educación a distancia podría agravar la crisis mundial del aprendizaje. Disponible en <<https://www.unicef.org/es/comunicados-prensa/la-falta-de-igualdad-en-el-acceso-la-educaci%C3%B3n-distancia-en-el-contexto-de-la->>; RED CLADE, *Diagnóstico de la situación del derecho humano a la educación en tiempo de pandemia*. Disponible en <<https://redclade.org/wp-content/uploads/INFORME-DIAGNOSTICO-DERECHO-HUMANO-A-LA-EDUCACION-TIEMPO-DE-PANDEMIA-FINAL-25-11-2020.pdf>>.

³⁶ Juzgado de 1ra. Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario Núm. 2 Secretaria Núm. 4, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, *Asesoría Tutelar 2 y otros contra GCABA sobre Amparo Educación y otros*. Disponible en <<https://acij.org.ar/wp-content/uploads/2020/06/0w5y4aZn-2.pdf>>.

³⁷ Debo advertir sobre diversas críticas al respecto. En primer lugar, la falta de formación docente en el uso de las tecnologías. Por otro lado, en la falta de consideración de las especiales situaciones de aprendizajes de los/as niños/as, en especial por ejemplo el impacto que tiene el dictado de clases virtuales para las personas con discapacidad.

Sin duda, la pandemia dejará como consecuencia la incorporación y el uso de herramientas digitales como una forma más para reforzar la educación. Por esto, las obligaciones de los Estados en materia de gratuidad también deben re-interpretarse en este sentido.

VII. Accesibilidad

Implica que el sistema no sea discriminatorio y que se prevean medidas positivas para incluir a las personas o grupos en situación de vulnerabilidad.

Podemos aquí distinguir dos situaciones:

1. La discriminación latente

El acceso a la educación requiere la eliminación de todo tipo de discriminación normativa que impida, limite o restrinja el acceso a la educación. No quiero sostener con esto que no existan normas que regulen el acceso a la educación y que realicen clasificaciones a tal fin. La mayoría de las normas clasifican de alguna manera —por ejemplo, la exigencia de haber concluido el ciclo básico para iniciar la universidad—. Sin embargo, la obligación de eliminar todo tipo de discriminación normativa exige indagar sobre las razones —o sinrazones— de dicha clasificación.

Hoy en día es posible afirmar que este tipo de normas son muy excepcionales, ya que los Estados latinoamericanos han realizado una apuesta fuerte por la educación sin dejar de considerar, en general, a grupos excluidos.³⁸ Sin embargo, por

³⁸ En este sentido resulta relevante la sentencia recaída en el caso ECOWAS, *Women Against Violence and Exploitation in Society (WAVES) vs. República de Sierra Leone*, Disponible en <<https://www.escr-net.org/es/caselaw/2020/women-against-violence-and-exploitation-society-waves-vs-republica-sierra-leone>>, donde se cuestionó una política que prohibía que niñas embarazadas asistieran a la educación general, aduciendo que violaba sus derechos bajo la Carta Africana y otros instrumentos de derechos humanos regionales e internacionales. Estas niñas eran enviadas a escuelas separadas que solo funcionaban tres veces por semana y enseñaban solo cuatro materias. El argumento del Estado era que estas niñas influirían negativamente en sus pares. Como consecuencia por un lado se agravaba el estigma contra estas niñas y en muchos casos no retomaban la escuela.

ejemplo, históricamente han existido colegios para niños y colegios para niñas. En Argentina, hace unos años se discutió el caso *Colegio Monserrat*.³⁹ En este caso, los padres y las madres de alumnos —varones— regulares del Colegio Nacional de Monserrat, dependiente de la Universidad Nacional de Córdoba,⁴⁰ interpusieron una acción de amparo cuestionando la Resolución 2/97 del Consejo Superior de la Universidad por la cual se transformaría a dicho Colegio en un establecimiento de carácter mixto. Hasta el momento del dictado de la Resolución solo podrían ingresar al establecimiento educativo varones, quedando excluidas las mujeres. Los padres/las madres alegaban su derecho a elegir la educación de sus hijos, quienes en ese momento se encontraban cursando 1º y 2º año. La Corte resolvió la cuestión argumentando sobre la legitimidad de la resolución. En el voto del Juez Petracchi es posible identificar un argumento que vincula el problema del caso con una cuestión de igualdad y derecho a la educación. El juez sostiene que “los actores no han mostrado —y mucho menos, demostrado— *cuál sería el imperioso interés público que aconsejaría excluir a las jóvenes de los beneficios de la educación que brinda el Monserrat*”. Indica que son aquellos que pretenden negar la validez de la norma quienes deben justificar el interés imperioso del Estado en la no inclusión de las mujeres en ese colegio. Existe además una inversión de la carga de la argumentación. Eran los padres que pretendían impugnar la validez de la norma sobre quienes recaía la carga agravada de la prueba. Además, el juez parece detectar que no alcanza con que no existan argumentos para excluir a las mujeres del ingreso al colegio Monserrat, sino que reconoce la situación de desigualdad estructural que este grupo padece, que resulta perpetuada por la imposibilidad de ingresar al Colegio.⁴¹ Para esto, hace un análisis del

³⁹ CSJN Argentina, *Colegio Monserrat*.

⁴⁰ Se trata de uno de los colegios públicos más importantes de la región, donde históricamente se han formado las elites políticas y/o económicas.

⁴¹ En este sentido sostiene que “no puedo cerrar estas consideraciones sin referirme a los denodados esfuerzos de los actores apelantes para demostrar que su demanda no es discriminatoria: “circunstancia esta” —dicen— “que a esta altura de los siglos todos los firmantes repugnamos”. Dichos esfuerzos me parecen vanos... Los argumentos utilizados en su demanda... encubren el verdadero motivo, verdaderamente discriminatorio —CSJN Argentina, *Colegio Monserrat*, considerando 7—, que podría expresarse así: no dicen nada en contra de las mujeres; pero, no quieren que se integren en una educación conjunta con sus hijos varones. La pretensión de los actores importa, pues, un agravio hacia las mujeres excluidas y, por lo mismo, no merece la tutela jurisdiccional por ser incompatible con la necesidad de cimentar una sociedad democrática e inteligente” (*Idem*, cons. 13).

contexto social: sostiene que el Colegio Nacional de Monserrat, cuyos “antecedentes y méritos están fuera de toda duda” —cons. 5—, ofrecía educación solo a los alumnos varones ¿Qué es lo que está implícito cuando resalta los antecedentes y méritos del colegio?

Los colegios dependientes de las Universidades suelen ser colegios de mucho prestigio académico. Además, por lo general, formadores de elites gobernantes o similares. Si las vacantes solo se aseguran a los varones, entonces las mujeres no solo no tienen la posibilidad de ingresar a una educación secundaria pública y gratuita que garantiza educación de excelencia, sino que también probablemente se reducen sus chances de ser formadas para conformar elites gobernantes o estatales. Esta situación es una desigualdad construida sobre, y que retroalimenta, estereotipos de géneros.⁴²

Otro claro ejemplo de discriminación normativa se vincula con la situación de las personas con discapacidad. En este sentido, ellas continúan padeciendo de una fuerte situación de desigualdad, pues si bien no se niega el derecho que tienen de acceder a la educación, este se lleva a cabo a través de escuelas distintas —escuelas especiales—, en clara violación del art. 24 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.⁴³ Cabe preguntarse por qué razones las personas con discapacidad aún son educadas en escuelas especiales. Esta distinción está basada en mitos, prejuicios y estereotipos respecto de aquellas.⁴⁴

⁴² Clérico, Novelli, “La inclusión de la cuestión social en la perspectiva de género: notas para reescribir ‘Campo Algodonero’”, en *Revista de Ciencias Sociales*, Núm. 68.

⁴³ Que dispone que “Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la educación. Con miras a hacer efectivo este derecho sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, los Estados Partes asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles así como la enseñanza a lo largo de la vida [...]”. Esta Convención fue ratificada por México el 30 de marzo de 2007.

⁴⁴ Por ejemplo, que estas personas no pueden educarse en las mismas condiciones, que atrasarían al resto de sus compañeros/as, que los maestros/as no son quienes deben ocuparse de su educación, que la educación inclusiva es muy costosa, entre otros. En este sentido, V, SCJN, Segunda Sala, Amparo Directo 31/2018. Al respecto V, González Araya, Leal Gutiérrez, “Los estudiantes con discapacidad entre los mitos, prejuicios y estereotipos”, en *InterSedes: Revista de las Sedes Regionales*, pp. 118-129.

2. La discriminación solapada

Más allá de esta situación particular, la discriminación irrazonable —injustificada— pareciera no ser el problema en materia de educación, pues es bastante sencilla de identificar. El problema existe cuando se analiza la situación con una lupa más amplia: la de la igualdad como no sometimiento. Esta mirada implica que aún cuando se garantice normativamente el acceso a todos/as, aquellos que viven en ciertos contextos —personas con discapacidad en una sociedad que impone barreras físicas y actitudinales, personas en situación de desplazamiento forzado— o lugares —los niños y niñas que habitan en zonas pobres de las ciudades— o se encuentran en ciertas posiciones —ser mujer, perteneciente a pueblos originarios—, se enfrentarán con fuertes dificultades para acceder al sistema educativo —y continuar en él—. Estos grupos se encuentran en general ante una situación de *discriminación interseccional*. En este sentido, se asume que “la discriminación [...] no solo fue ocasionada por múltiples factores, sino que derivó en una forma específica de discriminación que resultó de la intersección de dichos factores, es decir, si alguno de dichos factores no hubiese existido, la discriminación habría tenido una naturaleza diferente”.⁴⁵

Lo que se debe garantizar es un *acceso igualitario real a la educación*. Esto implica, necesariamente, garantizar la *accesibilidad material*, la *accesibilidad económica* y también *simbólica*.

a) Eliminación de todo tipo de barreras que de hecho impiden u obstaculizan el acceso a la educación

En ciertos casos no alcanza solo con eliminar de las normas las causales de discriminación irrazonable que impidan el acceso a la educación, sino que para garantizar el goce efectivo de este derecho —en términos de igualdad real, recaen sobre el Estado un conjunto de obligaciones bien concretas. Algunas de ellas, vinculadas particularmente a las condiciones de los establecimientos educativos que mencionare a continuación.

⁴⁵ Corte IDH, *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, párr. 290.

- *existencia de establecimientos educativos según las necesidades de la población*

Esto implica la obligación de los Estados de crear y sostener establecimientos educativos conforme las necesidades de cada zona. No alcanza con tener determinado número de establecimientos, que puede ser altísimo, si estos se encuentran ubicados solo en ciertos sectores de la ciudad, o cuando los que existen no son suficientes para responder a las demandas de la zona. Esto es así, ya que el hecho de ir a la escuela no supone solamente estar sentado frente a un docente durante algunas horas, sino que implica mucho más. Trasladar a las personas, en la mayoría de los casos menores de edad, de un lugar a otro, no parece ser en principio una respuesta suficiente del Estado.⁴⁶ Los niños y las niñas deben poder asistir a escuelas cercanas a su domicilio o, en todo caso, poder elegir —ellas y ellos mismos, o los adultos responsables— dónde quieren educarse. La existencia de estas situaciones —falta de vacantes o de escuelas cercanas que hacen necesario el transporte, entre otras— indica que el Estado no está cumpliendo con su obligación de crear y sostener escuelas conforme a las necesidades de la población.⁴⁷

- *establecimientos educativos de calidad*

Ahora bien, no alcanza solo con que existan escuelas, sino que además los establecimientos deberán cumplir con condiciones de calidad. No cualquier espacio

⁴⁶ En este caso, el criterio que debería tomarse en cuenta es la “razonabilidad” de la medida. De esta manera, no parece ser razonable que los/as niños/as tengan que caminar dos horas para llegar a la escuela. Por lo tanto, no se estaría garantizando la accesibilidad del derecho. Sin embargo, si la escuela más cercana está a media hora en transporte, y éste es gratuito, parece, en principio, que se han tomado medidas para hacer accesible el derecho a la educación.

⁴⁷ Para esto deberán a) obtener y producir información y estadísticas con el objeto de conocer la situación actual de la matrícula e ir proyectando la creación de nuevas escuelas o readaptando las existentes; b) crear y sostener escuelas conforme las necesidades de la población y de la zona; c) prever los gastos de creación, mantenimiento y readaptación de edificios escolares, docentes, personal administrativo en el presupuesto y ejecutarlos; d) formar docentes para tales establecimientos con condiciones de trabajo adecuadas; e) cantidad de docentes acorde al número de alumnos/as; f) disponer material didáctico/ biblioteca conforme las necesidades de cada una de las escuelas y/o niños, niñas y adolescentes que asisten; g) disponer de espacios de recreación adecuados —salones de música, de deportes, etc.— entre otras.

cerrado puede convertirse en un aula o escuela. Debe ser un lugar acorde con las necesidades de las personas que allí concurren.⁴⁸

- *establecimientos educativos en condiciones de seguridad*

Los establecimientos educativos deben encontrarse en condiciones de seguridad para garantizar la integridad física de las personas que allí se encuentran. Estas condiciones exigen que los establecimientos se encuentren aptos en lo que respecta a infraestructura. Por ejemplo, accesos y salidas de emergencia, desniveles, rampas, protección contra incendios, instalaciones eléctricas y de gas, ventilación, entre otras. Dichas condiciones incluyen también que los edificios sean aptos para que concurren personas con discapacidad. Por ejemplo, la forma en que se abren las puertas, baños adaptados, rampas, establecimiento señalizado para no videntes, entre otras.

b) Asimismo implica garantizar el acceso real al establecimiento educativo

Los Estados están obligados también a garantizar el acceso real al sistema educativo —obligación de cumplir: facilitar y proveer—, y para esto debe realizar una serie de acciones más allá de la creación de establecimientos educativos. Entre ellas:

- *Condiciones de acceso previas al establecimiento*

Debe garantizarse que todos/as los/las niños/niñas puedan llegar al establecimiento.⁴⁹ Para esto no solo deben existir establecimientos cercanos a los domicilios

⁴⁸ Esta situación fue debatida en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en el caso conocido como “Aulas Container”, Juzgado CAyT de la CABA Núm. 11, *Iglesias José Antonio y otros c/ GCBA s/ amparo*. Este caso se origina por la instalación de espacios modulares como aulas en las escuelas a fin de poder tener más espacio.

⁴⁹ En estas necesidades también es necesario considerar las obligaciones de los estados más allá del vínculo educativo en sí. Por ejemplo, resulta relevante que los niños y las niñas lleguen a la escuela en condiciones de “ser educados”. Esto, por ejemplo, no sucede cuando carecen de una alimentación

o transporte escolar —excepcionalmente—, sino además garantizarse otras condiciones. Por ejemplo, veredas o calles adecuadas donde los/las niños/as puedan caminar, condiciones de seguridad ante situaciones de violencia —robos, calles o rutas sin acceso peatonal—.

- *Eliminar las barreras administrativas y facilitar trámites*

Esta obligación implica también eliminar todas las barreras administrativas que impidan a un/a niño/a o adolescente ingresar a un establecimiento educativo. En este sentido, por ejemplo, la falta de documento que acredite la identidad no puede constituirse en una barrera para el ejercicio del derecho a la educación.

Este planteo fue abordado por la Corte IDH en el caso de las niñas *Yean y Bosico*.⁵⁰ En este caso, el Estado dominicano negó la nacionalidad a las niñas Yean y Bosico, solicitada mediante el procedimiento de declaración tardía, a pesar de haber nacido en territorio dominicano.

La falta de reconocimiento de la nacionalidad no solo ponía a las niñas en una situación de peligro inminente de ser expulsadas del país, sino que, además, les impedía ingresar a la escuela y acceder a servicios de salud y asistencia social por carecer de un documento de identidad. La Corte reconoce que “*el Estado debe cumplir su obligación de garantizar el acceso a la educación primaria y gratuita de todos los niños, independientemente de su ascendencia u origen, que se deriva de la especial protección que se debe brindar a los niños*” —párr. 244—.

Si bien, las escuelas, en ciertos casos aceptan alumnos/as indocumentados/as, el problema se presenta cuando terminan la educación primaria y secundaria, pues no pueden obtener el título que acredita la culminación de tales estudios o, peor todavía, cuando aún sin terminarla, dejan de asistir al establecimiento educativo.

adecuada. Al respecto, V, Tribunal Superior de Sudáfrica, *Equal Education and others vs. Minister of Basic Education and others*, Disponible en <<https://www.escri-net.org/es/caselaw/2020/equal-education-y-otros-vs-ministerio-educacion-basica-y-otros-225882020>>.

⁵⁰ Corte IDH, *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*.

En este sentido, por ejemplo, aunque en Argentina, en general, las personas sin documentos no tienen dificultades para acceder al sistema educativo, la falta de documento identificatorio constituye un impedimento para el goce de otros derechos: salud, trabajo, asistencia social, vivienda, que complementan y se hacen posibles mediante el derecho a la educación.

Corresponde al Estado eliminar todo tipo de barreras, creando procedimientos rápidos y no burocráticos para la obtención de la documentación necesaria, realizando un seguimiento de aquellos casos que no los presentan, estimulando e informando sobre la necesidad de contar con un documento que acredite la identidad, en especial en contextos de fuerte movilidad entre países.

- *Eliminar los prejuicios respecto de ciertos grupos*

Sobre este punto se pronunció el TEDH en la sentencia *Ostrava*.⁵¹ En el caso se cuestionaba que la norma que, en principio, sometía a todos los/as niños/as a un examen antes de ingresar a la escuela sin importar su procedencia, en la práctica implicaba que los/as niños/as checos de origen romaní —gitanos— eran destinados a escuelas para niños con necesidades educativas especiales. Las dificultades de los niños romaníes para comunicarse en checo eran un factor para incluirlos en educación especial y no en la educación regular. Se trataba de una política de hecho segregativa. El efecto agregado era que el 56% de los niños en *educación especial* en la localidad de Ostrava eran de origen roma, y solo el 2,2% de los niños en *educación regular* eran de origen roma —párr. 18—.

Entonces, los niños y niñas negros y de origen romaní podían asistir a la escuela, pero estas eran escuelas menos subsidiadas, con lo cual se encontraban en peores condiciones que las escuelas a las que asistían los otros niños y niñas. El TEDH agrega que los *test* en que se funda la distinción —y que determina la escuela a la que asistirá cada niño— son preparados para la población general pero no toma en cuenta las particulares circunstancias del pueblo romaní. Así, los niños

⁵¹ TEDH, *D.H. v. República Checa*.

romaníes no tenían las mismas posibilidades educativas que aquellos que asistían a escuelas regulares: esto se traducía en repitencia y abandono escolar, pese a que no existía norma alguna que estableciera la distinción. Por esto, el TEDH consideró que existía una situación de discriminación indirecta respecto de los niños de origen romaní.

VIII. Aceptabilidad

Implica que el contenido de la enseñanza sea relevante, no discriminatorio y culturalmente apropiado, y de calidad.

Un primer punto para trabajar aquí se vincula con la laicidad.⁵² En este sentido, resulta relevante preguntarse sobre las implicancias y alcances de esta garantía. Como en el caso de la gratuidad, aquí es posible distinguir tres criterios. Por un lado, *uno de mínima*, que toleraría la enseñanza de una determinada religión en las escuelas siempre que se dé una opción a quienes no la profesan —por ejemplo, no participar en esas clases—. Por otro lado, *uno intermedio*, que permitiría *la enseñanza de religión en forma neutral*. En este parecen encajar las disposiciones de las Obligaciones Generales 13 y 11 del Comité DESC, en cuanto establecen que se

permite la enseñanza de temas como la historia general de las religiones y la ética en las escuelas públicas, siempre que se impartan de forma imparcial y objetiva, que respete la libertad de opinión, de conciencia y de expresión [...] la enseñanza pública que incluya instrucción en una determinada religión o creencia no se atiene al párrafo 3 del artículo 13 PIDESC, salvo que se estipulen exenciones no discriminatorias o alternativas que se adapten a los deseos de los padres y tutores.

Por último, un criterio, *de máxima* implicaría que no existan las horas de religión —específica o neutral— en las escuelas públicas. Considero que este último criterio es el que mejor se ajusta a una concepción de igualdad robusta, ya que implica preservar el pluralismo y proteger a las minorías religiosas, así como también

⁵² En este sentido, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 3, garantiza que la “educación será laica y, por tanto, se mantendrá por completo ajena a cualquier doctrina religiosa”.

a las personas no creyentes. Como se sostuvo, esto no es contrario al derecho de los/las padres/madres de elegir la educación de sus hijos/as, sino que tan solo impide que se use la escuela como forma de reproducción de una determinada religión. Los/las padres/madres pueden educar a sus hijos/as en la religión que quieran —con los límites propios de la autonomía e integridad de niños y niñas—, pero eso no tiene por qué favorecerlo el Estado dictando clases de religión o tolerando prácticas religiosas en las escuelas públicas.

En este punto, y con estas consideraciones, resulta interesante analizar el caso *Castillo*,⁵³ iniciado por algunos/as padres/madres de alumnos/as de distintas escuelas públicas de la Provincia de Salta —Argentina— y por una ONG —Asociación por los Derechos Civiles— mediante una acción de amparo colectivo, por el cual se solicitó que se declare la inconstitucionalidad del art. 28 inc. ñ— de la Ley Provincial de Educación Núm. 7.546, así como la inconstitucionalidad e ilegalidad de las actividades de los funcionarios escolares de la Provincia que imponían la enseñanza obligatoria de la religión católica en las escuelas públicas provinciales.⁵⁴

Aquello, por considerar que la norma estaba vulnerando los derechos constitucionales de libertad de culto, religión y creencias, derecho a la igualdad, a la educación libre de discriminación, a la intimidad y principio de reserva, libertad de conciencia y respeto a las minorías étnicas y religiosas. La CSJN declaró la inconstitucionalidad de esa normativa pues implicaba que en la práctica se enseñara catequesis de un solo culto, —el católico apostólico romano— siendo ello discriminatorio y afectando la privacidad de los/as alumnos/as.

⁵³ CSJN, Argentina, *Castillo Viviana K. y otros c/ provincia de Salta- Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/amparo*. Disponible en <<https://www.cij.gov.ar/nota-28821--La-Corte-Suprema-resolvi--que-en-Salta-no-podr--darse-educaci-n-religiosa-en-las-escuelas-p-blicas-en-el-horario-escolar-y-como-parte-del-plan-de-estudios.html>>.

⁵⁴ Las mismas consistían en la obligación de rezar una oración diaria o que los niños ante el dictado de la clase de religión, manifestando expresamente que no querían permanecer en esa clase, debían salir de clase y retirarse a la biblioteca donde no se le daba ningún tipo de actividad curricular correspondiente al plan de estudio o, en el peor de los casos y sobre todo cuando se trataba de alumnos pequeños, permanecer en el aula y participar de la clase. La sola obligación de “informar” cuál es la religión que se profesa se torna discriminatoria cuando se trata de establecimientos públicos.

Asimismo, es necesario identificar otras cuestiones en este punto. En este sentido, cabe preguntarnos por el contenido educativo.⁵⁵ Como sostuvo la Corte IDH en el caso *Guzmán Albarracín*,⁵⁶ existe una estrecha relación entre diversos derechos humanos implicados en actos de violencia sexual y las obligaciones correlativas al derecho de una mujer a una vida libre de violencia y aquellas relacionadas a la protección de niñas y niños y el derecho a la educación”.⁵⁷ Veamos:

- a) educación libre de violencias y la obligación de garantizar contextos educativos seguros —*bullying*—

Dado que los niños y niñas suelen tener más probabilidades de sufrir actos de violencia, coacción y discriminación, los Estados deben; 1) establecer acciones para vigilar la problemática de la violencia sexual en instituciones educativas y

⁵⁵ Las situaciones de discriminación en el ámbito educativo se verifican con asiduidad. Sin embargo, esto no aparece en los reclamos judiciales. Por ejemplo, faltan reclamos relativos a las cuestiones de género. En este punto, puede ser interesante el trabajo realizado por el INADI argentino, (*Análisis de textos escolares desde una perspectiva de Derechos Humanos. Por una educación inclusiva y no discriminatoria*) en el cual se analiza la incorporación de la enseñanza de derechos humanos en los manuales de estudio. Por ejemplo, en materia de género los resultados de esta investigación indican que todavía la igualdad de género en el contexto escolar sigue siendo una utopía. Esto implica un grave problema, pues la forma en que uno construye su identidad en los primeros años es esencial para su desarrollo posterior. El trabajo muestra que el varón sigue siendo el protagonista del discurso mediante la reproducción de los papeles que tradicionalmente le son asignados a varones y mujeres.

⁵⁶ Corte IDH, *Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador*. Entre sus 14 y 16 años de edad, Paola Guzmán Albarracín sufrió hechos de violencia sexual de parte del personal de la institución educativa estatal a la que asistía, una institución pública solo para niñas, en particular de parte del Vicerrector, quien en principio le solicitó que tuviera relaciones sexuales con él como condición para aprobar el año. Dos días después de cumplir 16 años, y en ocasión de que su mamá fuera citada por las autoridades educativas por cuestiones distintas a la de la “relación” con el Vicerrector, Paola se suicidó, ingiriendo “diablillos”. Estuvo varias horas en la sala de primeros auxilios del colegio y finalmente fue trasladada por su mamá a la clínica donde murió. Tras la muerte de Paola, la investigación y el proceso judicial tuvieron serios retrasos e irregularidades; muchas de ellas vinculadas a estereotipos respecto del accionar de Paola y su vínculo con el Vicerrector. Los hechos de violencia sufridos por Paola eran conocidos por el personal de la comunidad educativa, incluso por el Rector, quienes no hicieron nada para protegerla. Incluso, al momento de la investigación del caso, varias compañeras de Paola manifestaron haber sido intimidadas por muchas de estas personas para proteger al Vicerrector. Para la época en que sucedieron los hechos, diversos informes mostraban las altas tasas de violencia y abusos hacia niños y niñas y en particular en el ámbito educativo en Ecuador. Así, la Corte IDH consideró que “los hechos propios del caso sucedieron en un ámbito educativo público que no solo carecía de medidas de prevención de actos de violencia sexual, sino que también normalizaba tales conductas”. De este modo, el caso de Paola no era un caso aislado, sino que se trataba de una situación estructural de violencia.

⁵⁷ *Idem*, párr. 107.

desarrollar políticas para su prevención, y 2) crear mecanismos simples, accesibles y seguros para que los hechos puedan ser denunciados, investigados y sancionados.⁵⁸ Además, esta obligación debe ser interpretada no solo en lo que hace a la violencia sexual, sino a todo otro tipo de violencia.⁵⁹

- b) educación libre de estereotipos y la obligación de garantizar educación sexual integral.

Los estereotipos implican una visión generalizada o una preconcepción sobre los atributos o características de los miembros de un grupo en particular o sobre los roles que tales miembros deben cumplir, haciendo innecesario considerar las habilidades, necesidades, deseos y circunstancias individuales de cada miembro.⁶⁰ En especial, la Corte IDH remarca la importancia de la educación sexual. Para esto toma la definición del Comité DESC y sostiene que “la Educación Sexual Integral —ESI— implica educación basada en pruebas, científicamente rigurosa y adecuada a la edad”⁶¹ y permite el entendimiento de las relaciones sexuales y afectivas, el consentimiento y el respeto a sus derechos sexuales y reproductivos.

Si bien diversos países de la región cuentan con leyes de educación sexual,⁶² los contenidos a enseñar han sido limitados o se enseñan de una manera biologicista, moralista o prohibicionista. Los establecimientos, en particular los privados confesionales, han adaptado la educación sexual a una forma de enseñanza que no se corresponde con el espíritu de la norma ni con lo que el principio de autonomía y el derecho a la educación imponen. Al mismo tiempo, la enseñanza de la educación sexual está muy enfocada en las mujeres y diversidades; frente a esto, es también necesario incorporar perspectivas de nuevas masculinidades con

⁵⁸ *Idem*, párr. 120.

⁵⁹ Al respecto, V, SCJN, Primera Sala, Amparo Directo, 35/2014.

⁶⁰ Cook, Cusack, *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*. Sobre la importancia de eliminar estereotipos, pero en particular referida a docentes, V, Corte IDH, *Pavez Pavez vs. Chile*. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/tramite/pavez_pavez.pdf, que está en etapa de análisis.

⁶¹ CDESC, Observación General Núm. 22 relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del PIDESC).

⁶² Al respecto, V, información comparativa, disponible en <https://miraquetemiro.org/>.

enfoques que interpiden y convoquen también, a los varones en general.⁶³ Asimismo, los adultos responsables se han opuesto a que se garantice este contenido educativo alegando el interés superior del niño y el derecho de los/as padres/madres a elegir la educación de sus hijos/as, entre otras.⁶⁴

En este sentido, resulta relevante la sentencia T-363/16 de la Corte Constitucional Colombiana que, con base en el derecho a la educación, ordena al Servicio Nacional de Aprendizaje —SENA— Regional Atlántico, que un estudiante trans pueda usar uniforme masculino, sea tratado correspondiendo a su identidad como hombre transgénero, y se implemente un plan que provea el respeto y la promoción del libre desarrollo de la personalidad, particularmente de las expresiones de la identidad de género y la orientación sexual.

IX. Adaptabilidad

Implica que la educación se modifique a medida que cambian las necesidades de la población, y que pueda adaptarse a los contextos específicos.

Es posible mencionar aquí dos cuestiones. Por un lado, analizar la adaptabilidad respecto de las personas con discapacidad. En este sentido, las diversas formas de discriminación que padecen las personas con discapacidad “van desde la discriminación directa, como por ejemplo la negativa a conceder oportunidades educativas, a formas más ‘sutiles’ de discriminación, como por ejemplo la segregación y el aislamiento conseguidos mediante la imposición de impedimentos físicos y sociales”.⁶⁵ En este sentido, “la educación inclusiva es importante desde el punto de vista social porque ofrece una plataforma sólida para combatir la estigmatización y la discriminación. Un entorno de enseñanza mixto que incluya

⁶³ Biondi, Petrone, *La batalla cultural: El rol de la ESI en la deconstrucción de las normas sociales de género*. Disponible en <<https://www.cippec.org/publicacion/la-batalla-cultural/>>.

⁶⁴ Al respecto, V. SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 203/2016.

⁶⁵ CDESC, Observación General Núm. 5. Al respecto, V. <<https://redclade.org/noticias/la-educacion-inclusiva-tiene-como-proposito-derribar-el-mito-de-que-las-personas-con-discapacidad-no-aprenden-como-las-demas/>>.

a las personas con discapacidad permite que se valoren sus contribuciones y que se afronten y eliminen progresivamente los prejuicios y las ideas erróneas”.⁶⁶

Compartir la educación con personas diferentes logra que las personas aprendan a convivir con la diversidad, a respetar al otro/a. Así, el Estado no puede probar que existe un interés estatal por el cual las personas con discapacidad deben concurrir a escuelas diferenciadas. En aras de lograr la igualdad, se hace necesario que el Estado realice acciones positivas en favor de las personas con discapacidad, siendo el mandato al respecto muy claro: las personas con discapacidad deben asistir a las mismas escuelas que el resto de las personas y las escuelas, docentes, estudiantes y demás miembros de la comunidad educativa deben adaptarse.⁶⁷ Para esto, el rol de los Estados es fundamental: es necesario garantizar la educación inclusiva.⁶⁸

Sin embargo, el debate no está saldado. Pese a que en muchos casos los niños y niñas con discapacidad han logrado conseguir una vacante en una escuela regular, existen respecto de ellos/as una multiplicidad de barreras actitudinales y físicas. Esto claramente tiene un impacto negativo en su desarrollo educativo y en su valoración como personas. Por mencionar algunas:

- Falta o insuficiente adaptabilidad de los establecimientos educativos en lo que respecta a la accesibilidad física: no existen rampas, los baños no se encuentran adaptados, ciertos espacios son inaccesibles —por ejemplo, sala de música, de computación— por la existencia de escaleras; hay puertas que no permiten el ingreso, ascensores no adaptados. En este sentido, una persona con discapacidad no puede

⁶⁶ Oficina del Alto Comisionado de la ONU, *Estudio temático sobre el derecho de las personas con discapacidad a la educación*.

⁶⁷ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 24.

⁶⁸ En este sentido, se sostiene en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 3, fracción II, inciso f, que “será inclusivo, al tomar en cuenta las diversas capacidades, circunstancias y necesidades de los educandos. Con base en el principio de accesibilidad se realizarán ajustes razonables y se implementarán medidas específicas con el objetivo de eliminar las barreras para el aprendizaje y la participación”.

ingresar a la mayoría de los establecimientos escolares o, si puede, no puede hacerlo en forma autónoma;

- Falta de adaptación de la currícula: esto implica que los contenidos no son adaptados a la situación de cada uno/a de los/as estudiantes.⁶⁹
- Entrega de títulos diferenciados para las personas con discapacidad. Esto es, aunque se reconoce el derecho a la educación en escuelas no “especiales” y se elabora un *proyecto pedagógico inclusivo personalizado* —PPI—, por el cual adaptan la currícula escolar a las necesidades del niño/a para que pueda estudiar en una escuela convencional y se promueva el derecho a la educación inclusiva, a la hora de la emisión del título, no se les otorga el mismo título que a todos/as, sino uno que indica la adaptación curricular. Esto genera infinidad de problemas cuando quieren ingresar a un terciario o la universidad, por ejemplo.⁷⁰
- Falta de maestros/as de apoyo —que no necesariamente son docentes—, en las escuelas comunes, o garantizados por ejemplo, por el sistema de salud —obra social, seguro de salud—. ⁷¹

⁶⁹ Al respecto, resulta relevante el análisis del caso *Naranjo*. Emiliano Naranjo, un joven con discapacidad motriz, solicitó a la Universidad Nacional de la Matanza en Argentina la inscripción en el Profesorado Universitario en Educación Física. El joven había cursado, y obtenido su título de Licenciado en Educación Física, en la misma universidad y se desempeñaba como docente ayudante de un club de gimnasia deportiva. Sin embargo, la Universidad negó sistemáticamente su ingreso al profesorado universitario, argumentando que “no reunía las condiciones requeridas por el Plan de Estudios al que pretendía acceder”. Básicamente, sostenía que Naranjo no podía desarrollar el aspecto práctico que tanto la aprobación de las materias como la profesión requieren. El tribunal ordena a la Universidad admitir al joven y “revisar los métodos de examen en cuanto a los requerimientos físicos, con los ‘ajustes razonables’ y acordes a las destrezas del actor para no resultar de imposible cumplimiento en contra de los antedichos principios de igualdad de oportunidades e inclusión académica y social”. V., Cámara Federal de San Martín Argentina, Sala II, *Naranjo Emiliano c/ UNLAM s/ amparo*.

⁷⁰ Al respecto, V., Juzgado en lo CAyT de la Ciudad de Buenos Aires Núm. 2, *Queirilhac Melina c. GCABA y otros s/amparo*, entre otros.

⁷¹ Al respecto CIDH, Medida Cautelar Núm. 375-15, Resolución 38/2016, Resolución del 7-07-2016 *Caso Irene*. Sobre el tema, V., Capurro Robles, Pardo, “Nuevas perspectivas en la defensa de los derechos de las personas con discapacidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Comentario al caso ‘Irene’” en *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*.

Estas son algunas de las situaciones que deben enfrentar los niños y niñas con discapacidad y los/as adultos a su cargo a la hora de ingresar a una escuela común.⁷²

De esta manera, es necesario que la escuela se adapte a los/las estudiantes: no alcanza con que solo puedan ir a la escuela, se requiere algo más. La eliminación de barreras —físicas y actitudinales— es una obligación inmediata para los Estados y en ningún caso puede ser trasladada a las familias, pues este es el compromiso que han asumido en el marco del derecho internacional de los derechos humanos.

Además, en este punto es necesario pensar en las implicancias de la educación intercultural —en especial con referencia a las personas migrantes, campesinas, pertenecientes a pueblos originarios, personas que formen parte del colectivo LGTT, entre otras—. En este sentido, el contenido educativo también debe adaptarse.⁷³

X. Conclusiones

Busqué en este trabajo definir ciertas obligaciones concretas que se desprenden del derecho a la educación desde una mirada igualitaria robusta. Entiendo que estas son obligaciones definitivas del Estado, es decir que deben ser cumplidas bajo el *modelo de reglas*.⁷⁴

La existencia de una regla implica un mandato de subsunción: dada determinada situación de hecho el Estado debe cumplir con la obligación, pues en caso

⁷² Estas situaciones se ven agravadas por otras causas de desigualdad (desigualdad interseccional): ser pobre, ser mujer, no hablar el idioma oficial. Cf., Samaniego de García (dir.), *Personas con discapacidad y acceso a servicios educativos en Latinoamérica: breve análisis de situación*.

⁷³ Sostiene la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 3, fracción II, inciso e, que “En los pueblos y comunidades indígenas se impartirá educación plurilingüe e intercultural basada en el respeto, promoción y preservación del patrimonio histórico y cultural”.

⁷⁴ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*; Ronconi, “Derecho a la salud: Un modelo para la determinación de los contenidos mínimos y periféricos”, en *Revista Salud Colectiva*.

contrario existe una vulneración del derecho. Las reglas presentan un carácter definitivo: son cumplidas o no; es decir, si se da el supuesto de hecho de la norma se sigue la solución. No corresponde una ponderación de derechos.

Adicionalmente, desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los tratados conllevan obligaciones generales y específicas para los Estados que suscriben. En este sentido, adhiriéndose a un instrumento internacional el Estado se compromete a la realización de los derechos allí reconocidos, de tal suerte que las obligaciones que se desprenden no están sujetas a discusión: debe cumplirse con ellas, de lo contrario el Estado es sujeto de responsabilidad internacional.

Considero que las obligaciones que aquí se analizaron sobre el derecho a la educación son de *cumplimiento inmediato* por parte de los Estados que han reconocido el derecho a la educación. Además, deberá ser el Estado quien demuestre que ha avanzado en dicho cumplimiento, así como también la suficiencia de las medidas adoptadas.⁷⁵ Sin estas garantías básicas, la desigualdad en materia educativa seguirá siendo una constante en la región, lo que implicará un grave estancamiento en la plena vigencia de ese y del resto de los derechos humanos de la población.

Bibliografía

Libros

Abramovich, Victor, Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2004.

Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdes, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

⁷⁵ En este sentido, la creación de establecimientos resulta de difícil cumplimiento inmediato pues requiere contratar personal, construir y/o adaptar edificios, entre otros. Sin embargo, el Estado deberá adoptar medidas provisionales intermedias para garantizar el derecho a la educación de los niños y niñas.

- Biondi, Alejandro y Petrone, Luciana, *La batalla cultural: El rol de la ESI en la deconstrucción de las normas sociales de género*, CIPPEC, Buenos Aires, 2020, Disponible en <<https://www.cippec.org/publicacion/la-batalla-cultural/>>.
- Cook, Rebeca y Cusack, Simone, *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*. University of Pennsylvania Press, Filadelfia, 2009.
- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984.
- Gutmann, Amy, *La educación democrática. Una teoría política de la educación*, Paídos, Barcelona, 2001.
- Pou Giménez, Francisco, “Veinte años de jurisprudencia sobre igualdad y no discriminación en la Suprema Corte” en *Discriminación, piezas para armar*, Ibarra Olguín, A. (ed.), Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de México, México, 2021.
- Quintero Mosquera, Diana, *La salud como derecho. Estudio comparado sobre grupos vulnerables*, Siglo del Hombre/ Universidad ICESI/ Red ALAS, Bogotá, 2011.
- Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995.
- _____, *Derecho a la educación e igualdad como no sometimiento*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018.
- Saba, Roberto, *Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿qué les debe el estado a los grupos desaventajados?*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2016.
- Samaniego de Garcia, Pilar (dir.), *Personas con discapacidad y acceso a servicios educativos en Latinoamérica: breve análisis de situación*, Cinca, Quito, 2008.
- Tomaševski, Katarina, *El asalto a la educación*, Oxfam Intermón, Barcelona, 2004.

Uprimny, Rodrigo. *La Gratuidad en Educación Básica*, Dejusticia, Bogotá, 2006, Disponible en <https://docs.escri-net.org/usr_doc/La_Gratuidad_en_Educacion_Basica.pdf>.

Revistas

Capurro Robles, Jaime Pardo, “Nuevas perspectivas en la defensa de los derechos de las personas con discapacidad en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Comentario al caso “Irene””, *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, Vol 2 (1), 2018.

Clérico, Laura y Aldao, Martín, “Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento”, *Estudios Constitucionales*, vol. 9, núm. 1, 2011.

Clérico, Laura y Novelli, Celeste, “La inclusión de la cuestión social en la perspectiva de género: notas para re-escribir “Campo Algodonero”, *Revista de Ciencias Sociales*, núm. 68, 2016.

Da Silva, María y Ocoró Loango, Anny, “Afrodescendientes y educación superior. Un análisis de las experiencias, alcances y desafíos de las acciones afirmativas en Colombia y Brasil” *Revista Educación superior y Sociedad*, vol. 20, núm. 20, 2017: Educación Superior y pueblos indígenas y afrodescendientes en América Latina, disponible en <<https://www.iesalc.unesco.org/ess/index.php/ess3/article/view/22>>.

González Araya, María, y Leal Gutiérrez, Ana, “Los estudiantes con discapacidad entre los mitos, prejuicios y estereotipos”, *InterSedes: Revista de las Sedes Regionales*, vol. X, núm. 18, Universidad de Costa Rica, Costa Rica, 20 09.

Ronconi, Liliana, “¿Tomarnos en serio la igualdad? Algunas reflexiones sobre el establecimiento de acciones positivas en Argentina”, *Revista Direito Público*

(RDP) del Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), Volume 18, núm. 97, 701-718, Brasilia, jan./fev. 2021.

_____, *Comentario al caso Corte IDH Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2020. Serie C No. 405*, 2021, disponible en <https://debatesdh.blogspot.com/2021/04/nuevo-comentario-fallo-de-la-corte-idh_01343682675.html>.

_____, “Derecho a la salud: Un modelo para la determinación de los contenidos mínimos y periféricos”, en *Revista Salud Colectiva*, 8- 2, Universidad Nacional de Lanús, 2012.

Saba, Roberto, “Igualdad de trato entre particulares” en *Revista Lecciones y Ensayos*, núm. 89, 2011.

Normas y jurisprudencia

Cámara Federal de San Martín, Sala II, *Naranjo Emiliano c/UNLAM s/amparo*, Sentencia del 17 de marzo de 2014.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, resolución del 7-07-2016 (Caso “Irene”), Medida Cautelar No. 375-15, Resolución 38/2016 (2016).

Constitución de la Nación Argentina.

Constitución Política de Colombia.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convención de los Derechos del Niño.

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-376-10.

_____, Sentencia de 3 de junio 1992.

_____, Sentencia T-008/2016.

_____, Sentencia T-363/16.

_____, Sentencia T-500/1998.

Corte Interamericana de Derechos Humanos *Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*, Sentencia de 22 de noviembre de 2007, Serie C 171.

_____, *Gonzalez Lluy y otros vs. Ecuador*, Sentencia de 1 de Septiembre de 2015 (*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*), Serie C 298.

_____, *Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 24 de junio de 2020. Serie C 405.

_____, *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*, Sentencia del 8 de Septiembre de 2005 (*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*), Serie C 130.

_____, *Pavez Pavez c. Chile*, en análisis.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, *Castillo Viviana K. y otros c/ provincia de Salta- Ministerio de Educación de la Prov. De Salta s/amparo*, 12 de diciembre de 2017.

_____, *González de Delgado, Cristina y otros c/ Universidad Nacional de Córdoba s/Recurso de Hecho (“Colegio Monserrat”)*, 12 de septiembre de 2000.

Declaración Universal de Derechos Humanos

Juzgado CAyT de la CABA Núm. 11, *Iglesias José Antonio y otros c/ GCBA s/amparo*, Expediente Núm. 15.909/0, Sentencia del 10 de julio de 2006.

Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA Núm. 4, *ACIJ c. GCABA s/amparo*”, 25 de marzo de 2010.

Juzgado de 1ra. Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario Núm. 2 Secretaría Núm. 4, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, *Asesoría Tutelar 2 y otros contra GCABA sobre Amparo – Educación y otros*, Exp. 3264/2020-0.

Juzgado en lo CAyT Núm. 2, *Quereilhac Melina c. GCABA y otros s/amparo*, Sentencia del 13 de marzo de 2014.

Ley Argentina Núm. 26370,

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Suprema Corte de Estados Unidos, *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483, Sentencia del 17 de mayo de 1954.

_____, *“Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265, Sentencia del 28 de junio de 1978.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, *Amparo Directo*, 35/2014, 15 de mayo de 2015.

_____, Primera Sala, *Amparo en revisión* 750/2015, 20 de abril 2016

_____, Segunda Sala, *Amparo Directo* 31/2018, 14 de noviembre de 2018.

_____, Segunda Sala, *Amparo en Revisión* 203/2016, 9 de noviembre de 2016.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Económica de Estados de África Occidental, *Women Against Violence and Exploitation in Society (WAVES) vs. República de Sierra Leone*, 12 de diciembre de 2019, disponible en <<https://www.escribnet.org/es/caselaw/2020/women-against-violence-and-exploitation-society-waves-vs-republica-sierra-leone>>.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *D.H. y otros v. República Checa*, 57325/00, Sentencia del 13 de noviembre de 2007.

_____, *Osmanoğlu et Kocabaş v. Suiza*, 10 de enero de 2017.

Tribunal Superior de Sudáfrica, *Equal Education y otros vs. Ministerio de Educación Básica y otros*, sentencia del 17 de julio de 2020.

Otros

Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia, *Una deuda de derechos humanos: la falta de acceso a la escuela de niños/as con discapacidad y de niños con discapacidad de viven en villas. El caso de la CABA*, Buenos Aires, 2014, Consultado el 15 de mayo de 2021, disponible en <<http://acij.org.ar/blog/2014/06/19/informe-sobre-la-falta-de-acceso-a-la-escuela-de-ninosas-con-discapacidad/>>.

_____, *Acceso a la justicia en Latinoamérica*, Noviembre 2020 Consultado el 15 de mayo de 2021, disponible en <<https://acij.org.ar/wp-content/uploads/2020/11/version-11-11-20-Informe-Encuesta-REGIONAL-situacion-de-acceso-a-la-justicia-covid-19.docx-1.pdf>>.

Campaña Latinoamericana por el Derecho a la Educación, *Desigualdades Educativas en América Latina: tendencias, políticas y desafíos*, Buenos Aires, abril 2021, Consultado el 10 de mayo de 2021, disponible en <https://redclade.org/wp-content/uploads/CLADE_AmerLatina_Educ-y-Desiguald_v4.pdf>.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Compendio sobre la obligación de los Estados de adecuar su normativa interna a los Estándares Interamericanos de Derechos Humanos*, Series OEA/Ser.L/V/II. Doc.11/21, 25 de enero 2021, consultado el 15 de mayo de 2021, disponible en <<https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/CompedioobligacionesEstados-es.pdf>>.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Núm. 5.

_____, Observación General Núm. 13, El derecho a la Educación (Artículo 13).

_____, Observación General Núm. 22, relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 2 de mayo de 2016.

_____, Observación General Núm. 11, Planes de acción para la enseñanza primaria (artículo 14).

Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo, *Análisis de textos escolares desde una perspectiva de Derechos Humanos. Por una educación inclusiva y no discriminatoria*, CABA, 2014, consultado el 15 de mayo de 2021, disponible en <<http://www.bnm.me.gov.ar/giga1/documentos/EL005389.pdf>>.

Oficina del Alto Comisionado de la ONU, *Estudio temático sobre el derecho de las personas con discapacidad a la educación, 25º Período de Sesiones* (2013).

Programas de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS). Objetivo Núm. 4: Educación de calidad* (2015), consultado el 15 de mayo de 2021, disponible en <http://www.undp.org/content/undp/es/home/mdgoverview/post-2015-development-agenda.html>.

Red CLADE, *Educación de personas jóvenes y adultas en América Latina y el Caribe: el derecho a la educación de las personas migrantes*, consultado el 15 de mayo de 2021, disponible en <https://redclade.org/publicacion/>.

Red CLADE, *Diagnóstico de la situación del derecho humano a la educación en tiempo de pandemia - Marzo a octubre 2020*, consultado el 15 de mayo de 2021, disponible en <https://redclade.org/publicacion/>.

UNESCO, *Situación Educativa de América Latina y el Caribe: Hacia la educación de calidad para todos al 2015* (2013), consultado el 15 de mayo de 2021, disponible en <http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/FIELD/Santiago/images/SITIED-espanol.pdf>.

UNICEF, *Comunicado de prensa “La falta de igualdad en el acceso a la educación a distancia en el contexto de la COVID-19 podría agravar la crisis mundial del aprendizaje”*, 5 de junio de 2020. consultado el 15 de mayo de 2021, disponible en <https://www.unicef.org/es/comunicados-prensa/falta-igualdad-acceso-educacion-distancia-podria-agravar-crisis-aprendizaje>.

UNICEF, *The right of children with disabilities to education*. Position Paper, 2012, consultado el 15 de mayo de 2021, disponible en http://www.unicef.org/ceecis/IEPositionPaper_ENGLISH.pdf.

El derecho a una vivienda digna y adecuada: experiencias comparadas de tutela judicial

Maria Silvia Emanuelli*
Carla Luisa Escoffié Duarte**

* Licenciada en derecho por la Universidad Statale de Milán (Italia) y Maestra en Estudios Latinoamericanos por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Coordinadora de la Oficina para América Latina de la Coalición Internacional para el Hábitat.

** Abogada por la Universidad Autónoma de Yucatán (México) y Maestra en Derechos Humanos y Democratización por la Universidad Externado de Colombia. Directora del Centro de Derechos Humanos de la Facultad Libre de Derecho de Monterrey.

El derecho a una vivienda digna y adecuada: experiencias comparadas de tutela judicial. I. Introducción; II. El derecho a la vivienda adecuada en el derecho internacional: breve análisis de su desarrollo; III. Los desalojos forzosos; IV. El derecho a la vivienda y su interacción con la no discriminación; V. Personas sin hogar; VI. Decisiones de alto impacto institucional en materia de derecho a la vivienda.

I. Introducción

Los Estados no pueden presentarse como líderes en materia de derechos humanos y, al mismo tiempo, dejar que un número cada vez mayor de residentes viva y muera en sus calles, sin medios para que sus gobiernos rindan cuentas y sin acceso a recursos efectivos. Hace muchos años que se agotó el tiempo para las excusas, para las justificaciones y para mirar hacia otro lado cuando se deniega el acceso a la justicia para la defensa del derecho a la vivienda.

*Leilani Farha*¹

Reconocer la vivienda como un derecho humano implica contar con recursos administrativos, judiciales o de otra índole que sean adecuados en la medida en que resulten “accesibles, no onerosos, rápidos y eficaces”² para su exigencia, además de ofrecer la posibilidad de reparar las posibles violaciones a este derecho. Si bien históricamente se ha entendido como una función prestacional por parte

¹ ONU, “El acceso a la justicia para la defensa del derecho a la vivienda”, en *Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto*, A/HRC/40/61, párr. 70. Disponible en <<https://www.undocs.org/es/A/HRC/40/61>>.

² Comité DESC, Observación General núm. 9, Sobre la aplicación interna del Pacto, párrs. 9 y 10.

de las autoridades administrativas, ya hoy no queda duda que garantizar el ejercicio del derecho a la vivienda también implica permitir el acceso a la justicia para su defensa.³

En enero de 2019, la entonces Relatora especial para el derecho a la vivienda adecuada de la Organización de las Naciones Unidas, Leilani Farha, emitió los *Principios clave del acceso a la justicia para la defensa del derecho a la vivienda*,⁴ a través de los cuales destacó que el derecho internacional de los derechos humanos impone una serie de obligaciones generales a los gobiernos y los tribunales para garantizar el acceso a la justicia para la defensa del derecho a la vivienda. Estos diez principios son claves para que los Estados cumplan su deber de garantizar todos los componentes del derecho a la vivienda a través de recursos efectivos: i) El acceso a la justicia ha de garantizarse por todos los medios apropiados y ha de servir para atender a las necesidades de diversos grupos; ii) Los Estados han de poner en práctica el derecho a la vivienda en su ordenamiento jurídico interno de manera que se garantice al menos el mismo nivel de protección que el que ofrece el derecho internacional de los derechos humanos; iii) Las personas y los grupos, los hogares y las comunidades han tener capacidad para presentar reclamaciones y participar en todos los procesos legales y en la utilización de vías de recurso; iv) La denegación del acceso a la justicia no puede justificarse cuando el derecho a la vivienda no se considere justiciable en el ordenamiento jurídico interno del Estado; v) El acceso a la justicia debe aplicarse a las obligaciones tanto negativas como positivas del Estado, incluidas las obligaciones de lograr progresivamente la efectividad del derecho a la vivienda; vi) Los Estados pueden delegar en órganos administrativos ciertos componentes del acceso a la justicia para la defensa del derecho a la vivienda, pero debe haber recursos judiciales disponibles cuando sea necesario; vii) Los tribunales han de interpretar y aplicar el derecho interno de conformidad con las obligaciones del Estado de respetar, proteger y hacer efectivo el derecho a la vivienda; viii) Los Estados han de promover una adopción de decisiones que sea compatible con el derecho a la vivienda; ix) Los recursos han de abarcar tanto las violaciones individuales como las sistémicas; y

³ V., ONU, *op. cit.*, párrs. 1-6.

⁴ *Idem*, párrs. 13-22.

x) Los gobiernos han de poner en marcha recursos que han de hacer cumplir los tribunales con la participación de los titulares de los derechos.

Si bien desde 1917 ya había en México algunos incipientes avances en materia de derecho a la vivienda,⁵ éste no fue formalmente consagrado en la Constitución sino hasta 1983. Aun así, desde entonces y hasta el momento en el cual se escribe —junio de 2021— la Suprema Corte de Justicia de la Nación —SCJN— solo se ha pronunciado sobre su contenido y alcance en cinco sentencias. En esta trayectoria, nuestro máximo tribunal ha reconocido que su contenido incluye, entre otros, la posibilidad de acceder a la justicia para garantizar su ejercicio. Por ejemplo, en la sentencia de Amparo en Revisión 635/2019 la Primera Sala de la SCJN determinó que el Poder Judicial, como parte del Estado Mexicano, al resolver un juicio está obligado a imponer el cumplimiento de obligaciones a través de las cuales se logre una mayor efectividad del derecho a la vivienda.⁶ Por su parte, en la sentencia del Amparo directo en revisión 2441/2014, la Corte indicó que deben adoptarse las medidas judiciales adecuadas para la realización plena del derecho a la vivienda, así como el deber de asegurar recursos jurídicos y mecanismos judiciales para que los gobernados puedan reclamar el incumplimiento a dicho derecho.⁷

Los precedentes mexicanos que hasta ahora ha emitido la SCJN, así como en algunos Juzgados de Distrito y Tribunales Colegiados de Circuito, no se dan aisladamente sino a la par de una reflexión global sobre el derecho a la vivienda que se ha ido profundizando. Distintas altas cortes del mundo e instancias internacionales han hecho lo propio, en muchas ocasiones entrando en un diálogo directo. Conocer el estado del desarrollo de ese derecho es indispensable para la resolución

⁵ En el texto original de la Constitución Mexicana de 1917, el artículo 123 establecía, como parte del derecho a la seguridad social de los trabajadores, la obligación de los patrones de ofrecer habitaciones cómodas e higiénicas en renta por un precio que no excediera el medio por ciento mensual del valor catastral de las fincas (art. 123, fr. XII del texto original) para posteriormente reconocerse como una obligación del Estado la de otorgar opciones habitacionales (art.123, fr. XI de la reforma de 1960; y la misma disposición de la reforma de 1972).

⁶ Cf., SCJN, Sentencia recaída al Amparo en Revisión 635/2019, p. 73.

⁷ *Idem*, ADR, 2441/2014, pp. 42 y 43.

de litigios en nuestro país, ya sea en juicios de materia civil o mercantil, ya sea en juicios constitucionales de amparo.

Esperando poder abonar a este objetivo, en el texto expondremos brevemente —sin pretensiones de exhaustividad— algunos de los casos de la jurisprudencia comparada a nivel nacional, regional e internacional, que han desarrollado distintos aspectos del derecho a la vivienda, buscando ponerlos a dialogar con la jurisprudencia mexicana.

II. El derecho a la vivienda adecuada en el derecho internacional: breve análisis de su desarrollo

Si bien instancias de diversos países han hecho importantes aportes propios al desarrollo del derecho a la vivienda, en términos históricos y de profundidad, el derecho internacional sigue siendo la fuente con mayor bagaje en el tema. La vivienda ha sido reconocida como un derecho humano en instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos; —artículo 25.1— el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; —PIDESC, artículo 11.1— la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; —artículo 5.e.iii— la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; —artículo 14.2.h.— la Convención sobre los Derechos del Niño; —artículo 27— y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; —artículos 9.1.a, 28.1 y 28.2.d—. De manera particular, el desarrollo más significativo —tanto por volumen como por diversidad de temáticas— ha sido producido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; —Comité DESC— máxima autoridad de las Organización de las Naciones Unidas para interpretar el PIDESC, tanto en sus Observaciones Generales Núm. 4 y 7⁸ como en el ejercicio

⁸ V, Comité DESC, Observación General núm. 4, El Derecho a una Vivienda adecuada. Disponible en <<https://undocs.org/es/E/1999/22>>; Observación General núm. 7, Los desalojos forzosos y el derecho a una vivienda adecuada. Disponible en <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT/CESCR/GEC/6430&Lang=en>.

de su función para dictaminar sobre casos individuales y colectivos, que le otorga el Protocolo Facultativo del PIDESC.⁹

Los criterios emitidos por el Comité DESC son de gran relevancia para la interpretación judicial del derecho a la vivienda en México. Si bien la SCJN ha referido que es necesario atender a los criterios de algunos Comités de las Naciones Unidas debido a su carácter orientador,¹⁰ ha dado una atención reforzada a los del Comité DESC en materia de derecho a la vivienda. Por ejemplo, en el Amparo directo en revisión 3516/2013, la Primera Sala determinó que el incumplimiento de los estándares mínimos del derecho a la vivienda reconocidos por el Comité DESC es contrario “al objetivo perseguido por el constituyente permanente”.¹¹ Para la SCJN remitirse a las observaciones generales del Comité DESC para dar contenido al artículo 4 constitucional, ha sido una práctica judicial reiterada y sostenida:¹² así lo ha hecho en las cinco sentencias en las cuales se ha pronunciado sobre el derecho a la vivienda.¹³ Es por eso que, dado que provienen de la instancia encargada por las Naciones Unidas para velar por el correcto cumplimiento e interpretación del PIDESC,¹⁴ los dictámenes del Comité DESC en casos individuales o colectivos serían igualmente relevantes para la judicatura mexicana, independientemente de que México no haya aún ratificado el Protocolo Facultativo del PIDESC.

Además, debe destacarse que, en el Sistema Universal de Derechos Humanos de la ONU, el derecho a la vivienda ha sido ampliamente desarrollado también por

⁹ El Protocolo Facultativo, entrado en vigor el 5 de mayo de 2013, es el instrumento que hoy permite, en el ámbito del sistema de protección universal de derechos humanos, que las personas o grupos de personas que se encuentran bajo la jurisdicción de un Estado Parte, presenten comunicaciones sobre posibles violaciones al derecho a una vivienda adecuada, así como sobre los demás derechos amparados por PIDESC, después de haber agotado las vías de recursos internas.

¹⁰ *Cf.*, SCJN, Sentencia recaída al Recurso de Queja 57/2016.

¹¹ *Idem*, ADR, 3516/2013, pp. 44 y 45.

¹² Por ejemplo, la Observación General núm. 4 ha sido retomada por la Primera Sala de la SCJN en las sentencias del ADR, 2441/2014 y del ADR, 5456/2014 para concluir que el contenido del artículo 4 constitucional abarca ciertos “elementos básicos del derecho a una vivienda digna y decorosa”. *V.*, SCJN, Sentencia recaída en el ADR, 3516/2013, p. 43; ADR, 5456/2014, pp. 27 y 28.

¹³ *Idem*, ADR, 3516/2013; ADR, 2441/2014; ADR, 5456/2014; ADR, 2897/2014; ADR, 635/2019.

¹⁴ *V.*, ONU, Economic and Social Council, E/C.12/1989/4, disponible en <<https://undocs.org/pdf?symbol=en/E/C.12/1989/4;E/RES/1985/17>>, disponible en <<https://ap.ohchr.org/documents/E/ECOSOC/resolutions/E-RES-1985-17.doc>>.

los numerosos informes elaborados por los cuatros Relatores Especiales para el Derecho a una Vivienda Adecuada como Componente del Derecho a un Nivel de Vida Adecuado y sobre el Derecho a la No Discriminación, que se han sucedido desde que ese cargo se implementara hace 20 años. Sus criterios ayudan a comprender y a aterrizar las obligaciones generales de los Estados a problemáticas concretas que interesan a la gran mayoría de los países.

Por lo que tiene que ver con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos —SIDH— aún no se han producido precedentes que declaren directamente la violación al derecho a la vivienda adecuada. No obstante, esto no significa que no pueda ocurrir en un futuro próximo. Si bien el derecho a la vivienda no se encuentra reconocido en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —Protocolo de San Salvador—, sí aparece en el artículo 26¹⁵ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de forma derivada del artículo 34.k de la Carta de la Organización de Estados Americanos y del artículo 31.k del Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de Estados Americanos —Protocolo de Buenos Aires—. Un pronunciamiento al respecto pareciera ser más plausible en tiempos recientes, a partir de la histórica sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —Corte IDH— en el caso *Lagos del Campo vs. Perú*,¹⁶ por medio de la cual se abrió un nuevo capítulo en la jurisprudencia interamericana al reconocerse por primera vez la violación directa de derechos económicos, sociales y culturales.

No obstante, la Corte Interamericana de Derechos Humanos —Corte IDH— ya ha decidido sobre desalojos, desplazamientos forzosos y destrucción de hogares a partir de la conexidad con otros derechos reconocidos en la Convención

¹⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos. “Artículo 26. Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.”

¹⁶ V., Corte IDH. caso *Lagos del Campo vs. Perú*. Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/corteidh/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf>.

Americana de Derechos Humanos.¹⁷ En distintas ocasiones, la Corte IDH se ha pronunciado también sobre la destrucción de viviendas en el marco de un conflicto armado, pero considerándola una violación del derecho a la propiedad privada.¹⁸

Un paso adelante se dio en el caso *Yarce y otras vs. Colombia*,¹⁹ relativo a dos defensoras de derechos humanos que tuvieron que abandonar sus viviendas, las cuales fueron posteriormente desmanteladas y saqueadas como represalia por su labor. El tribunal concluyó que el Estado no había implementado las medidas necesarias para proteger sus bienes ni haberles facilitado mecanismos para acceder a una vivienda adecuada. Si bien no declaró una violación directa a ese derecho, en las reparaciones diferenció entre la vivienda y otros bienes, dando así un paso relevante en distinguir el derecho a la vivienda del derecho de propiedad.

Por su parte, tanto en el caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay* como en el caso *Comunidad Indígena Saramaka vs. Suriname*,²⁰ la Corte IDH se refirió a la situación de pueblos indígenas que, al ser desplazados de sus tierras ancestrales y al verse obligados a vivir en refugios temporales mientras se resolvía la demanda de reivindicación de sus tierras, se encontraron imposibilitados a acceder a una vivienda adecuada dotada de servicios básicos. La Corte IDH ordenó la titulación

¹⁷ Para un análisis más detallado de las sentencias en materia de vivienda en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos V, Ferrer, “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano de derechos humanos”, en *Colección Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: miradas complementarias desde la academia*, pp. 144-148. Disponible en <<https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-05/CESIDH-Justiciabilidad-Derechos-SIDH.pdf>>; V, la contribución del mismo autor en este volumen.

¹⁸ Entre las sentencias de este tipo, V, Corte IDH, caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*, párr. 202. Disponible en <https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_252_esp.pdf>; caso *Masacres de Ituango vs. Colombia*, párrs. 182 y 183. Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_148_esp.pdf>; caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (*Operación Génesis*) vs. Colombia, párr. 352. Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_270_esp.pdf>.

¹⁹ *Idem*, caso *Yarce y otras vs. Colombia*, párrs. 107, 110, 234, 258, 259 y 260, 262, 266, 363, 364. Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/corteidh/docs/casos/articulos/seriec_325_esp.pdf>. En el voto concurrente del juez mexicano Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot se puede conocer el análisis detallado que el jurista realiza sobre el derecho a una vivienda adecuada relacionado con este caso.

²⁰ *Idem*, caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, párrs. 164 y 242, punto decisorio 6. Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf>; caso *Comunidad Indígena Saramaka vs. Suriname*, párr. 214, punto decisorio 5. Disponible en <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf>.

de esas tierras para así garantizar el derecho de propiedad comunitaria sobre las mismas.

Sin detrimento del valor que tiene este incipiente desarrollo en el marco del SIDH, en el presente trabajo nos enfocaremos en los precedentes del Comité DESC tanto por ser más exhaustivos como por provenir de pronunciamientos directos al contenido del derecho a la vivienda adecuada.

III. Los desalojos forzosos

Un desalojo forzoso es, tal y como lo ha reconocido el Comité DESC, una violación grave a los derechos humanos²¹ consistente en hacer salir a personas, familias o comunidades de los hogares o tierras sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole ni permitirles su acceso a ellos.²² Probablemente esta sea la temática que más desarrollo ha ocupado en el derecho internacional, así como a nivel interno de diversos países en materia de derecho a la vivienda. Fenómenos como el crecimiento de las ciudades, la especulación inmobiliaria, la gentrificación, las crisis económicas-hipotecarias y el aumento de precios de renta despegados de los incrementos salariales, son algunos de los factores que intervienen en esta problemática.

Bastante numerosos son los casos del derecho comparado que han avanzado en precisar varios principios relacionados con los desalojos forzosos, así como los deberes procedimentales del Estado en la materia. Ya a mediados de los años 80 la Corte Suprema de la India conoció del caso *Olga Tellis & Ors vs. Bombay Municipal Council*, relacionado a personas que habían sido desalojadas de la vía pública y asentamientos precarios sin previo aviso. A partir del contenido de la legislación nacional, en dicha sentencia concluyó que antes de un desalojo hay que asegurar el derecho de audiencia.²³ Años después la Corte Suprema de Bangladesh,

²¹ V., Comisión de Derechos Humanos, Resolución 1993/77, párr. 1.

²² Cf., Comité DESC. Observación General núm. 7, Los desalojos forzosos y el derecho a una vivienda adecuada, párr. 1.

²³ Cf., Corte Suprema de la India, *Olga Tellis & Ors vs. Bombay Municipal Council*. Disponible en <<https://indiankanon.org/doc/709776/>>. En 2016 el Tribunal Superior de Delhi, en el caso *Ajay Maken & Ors*.

basándose tanto en su legislación nacional como en resoluciones de las Naciones Unidas, estableció que en el caso de un desalojo masivo de asentamientos informales el gobierno debía proponer proyectos de reasentamiento, llevarlos a cabo paulatinamente de acuerdo a la posibilidad de las personas de conseguir otras viviendas, y notificar el desalojo con antelación.²⁴

Por su parte, la Corte Constitucional de Sudáfrica —que cuenta con una muy amplia jurisprudencia en materia de derechos habitacionales— ha reconocido en varias decisiones que durante un desalojo se requiere considerar de forma seria el impacto que tendrá sobre la población y la disponibilidad de alternativas viables con el fin de evitar que las personas se queden sin techo.²⁵ Incluso ha señalado que no deben privilegiarse automáticamente los derechos de propiedad sobre el derecho a una vivienda adecuada. Por ejemplo, en la primera sentencia de este tipo emitida en relación con el caso *Port Elizabeth Municipality vs. Various Occupiers*²⁶ la Corte sudafricana analizó una solicitud de desalojo de una municipalidad en contra de sesenta y ocho personas, incluyendo menores, que vivían de forma precaria en terrenos privados.

A partir de su legislación interna, la Corte determinó que para analizar la procedencia de un desalojo debían considerarse tres criterios:²⁷ i) las circunstancias

vs. Union Of India & Ors., declaró ilegal el desalojo de 5000 personas que vivían en asentamientos informales cerca de las líneas del tren, por no haber sido informados ni haberles ofrecido una alternativa de vivienda adecuada. En este caso, el Tribunal analiza los derechos de las personas que viven en asentamientos e incluso establece que hay que reconocerles el derecho a la ciudad que se encuentra referido en la Agenda Urbana Mundial de 2016 de las Naciones Unidas, y que, junto a otros derechos, exige y confiere al Estado la obligación de asegurar que no exista ninguna discriminación al asegurar el acceso al derecho a una vivienda adecuada y su realización.

²⁴ Cf., Corte Suprema de Bangladesh, *Ain o Salish Kendra (ASK) vs. Government and Bangladesh & Ors.*

²⁵ Cf., Liebenberg, Sandra, “Adjudicación de Derechos Sociales en la Constitución de Transformación Social de Sudáfrica”, en *discurso inaugural que la autora pronunció el 4 de octubre de 2005 en la Facultad de Derecho de la Universidad Stellenbosch*, p. 61. Disponible en <<https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/56327>>.

²⁶ V., Corte Constitucional de Sudáfrica, *Port Elizabeth Municipality vs. Various Occupiers*, caso CCT 53/03. Disponible en <<https://collections.concourt.org.za/handle/20.500.12144/2209>>.

²⁷ La Corte sostuvo que, si bien se pueden realizar desalojos de personas que viven en asentamientos informales incluso cuando esa situación los deja sin hogar, en términos generales un tribunal debería ser reticente a ordenar el desalojo de ocupantes relativamente asentados a menos que exista una alternativa razonable, aunque sea como medida provisional, en tanto se accede a una vivienda del programa habitacional formal. Para demostrar al Tribunal que un desalojo es “justo y equitativo” los organismos

bajo las cuales las personas ocuparon las tierras y erigieron allí sus viviendas; ii) el período durante el cual habían allí permanecido; y iii) la disponibilidad de tierra alternativa adecuada para reasentarlos. El Tribunal indicó también que, salvo por circunstancias especiales, “normalmente, no sería justo ni equitativo ordenar el desalojo sin realizar una discusión adecuada y, cuando proceda, una mediación”.²⁸ Otro punto relevante es que en el choque entre los derechos de propiedad y “la verdadera desesperación de gente que tiene una necesidad extrema de contar con un lugar para vivir”, los tribunales no debieran privilegiar automáticamente los derechos de propiedad.

Algunos años después la Corte Constitucional sudafricana, en el caso *Olivia Road*²⁹ analizó la situación de 400 personas que iban a ser desalojadas de edificios insalubres que ocupaban por la implementación de un programa de regeneración urbana. Profundizando los criterios establecidos previamente en el caso *Port Elizabeth Municipality* y en el *Grootboom*, concluyó en que constituye un requerimiento constitucional que previo a un desalojo la autoridad competente se involucre en el diálogo significativo con aquellas personas que podrían quedar sin alternativas de vivienda.³⁰ La Corte pidió además a la Municipalidad de reportarle sobre ese diálogo y sólo después de ello, consideró poder tomar una decisión sobre el desalojo.³¹

estatales tendrán que probar que se consideró muy seriamente la posibilidad de proporcionar una vivienda alternativa a los ocupantes. En este caso no había prueba que la Municipalidad hubiera hecho algún intento significativo de resolver el problema dialogando con el grupo de ocupantes antes de solicitar su desalojo. *Idem*, párrs. 21 y 28.

²⁸ *Idem*, párr. 43.

²⁹ *Idem*, *Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township and 197 Main Street, Johannesburg vs. City of Johannesburg and others*, CCT 24/07. Disponible en <[https://collections.concourt.org.za/bitstream/handle/20.500.12144/3316/Full%20judgment%20Official%20version%20\(167%20Kb\)-11581.pdf?sequence=35&isAllowed=y](https://collections.concourt.org.za/bitstream/handle/20.500.12144/3316/Full%20judgment%20Official%20version%20(167%20Kb)-11581.pdf?sequence=35&isAllowed=y)>.

³⁰ La Corte sugirió que el diálogo significativo considere: a) Cuáles serían las consecuencias del desalojo; (b) Si la ciudad podía ayudar a aliviar esas consecuencias; (c) Si había forma de que los edificios ocupados se convirtieran en relativamente seguros y propicios para la salud por un período; (d) Si la ciudad tenía alguna obligación con los ocupantes. *Idem*, párr. 14.

³¹ En el caso específico las partes llegaron a un acuerdo que fue aprobado por la Corte, en base al cual las personas ocupantes obtuvieron vivienda temporal en el centro de la ciudad y empezaron a planear con la municipalidad una solución permanente. Finalmente, la Corte abordó también el desequilibrio existente entre las partes interesadas y por ello solicitó que a los ocupantes se les proporcionara asistencia legal de personas expertas. Para más información sobre los importantes desarrollos de la Jurisprudencia sudafricana en la materia, V. Williams, “The right to housing in South Africa: an evolving

En muchos otros casos en los cuales se analiza la relación entre propiedad privada y derechos de personas ocupantes o inquilinas, la Corte de Sudáfrica está incluyendo al Estado como tercero para garantizar el derecho a la vivienda de las personas desalojadas con la finalidad de promover avances en materia de programas habitacionales y para que ofrezca vivienda alternativa.³²

Por su parte, el Tribunal Superior de Kenya, frente al desalojo violento de más de mil personas de tierras públicas a partir del cual se habían destruido sus viviendas sin que existiese una orden judicial ni se le ofrecieran alternativas de un lugar donde vivir, estableció su derecho al retorno y la obligación del estado de reconstruir las viviendas destruidas u otras viviendas adecuadas, para esa población.³³ Lo anterior conforme a la Constitución del país, así como al PIDESC y otros instrumentos internacionales de derechos humanos.

También diferentes tribunales de América Latina han decidido casos sobre desalojos forzosos e incluso desplazamientos forzados, desde la óptica del derecho a una vivienda adecuada.³⁴ La Corte Suprema de Colombia, por su parte, ha sentado una línea jurisprudencial en torno a la protección de los derechos de las personas desalojadas. En la sentencia T-075/12 por ejemplo, se analiza un desalojo de tierras públicas por la realización de una obra que va a realizarse en pro del interés general. La Corte establece que, tanto en caso de desalojos de población ubicada en terrenos públicos como privados de manera irregular, la responsabilidad de garantizar el derecho a la vivienda recae sobre varias instituciones y autoridades que deberían: a) brindar de manera conjunta las garantías procesales establecidas en el numeral 15 de la Observación General Núm. 7 del PIDESC; b) garantizar una vivienda adecuada con posterioridad al desalojo —de tipo transitorio o definitivo— y c) garantizar y respetar bajo cualquier circunstancia

jurisprudence”, en *Columbia Human Rights Law Review*, pp. 816-845. Disponible en <<https://repository.library.northeastern.edu/files/neu:336949>>.

³² V. Langford, “Justiciabilidad en el ámbito nacional y los derechos económicos, sociales y culturales: un análisis socio-jurídico”, en *SUR*, p. 111. Disponible en <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r24907.pdf>>.

³³ Cf., Tribunal Superior de Kenya, *Embu, Ibrahim Sangor Osman vs. Minister of State for Provincial Administration and Internal Security*, Constitutional Petition núm. 2 of 2011. Disponible en <https://www.serisa.org/images/stories/osman_judgment.pdf>.

³⁴ Para ejemplos de Argentina, V., el trabajo respectivo de Sebastian Tedeschi, en este mismo volumen.

los derechos humanos de las personas afectadas evitando el uso de la fuerza y protegiendo a la población más vulnerable.³⁵

En el caso de México, resulta llamativo que probablemente la sentencia más relevante en materia de desalojos sea de una primera instancia local. En el Amparo indirecto 1223/2013 el Juez Octavo de Distrito en Materia Administrativa en el entonces Distrito Federal analizó el caso de una persona que demandaba la omisión de distintas autoridades administrativas de ejecutar las medidas de seguridad en materia de protección civil consistentes en la evacuación y demolición de distintos inmuebles habitacionales. Así, afirmando que de conformidad con la Constitución mexicana la propiedad tiene una función social, ordenó a las autoridades iniciar un procedimiento en materia de protección civil, emitir un dictamen técnico de riesgo, e informar a los afectados, garantizando su la indemnización.

El desarrollo de estándares sobre desalojos en el marco de la SCJN de México es aún incipiente. A través de su Primera Sala ha reconocido en las sentencias del Amparo directo en Revisión 5456/2014 y del Amparo en Revisión 635/2019, que el derecho a la vivienda incluye la protección jurídica contra el desalojo forzoso,³⁶ así como contra el hostigamiento y otras amenazas,³⁷ aclarando que no puede confundirse el contenido del derecho a la vivienda con el derecho a la propiedad.³⁸

También ha señalado que su cumplimiento requiere de acciones positivas por parte del Estado para prevenir actos arbitrarios de desocupación o la vulneración ilegal por parte de terceros.³⁹ Es por ello que debe garantizarse también en las relaciones contractuales entre particulares —específicamente al adoptar un contrato de promesa de compraventa de un departamento— debido a que dicho derecho obliga a los sectores privado y social que participan en la promoción y desarrollo inmobiliario, aunque lo hagan con ánimo de lucro.⁴⁰

³⁵ V., Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T 075/12.

³⁶ V., SCJN, Sentencia recaída en el Amparo Directo en Revisión 5456/2014, pp. 31 y 73.

³⁷ *Idem*, p. 31.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Idem*, p. 32.

⁴⁰ *Idem*, pp. 50 y 51.

No obstante la creciente recepción que ha tenido al análisis de los desalojos a la luz del derecho a la vivienda en algunos países, los estándares más robustos son los desarrollados por el Comité DESC.⁴¹ Por ejemplo, en el caso *I.D.G. vs. España*⁴² ése organismo consideró que, en virtud de la protección procesal del derecho a una vivienda adecuada, los procesos relacionados con desalojos forzosos deben ofrecer una auténtica oportunidad de consulta a las personas afectadas y un plazo suficiente y razonable de notificación con antelación a la fecha prevista para el desalojo.⁴³ En dicha oportunidad se analizaba la legislación de los procedimientos de ejecución hipotecaria y su aplicación a un caso de falta de pago de las cuotas de un préstamo a una entidad bancaria. El Comité DESC concluyó que como parte del debido proceso debe asegurarse que se tomen todas las medidas

⁴¹ Los criterios emitidos por el Comité DESC son de mucha relevancia considerado que son muy pocas las legislaciones en materia civil y mercantil por ejemplo y las reglas procedimentales, que se han elaborado a la luz de los derechos humanos y contemplan los efectos de los desalojos en la diversidad de población sujeta a los mismos. También son muy reducidos los casos de desalojos de personas vulnerables que se definen en el fuero civil u otros en los cuales los jueces nacionales aplican los estándares internacionales en materia de derecho a una vivienda adecuada. El caso de México no es la excepción. En el país existen normas, como el artículo 966 del Código de Procedimientos Civiles de la Ciudad de México, que prevén que en los juicios de arrendamiento el recurso de apelación tiene únicamente carácter devolutivo. Eso implica que se pueden llevar a cabo desalojos sin que se haya podido contar con una decisión de segunda instancia y que, incluso al obtenerse resolución positiva en apelación, las personas ya hayan tenido que encontrar otras opciones de vivienda o, en casos extremos, hayan tenido que vivir en la calle. Por otro lado, si bien los jueces civiles podrían recurrir al bloque de constitucionalidad que, en la actualidad, incluye los tratados internacionales en materia de derechos humanos, en la práctica eso ha sucedido en muy contadas ocasiones. Los dictámenes que analizaremos en el apartado dedicado a las decisiones del Comité DESC podrán además ayudar a despejar la convicción, muy recurrente en los poderes públicos nacionales, que la mera existencia de una legislación que pueda ser activada en defensa de las personas objeto de desalojo, pueda automáticamente excluir que ése sea forzoso. Ofrecerán además elementos muy relevantes en materia de vivienda alternativa para personas desalojadas en situación de vulnerabilidad.

⁴² V., Comité DESC, *caso Sra. I.D.G. vs. España*. E/C.12/55/D/2/2014. Disponible en <<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CESCR/Pages/TableJurisprudence.aspx>>.

⁴³ Para que el desalojo de personas sea compatible con el Pacto se requiere además que la medida esté prevista por la ley, se realice como último recurso, y que las personas afectadas tengan previamente acceso a un recurso judicial efectivo en que se pueda determinar que la medida está debidamente justificada, por ejemplo, en caso de que no exista un título legal de tenencia. Adicionalmente, debe existir una auténtica oportunidad de consulta genuina y efectiva previa entre las autoridades y las personas afectadas, no existir medios alternativos o medidas menos intrusivas del derecho a la vivienda, y las personas afectadas por la medida no deben quedar en una situación que constituya una violación de otros derechos del Pacto o de otros derechos humanos o les exponga a ella. V., Comité DESC, Observación General Núm. 7, Los desalojos forzosos y el derecho a una vivienda adecuada, párr. 15.

adecuadas para la notificación personal, sobre todo cuándo es a partir de la misma que se da inicio al procedimiento.⁴⁴

Posteriormente, en el caso *Mohamed Ben Djazia y Naouel Bellili vs. España*⁴⁵ el Comité DESC conoció la situación de una familia con hijos menores que fue desalojada de una vivienda alquilada por falta de pago al quedar desempleada. Afirmó que, incluso tratándose de un desalojo justificado, es obligación estatal proteger a los inquilinos garantizando el acceso a la justicia, con todos los medios apropiados, incluida la legislación y las necesarias garantías procesales que aseguren entre otras cosas, una opción genuina de que las personas sean consultadas previo al desalojo para así evitar que queden sin techo y en este caso, adoptar todas las medidas para que se les proporcione otra vivienda con carácter prioritario. Lo anterior sobre todo al tratarse de población vulnerable como son los niños o las personas en desventaja socioeconómica.⁴⁶ Finalmente, el Comité DESC consideró en el caso concreto que el Estado debía adoptar las medidas necesarias, incluyendo las legislativas, para, entre otros: i) garantizar que, en los procesos judiciales de desalojos de inquilinos, los demandados puedan oponerse para que el juez considere las consecuencias del desalojo; ii) garantizar la coordinación entre las decisiones judiciales y las acciones de los servicios sociales; y iii) formular un plan comprehensivo e integral para garantizar el derecho a la vivienda adecuada de

⁴⁴ En el caso específico, el Estado no habría demostrado que se agotaron todos los medios disponibles para que se pudiera notificar a la Señora I.D.G de forma personal, prefiriéndose un edicto a partir del cual inició el juicio lo que impidió que ésta pudiera defenderse de forma adecuada frente a un tribunal.

⁴⁵ V., Comité DESC, caso *Mohamed Ben Djazia y Naouel Bellili vs. España*. E/C.12/61/D/5/2015. Disponible en <<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmIBEDzFEovLCuWwFxY1mqLbp5EEjeL2wr8QZ5yGdFWeZK8t%2BOYmr%2FpqooooDrULo4nTNRoacaMlyCwOPIiVfYGqGKWwICkSIzEWvafpCQubeyVivaF1E1Kjt6qzgHzYnWNBFT3LCPQeReA%3D%3D>>.

⁴⁶ El Comité DESC analizó las justificaciones estatales para negar el acceso a vivienda social a la familia basadas en una limitación de recursos derivados de la crisis económica que en ese entonces sufría España. Consideró que no se había explicado de manera razonable esta restricción que redondea en una medida regresiva y, a partir de la inversión de la carga de la prueba, definió que no se había probado que ésa se basó en el examen más exhaustivo posible además de estar debidamente justificada con referencia a la totalidad de los derechos reconocidos en el Pacto. El Comité DESC, resolvió que “en ausencia de argumentos razonables de parte del Estado respecto de todas las medidas adoptadas con el máximo de los recursos disponibles, el desalojo de los autores, sin garantía de vivienda alternativa por parte de las autoridades del Estado parte en general, [...] constituyó una violación de su derecho a una vivienda adecuada”. *Idem*, párr. 18.

personas con bajos ingresos que incluya los recursos, las medidas, los plazos y los criterios de evaluación que permitirán en forma razonable y verificable garantizar el derecho a la vivienda de esas personas.

Posteriormente, en los casos *Maribel Viviana López Albán vs. España*⁴⁷ y *Rosario Gómez-Limón Pardo vs. España*,⁴⁸ el Comité DESC señaló que ante cualquier medida que devenga en un desalojo, debe analizarse la proporcionalidad de la misma, así como la posibilidad de contar con un recurso para impugnarla. De manera particular, en el primero de los dos casos que involucraba a una mujer que ocupaba un departamento de una entidad bancaria junto con sus seis hijos, cinco de los cuales eran menores, consideró que el juzgado no efectuó un balance entre los beneficios de proteger el derecho de propiedad —no reconocido por el PIDESC— y obtener así que la entidad bancaria recuperara la posesión del bien y las consecuencias del desalojo sobre la familia que además había solicitado una vivienda social, y reconoció la necesidad de “distinguir entre las propiedades de individuos que requieren la propiedad como vivienda o para que les brinde su renta vital, y propiedades de entidades financieras, como es el caso actual”.⁴⁹ Se refirió también al deber de garantizar que todas las personas puedan acceder, en igualdad de condiciones, al parque de vivienda social, así como a la necesidad de garantizar, hasta el máximo de recursos disponibles, la posibilidad de que las personas desalojadas tengan acceso a una vivienda alternativa.

⁴⁷ *Idem*, caso *Sra. Maribel Viviana López Albán vs. España*. E/C.12/66/D/37/2018. Disponible en <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E/C.12/66/D/37/2018&Lang=en>.

⁴⁸ *Idem*, caso *Sra. Rosario Gómez-Limón Pardo vs. España*. E/C.12/66/D/37/2018. Disponible en <<https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6Q5mlBEDzFEovLCuW1Xt9%2FAM48919J%2BLiF0hYPe-4xBaWd9lI3vyLy3sL1oDdbel8QtKbA7rpbWMVSenrH9B8AqhvWbrwkGs1Ywz9AXR9fsd4V5VQvo1JAxZUkj1X4SU0LcKWL2GTsSCKgnmRbudF%2F%2B9lKw8%2Be9p7PfRmY0%3D>>.

⁴⁹ *Idem*, párr. 11.5. En este mismo párrafo el Comité DESC precisa que: “Encontrar que un desalojo no es una medida razonable en un momento concreto no significa necesariamente que no se pueda emitir una orden de desalojo contra los ocupantes. No obstante, los principios de razonabilidad y proporcionalidad pueden requerir que la orden de desalojo se suspenda o posponga para evitar exponer a las personas desalojadas a situaciones de indigencia o a violaciones de otros derechos contenidos en el Pacto. Una orden de desalojo también puede estar condicionada a otros factores tal y como requerir a las autoridades administrativas para que intervengan en la asistencia de los ocupantes para mitigar las consecuencias del desalojo.”

IV. El derecho a la vivienda y su interacción con la no discriminación

El Comité DESC ha reconocido el derecho a contar con mecanismos para combatir la discriminación en el acceso a la vivienda.⁵⁰ Por su parte, el Relator Especial sobre la vivienda adecuada de la Organización de las Naciones Unidas ha señalado la necesidad de que los Estados promulguen medidas legislativas que prohíban la discriminación racial y de otro tipo en todas las esferas de la vivienda; así como que formulen políticas y leyes para corregir la discriminación múltiple con que se enfrentan las minorías para ejercer su derecho a una vivienda adecuada y a la tierra.⁵¹ No es poco frecuente que los tribunales se enfrenten a casos de este tipo. Ya sea por una interpretación directa entre el derecho a la vivienda y el derecho a la no discriminación, o bien a través de resoluciones por conexidad o protección indirecta, existen diversas decisiones que nos sirven de referencia.

En el caso *City of Cleburne vs. Cleburne Living Center, Inc.*, la Corte Suprema de los Estados Unidos de América reconoció que todo requisito adicional de planificación urbana para la construcción de viviendas comunitarias de personas con discapacidad debía estar justificada y que imponerlos en abstracto debido a sus “dificultades” posee efectos discriminatorios.⁵² Si bien algunos estándares de esta sentencia de 1985 han sido superados posteriormente, resulta un precedente de alta valía por realizar un escrutinio de normas de zonificación urbana a la luz del derecho a la no discriminación.

En México, se están dando algunos pasos incipientes sobre la temática en el marco de resoluciones de primera instancia. Por ejemplo, el Juzgado Octavo de Distrito con sede en San Luis Potosí, ha abordado los alcances de la no discriminación en

⁵⁰ *Idem*, Observación General Núm. 4, El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto, 1991, E/1992/23, párr. 17.

⁵¹ ONU. *Promoción y Protección de Todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, Incluido el Derecho al Desarrollo*, A/HRC/7/16, párr. 101. Disponible en <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6084.pdf>>.

⁵² Supreme Court of the United States. *City of Cleburne vs. Cleburne Living Center*.

materia de derecho a la vivienda en el marco de la suspensión provisional en el Amparo indirecto 133/2021.⁵³ Los hechos del caso se relacionan con la discriminación sufrida por una pareja del mismo sexo al momento de comprar una vivienda en un fraccionamiento privado. La empresa les negó concluir con el proceso de compraventa al conocer que la pareja del cliente era otro hombre. En este contexto, el Juzgado concedió la suspensión para efectos de que se continúe con el proceso de compraventa sin discriminación alguna. Lo anterior en virtud de que, de conformidad con el artículo 4 constitucional y el artículo 11 del PIDESC, el derecho a la vivienda debía ser garantizado sin discriminación a todas las personas, por los que los grupos de la diversidad sexual cuentan con una protección reforzada para lograr este objetivo.

Si bien aún no se ha pronunciado en un caso concreto sobre no discriminación en materia de derecho a la vivienda, la Primera Sala de la SCJN sí ha reconocido que dicho derecho constitucional abarca la adopción de las medidas necesarias para luchar contra la discriminación.⁵⁴

Por su parte, la Corte Europea de Derechos Humanos consideró en el *Caso Kraner vs. Austria*⁵⁵ que da por concluido un contrato de arrendamiento al fallecer el inquilino sin reconocerle a su pareja del mismo sexo los derechos que la legislación le reconoce a las parejas de hecho heterosexuales, era violatorio del derecho a la no discriminación en conjunto con el derecho a la vida privada y familiar. De manera similar, en el *Caso Kozak vs. Polonia*,⁵⁶ consideró que debido a que en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos los países cuentan con un estrecho margen de apreciación para adoptar medidas basadas en la orientación sexual, no era aceptable negar a una persona la sucesión de derechos de tenencia de arrendamiento únicamente por ser del mismo sexo que su pareja difunta.

⁵³ PJF, Juzgado Octavo de Distrito con sede en San Luis Potosí, Sentencia recaída al Amparo indirecto 133/2021.

⁵⁴ V., SCJN, Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 635/2019, p. 50.

⁵⁵ V., ECHR, Case of *Kraner vs. Austria*. Application no. 40016/98.

⁵⁶ *Idem*, Case of *Kozak vs. Polonia*. Application no. 13102/02.

De igual manera, en el *Caso Stanev vs. Bulgaria*, la Corte Europea de Derechos Humanos reconoció que obligar a una persona con discapacidad a habitar en una casa-hogar especializada equivale a una prohibición de participar en la vida en sociedad, generando una ruptura de sus vínculos con otras personas y amenazando sus habilidades sociales.⁵⁷ Asimismo, valoró que la distancia y ubicación de una institución de albergue para personas con discapacidad, así como las restricciones para visitar y salidas, pueden constituir por sí mismas una violación a la libertad personal, aun cuando se intenten justificar en el cuidado y atención de esta población. En el *Caso Dodov vs. Bulgaria*, señaló que para garantizar las condiciones de habitabilidad y dignidad de las personas que viven en casas de cuidado para adultos mayores, los Estados debían garantizar la existencia de una legislación y un régimen disciplinario para evitar cualquier tipo de negligencia y malos tratos.⁵⁸

V. Personas sin hogar

En 2015, la entonces Relatora Especial para el Derecho a la Vivienda Adecuada de la Organización de las Naciones Unidas, Leilani Farha, señaló que para comprender el concepto de “falta de hogar” —*homelessness*— debía asumirse una definición tridimensional basada en los derechos humanos⁵⁹ i) la primera dimensión se refiere a la ausencia de hogar tanto material como por las condiciones adecuadas para una vida familiar y social; ii) la segunda dimensión considera la falta de hogar como una forma de discriminación sistémica y exclusión social —las personas sin hogar son un grupo social objeto de discriminación y estigmatización—; y iii) la tercera dimensión reconoce a las personas sin hogar como titulares de derechos, siendo actores del cambio para garantizar su derecho a una vivienda adecuada.⁶⁰ En aquella ocasión, concluyó que es fundamental una postura activa por parte de los tribunales para la protección de los derechos humanos

⁵⁷ *Idem*, *Case of Stanev vs. Bulgaria*. Application No. 36760/06.

⁵⁸ *Idem*, *Case of Dodov vs. Bulgaria*. Application No. 59548/00.

⁵⁹ V., ONU, *op. cit.*, párr. 17. Disponible en <<https://undocs.org/es/A/HRC/31/54>>.

⁶⁰ *Idem*, párr. 15.

de las personas sin hogar.⁶¹ En ese tenor, existen ya experiencias de reconocimiento judicial a los derechos de este sector.

Por ejemplo, la Corte de Apelaciones del Noveno Circuito en Estados Unidos analizó en el caso *Martin vs. City of Boise* la inconstitucionalidad de la criminalización de las personas en situación de calle al prohibirles pernoctar en espacios públicos.⁶² Los hechos del caso se relacionan a una demanda interpuestas por 6 personas en situación de calle por las molestias que les generaban los constantes citatorios que les llegaban en aplicación de dos ordenanzas de la ciudad que prohibían “acampar” en espacios públicos y propiedad privada. Así, al interpretar el contenido de la Octava Enmienda,⁶³ la Corte de Apelaciones concluyó que no eran permisibles este tipo de prohibiciones si primero no se garantizaban viviendas alternativas a la población en situación de calle.

En la misma línea se ha pronunciado la Corte Suprema de Columbia Británica en Canadá, al resolver el caso *Abbotsford (City) vs Shantz*.⁶⁴ En contraste con lo que sostuvo el Ayuntamiento en su defensa, la Corte sostuvo que condición de calle de personas que pernoctaban en parques no se debía a “malas decisiones” personales, y que la necesidad de tener un lugar dónde dormir por las noches no era opcional para las personas. Así, determinó que la prohibición de dormir en parques, así como la criminalización y el uso de elementos de fuerza pública era incompatible con la sección 7 de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades relativa a los denominados “derechos de legalidad”.

Al resolver la sentencia del caso *City of Seattle vs. Steven Long*, la Corte de Apelaciones del Estado de Washington en Estados Unidos se refirió a un caso en el cual autoridades locales remolcaron una camioneta de una persona en condición de calle, debido a que su propietario violó la norma local de no mantenerse estacionado en el mismo sitio público por más de 72 horas. Las autoridades le ordenaron

⁶¹ *Idem*, párr. 50.

⁶² V., Corte de Apelaciones del Noveno Circuito en Estados Unidos, caso *Martin vs. City of Boise*.

⁶³ Octava Enmienda: “Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted.”

⁶⁴ V., British Columbia Supreme Court. *Abbotsford (City) vs. Shantz*.

firmar un plan de pago de la multa bajo la amenaza de que, de no hacerlo, su coche sería vendido. La Corte reconoció que el vehículo configuraba un domicilio sin necesidad de un reconocimiento legal como tal, puesto que en los hechos el señor Long habitaba en él. Concluyó que retenerse su vivienda por 21 días y obligarle a pagar una cantidad excesiva de dinero violaba sus derechos al exponerle a las inclemencias del tiempo y al amenazar su vivienda.

En cuanto a la jurisprudencia producida en América Latina, la Corte Constitucional de Colombia en su reciente sentencia C-062 del 2021 consideró la inconstitucionalidad de la aplicación de multas a habitantes de la calle por realizar allí sus necesidades fisiológicas debido a que lo que la generalidad puede realizar en virtud de su derecho a la vivienda no es posible para esta población. Para analizar este caso, consideró que las limitaciones admisibles en el espacio público deben acreditar:⁶⁵ i) dirigirse a la protección de dicho espacio y al libre acceso para todas las personas; ii) cumplir con criterios de razonabilidad y proporcionalidad; iii) reconocer los derechos de personas que por su estado de debilidad manifiesta pueden resultar afectadas desproporcionadamente en sus derechos —como en este caso la población de calle—; y iv) no servir para vulnerar los derechos de quienes interactúan en el espacio público. Por otro lado, en Argentina, algunas decisiones se han enfocado al control judicial sobre la habitabilidad de las viviendas previstas en planes habitacionales, en concreto albergues públicos para personas sin hogar y hoteles privados que alojaban a beneficiarios de planes de vivienda.⁶⁶

Actualmente, la SCJN aún no ha resuelto un caso relacionado a los derechos de las personas habitantes de la calle. Si bien en el Amparo en revisión 1061/2015 —conocido como el caso *Barrabás*—⁶⁷ se planteó entre otros la violación al derecho a la vivienda de una persona sin hogar, el Tribunal no se pronunció sobre este punto argumentando que la demanda no desarrollaba argumentos concretos

⁶⁵ Cf., Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-062/21.

⁶⁶ V, Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, *Pérez, Víctor Gustavo y Otros c. GCBA s/Amparo*, 26/01/2001; *Delfino, Jorge Alberto y Otros c. GCBA s/Amparo*, 11/06/2004; V, la contribución de Sebastián Tedeschi, en este mismo volumen.

⁶⁷ V, SCJN, Sentencia recaída al Amparo en Revisión 1061/2015.

de cómo había sido violado ese derecho. No obstante, existen ya algunos criterios judiciales de nuestro Máximo Tribunal que ofrecen elementos para entender el marco de protección constitucional de esta población, así como de otros grupos en situación de precariedad. Por ejemplo, la jurisprudencia de la SCJN se ha reconocido que la vivienda adecuada incluye también el derecho a elegir el lugar para vivir⁶⁸ y la adopción de las medidas necesarias para luchar contra la discriminación.⁶⁹ Además, ha señalado el especial vínculo de ese derecho con el disfrute de otros derechos humanos.⁷⁰

De manera específica, la Primera Sala de la SCJN ha traído los estándares internacionales en materia de vivienda adecuada al contexto jurídico mexicano, determinando que el régimen constitucional reconoció ese derecho con el objetivo de imponer al Estado el deber de satisfacer una necesidad colectiva y de protección a ciertos sectores de la población.⁷¹ Así, en las sentencias del Amparo en Revisión 3516/2013 y del Amparo directo en revisión 2897/2014, la Primera Sala advirtió que si bien se trata de prerrogativa para todas las personas independientemente de su situación socioeconómica, los grupos más vulnerables requieren una protección constitucional reforzada, siendo constitucionalmente válido que el Estado dedique mayores recursos y programas a atender el problema de vivienda que aqueja a las clases más necesitadas.⁷² Esto incluye la posibilidad de adoptar los beneficios fiscales necesarios.⁷³

La Primera Sala de la SCJN en la sentencia del Amparo directo en revisión 3516/2013, concluyó que el objetivo de reconocer el derecho a la vivienda a nivel constitucional fue garantizar que todas las personas cuenten con una vivien-

⁶⁸ *Idem*, ADR, 2441/2014, p. 44.

⁶⁹ *Idem*, Amparo en Revisión 635/2019, p. 50.

⁷⁰ *Cf.*, *Idem*, ADR, 2441/2014, p. 41.

⁷¹ *Idem*, p. 32. Este criterio fue reiterado posteriormente. *V.*, *Idem*, SCJN, caso *Cayetano Figueroa*, ADR, 5456/2014, p. 26. Asimismo, en este caso la Primera Sala señaló que mediante la incorporación del derecho a una vivienda digna y decorosa, el constituyente permanente dejó en claro que contar con una vivienda adecuada debía ser considerado como un derecho fundamental, inherente a la dignidad del ser humano, y elemental para contar con el disfrute de otros derechos fundamentales, que están estrechamente relacionados, como el derecho a la salud. *V.*, *supra* n. 42, p. 33.

⁷² *Ibidem*, pp. 43 y 44; SCJN. ADR, 2897/2014, *Cit.*, n. 45, p. 20.

⁷³ *Idem*, n. 45, p. 21

da que tenga los elementos mínimos necesarios para ser considerada como tal, así como, vincular a los órganos del Estado a tomar las medidas necesarias para cumplir con dicho objetivo.⁷⁴

En sentido similar, la Corte Europea de Derechos Humanos señaló en el caso *M.S.S. vs. Bélgica y Grecia* que la prolongada incertidumbre y pasividad de las autoridades frente a la situación de personas solicitantes de asilo puede llevar a que su situación de calle sea su responsabilidad, constituyendo dicho abandono un trato humillante.⁷⁵

VI. Decisiones de alto impacto institucional en materia de derecho a la vivienda

Algunas decisiones judiciales han generado directa o indirectamente efectos de alto impacto institucional. Se trata de resoluciones que llevaron a construir medidas de gran complejidad en cuanto al aterrizaje y seguimiento de las decisiones y que funcionaron como mecanismos de desbloqueo frente a obstáculos que afectan a un amplio sector de la población o a un grupo numeroso de personas afectadas. Nos referimos aquí a algunas experiencias en las que esto ha ocurrido en el marco de decisiones que han analizado la habitabilidad de la vivienda, la necesidad de medidas urgentes en materia de desplazamiento forzoso de población, la accesibilidad económica de la vivienda y la inclusión de la población de asentamientos informales en los censos. Lo anterior con el objetivo de ejemplificar los alcances que puede tener una intervención en materia de derecho a la vivienda cuando contempla este derecho en su integralidad y a la luz de los criterios desarrollados en el marco del derecho internacional.

Una de las sentencias más conocidas a nivel global en materia de derecho a una vivienda adecuada es la del caso *Government of the Republic of South Africa vs. Grootboom* de la Corte Constitucional de Sudáfrica.⁷⁶ El grupo de peticionarios,

⁷⁴ *Idem*, 42, p. 43.

⁷⁵ ECHR, Case of *M.S.S. vs. Belgium and Greece*, Application 30696/09.

⁷⁶ Corte Constitucional de Sudáfrica, *The Government of the Republic of South Africa and others vs. Irene Grootboom and others*. CCT 11/00, Disponible en <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.html>>.

conformado por población de muy bajos recursos habían quedado sin vivienda como resultado del desalojo de tierras que ocupaban, y solicitaban que el Gobierno les entregara viviendas de emergencia y posteriormente, viviendas permanentes. La Corte sudafricana analizó en su decisión las obligaciones que se desprenden en materia de derecho a la vivienda de la legislación nacional e internacional. Al considerar las medidas legislativas y de otra índole implementadas por las autoridades, concluyó que no eran razonables⁷⁷ dentro de los recursos disponibles del Estado, para lograr la efectividad progresiva del derecho a una vivienda adecuada ya que los programas no daban auxilio a quienes carecían de acceso a un recurso básico.⁷⁸ Gracias a esta decisión, la comunidad no sufrió un nuevo desalojo, logró un mejor acceso a servicios básicos y obtuvo posteriormente viviendas permanentes. Además, a partir de la sentencia el gobierno comenzó a desarrollar una política de vivienda de emergencia.

La muy conocida sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-025/04⁷⁹ sobre desplazamientos forzados internos, analizó demandas interpuestas por 1.150 familias por incumplimiento del Estado en el deber de proteger a las personas desplazadas. La Corte, después de un amplio análisis de las políticas públicas implementadas, declaró el “estado de cosas inconstitucional”.⁸⁰ A partir de ello, la Corte pudo ordenar políticas y programas que beneficiaron incluso a la población no involucrada en el caso de forma directa. En relación con la vivienda, que según el diagnóstico incluido en la sentencia era inadecuada en el 63,5% de los casos de población desplazada, reconoció la violación del derecho correspondiente y ordenó que las autoridades dieran acceso inmediato a programas de

⁷⁷ Para un análisis del test de razonabilidad empleado por la Corte Constitucional de Sudáfrica, V, Espejo, “Derechos sociales, republicanismo y Estado de derecho: un modelo de justiciabilidad”, en *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, pp. 155-193.

⁷⁸ Para un análisis más detallado de la sentencia V, Abramovich, Courtis, “La justiciabilidad del derecho a la vivienda en la reciente jurisprudencia sudafricana”, en *Jueces para la democracia*, pp. 71-75. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=174843>

⁷⁹ V, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-025/04.

⁸⁰ “Se adoptó dicha determinación — explicó la Corte en la época — debido a la situación de desconocimiento masivo, generalizado y sistemático de los derechos constitucionales de la población desplazada por la violencia, y a las falencias estructurales de la respuesta estatal que comprometen varias entidades públicas” *Idem*, Comunicado de Prensa, en Rodríguez Garavito, Rodríguez Franco, *Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, p. 82. Disponible en https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_185.pdf.

vivienda a las personas desplazadas, que se pusieran a disposición recursos para su inmediato resguardo y que, si la población así lo deseaba, se le facilitara el regreso a los lugares de origen.

Otro grupo de casos tiene que ver con la accesibilidad económica de la vivienda. La crisis económica que tuvo lugar en la década de los años noventa en Colombia que llevó a un reajuste del precio de los pagos de los créditos hipotecarios de vivienda, por lo que se dieron miles de ejecuciones hipotecarias. En este contexto fue necesaria la intervención estatal y de la corte constitucional que, a través de una serie de sentencias de control de constitucionalidad, analizó la tensión existente entre la libertad contractual y el derecho a la vivienda.⁸¹ La Corte, en la gran mayoría de los casos, estableció que la garantía del derecho constitucional a la vivienda digna exige el diseño de sistemas de financiación que permitan tanto el acceso como la conservación de la vivienda, mediante programas razonables para su financiación y que el plan de reajuste resultaba abusivo y violatorio del derecho a la vivienda por lo que ordenó sustituirlo a partir de parámetros que ella misma estableció.⁸²

En España, la crisis económica empezada en 2008 tuvo entre sus efectos más evidentes el incremento acelerado de los desalojos de vivienda por impago de hipotecas. Distintas decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁸³ analizaron en este marco, el sistema procesal hipotecario español, que excluía a las cláusulas abusivas de los motivos de oposición del procedimiento restringiendo de esta forma, las posibilidades de la persona deudora de oponerse a la ejecución. El Tribunal, a partir de la normativa en materia de protección de los consumidores, protegió los derechos de las personas deudoras y, de forma indirecta, permitió una mejora en la protección del derecho a la tutela judicial efectiva

⁸¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-252/98; Sentencia C-122/99; Sentencia C-700/99; Sentencia C-383/00; Sentencia C-747/99; Sentencia C-955/00.

⁸² Para profundizar sobre esta jurisprudencia, V. Cataño, “Línea jurisprudencial sobre las limitaciones a la libertad contractual a la luz del derecho constitucional a la vivienda digna”, en *Revista de Derecho Privado*, pp. 283-300. Disponible en <<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/5797/7629#toc>>.

⁸³ V., Tribunal de Justicia de la Unión Europea, C415/11. Disponible en <<https://www.derechoshumanos.net/jurisprudencia/TJUE/Sentencia-Vivienda-ejecucion-hipotecaria-desahucios.htm>>.

en relación con la vivienda. A partir de estas decisiones, la legislación española en la materia tuvo que ser modificada.⁸⁴

Como ya hemos dicho, en el caso de México el desarrollo que ha generado la SCJN sobre el derecho a la vivienda es aún incipiente. No obstante, incluso en nuestro contexto ya se han producido decisiones que, con el fin de garantizar que un amplio grupo poblacional pueda ejercer ese derecho, podrían tener un alto impacto institucional resoluciones. Este es el caso de la sentencia del Amparo en Revisión 635/2019, en la cual la Primera Sala de la SCJN determinó que el Estado, a través del Instituto Nacional de Estadística y Geografía —INEGI—, está obligado a emitir información estadística en la forma desagregada o segmentada relativa a los asentamientos precarios o informales para hacer posibles las evaluaciones de resultados de los estudios de medición de la pobreza, la declaración de las zonas de atención prioritarias materia de la asignación presupuestaria y la elaboración de políticas públicas para mejorar las condiciones de vida de las personas que viven en ellos.⁸⁵

Bibliografía

Libros

Corte Constitucional de Colombia, “Comunicado de Prensa del febrero 6 de 2004”, en Rodríguez Garavito, César y Rodríguez Franco, Diana, *Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, Bogotá, 2010. Disponible en <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_185.pdf>. Consultado el 25 de mayo de 2021.

⁸⁴ Para profundizar sobre esta jurisprudencia, V, Medina, “Derecho a la vivienda y desahucios: la protección del deudor hipotecario en la jurisprudencia del TJUE”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, p. 261-282. Disponible en <<http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/16068>>.

⁸⁵ V, SCJN, Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 635/2019, pp. 76 y 77.

Espejo, Nicolás. “Derechos sociales, republicanismo y Estado de derecho: un modelo de justiciabilidad.” Arcidiácono, Pilar, Espejo, Nicolás y Rodríguez, César (coord.) *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*, Siglo del Hombre Editores y LAHER, Bogotá, 2010.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano de derechos humanos”, en *Colección Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: miradas complementarias desde la academia*, Núm. 5, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2017. Disponible en <<https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-05/CESIDH-Justiciabilidad-Derechos-SIDH.pdf>> Consultados el 11 de mayo de 2021.

Revistas

Abramovich, Víctor y Courtis, Christian. “La justiciabilidad del derecho a la vivienda en la reciente jurisprudencia sudafricana.” *Jueces para la democracia*, núm. 40, 2001. pp. 71-75. Disponible en <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=174843>>. Consultado el 11 de mayo de 2021.

Cataño Berrío, Sandra Eliana. “Línea jurisprudencial sobre las limitaciones a la libertad contractual a la luz del derecho constitucional a la vivienda digna.” *Revista de Derecho Privado*, núm.36, 2019. pp.283-300. Disponible en <<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/5797/7629#toc>>. Consultado el 25 de mayo de 2021.

Langford, Malcolm. “Justiciabilidad en el ámbito nacional y los derechos económicos, sociales y culturales: un análisis socio-jurídico.” *SUR*, vol. 6, núm. 11, 2009. p. 111. Disponible en <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r24907.pdf>>. Consultado el 25 de mayo de 2021.

Medina Guerrero, Manuel. “Derecho a la vivienda y desahucios: la protección del deudor hipotecario en la jurisprudencia del TJUE.” *Teoría y Realidad Cons-*

titucional, núm. 36, España, 2015. pp. 261-282. Disponible en <<http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/16068>>. Consultado el 11 de mayo de 2021.

Williams, Lucy. "The right to housing in South Africa: an evolving jurisprudence." *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 45, núm. 3, 2014. pp. 816-845. Disponible en <<https://repository.library.northeastern.edu/files/neu:336949>>. Consultado el 25 de mayo de 2021.

Jurisprudencia y normas

British Columbia Supreme Court. *Abbotsford (City) v. Shantz*, BCSC 1909, 21/10/2015, ponente: Hinkson.

Cámara de Apelaciones en lo Contencioso administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires, Sala I, *Pérez, Víctor Gustavo y Otros c. GCBA s/Amparo*, 26/01/2001.

_____, Sala I, *Delfino, Jorge Alberto y Otros c. GCBA s/ Amparo*, 11/06/2004.

Comisión de Derechos Humanos, Resolución 1993/77, párr. 1. [Consultado el 14 de mayo de 2021].

Comité DESC, Caso *Sra. Maribel Viviana López Albán vs. España*. E/C.12/66/D/37/2018. Disponible en <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treaty-bodyexternal/Download.aspx?symbolno=E/C.12/66/D/37/2018&Lang=en>. Consultado el 15 de mayo de 2021.

_____, Caso *Sra. Rosario Gómez-Limón Pardo vs. España*. E/C.12/67/D/52/2018. Disponible en <<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmIBEDzFEovLCuW1Xt9%2FAm48919J%2-BLiF0hYPe4xBaWd9lI3vyLy3sL1oDdbe18QtKbA7rvpWMVSenchrH9B8A-qhvWbrwkGs1Ywz9AXR9fsd4V5VQvo1JAxZUkj1X4SU0Lc->>

KWL2GTSsCKgnmRbudF%2F%2B9lKw8%2Be9p7PfrMY0%3D». Consultado el 14 de mayo de 2021.

_____, *Caso Mohamed Ben Djazia y Naouel Bellili vs. España*. E/C.12/61/D/5/2015. Disponible en <<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmlBEDzFEovLCuWwFxyY1mqLbp5EEjeL2wr8QZ5yGdFWeZK8t%2BOYmr%2FpqooooDrULo4nTNRoacaMIyCwOPIiVFYgqGKWwICkSlZEWvafpCQubeyVivaF1E1Kjt6qzgHzYnWNB-FTH3LCPQeReA%3D%3D>>. Consultado el 15 de mayo de 2021.

_____, *Caso Sra. I.D.G. vs. España*. E/C.12/55/D/2/2014. Disponible en <<https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CESCR/Pages/TableJurisprudence.aspx>>. Consultado el 15 de mayo de 2021.

_____, Observación General Núm. 4, El Derecho a una Vivienda adecuada, 1991. Disponible en <<https://undocs.org/es/E/1999/22>>.

_____, Observación General Núm. 7, Los desalojos forzosos y el derecho a una vivienda adecuada, 1997. Disponible en <https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT/CESCR/GEC/6430&Lang=en>. Consultados el 20 de mayo de 2021.

_____, Observación General Núm. 9, Sobre la aplicación interna del Pacto, 1998.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-252/98, 26/05/1998, sentencia de la Magistrada Carmenza Isaza de Gómez.

_____, Sentencia C-122/99, 01/03/1999, sentencia del Magistrado Fabio Morón Díaz.

_____, Sentencia C-700/99, 16/08/1999, sentencia del Magistrado José Gregorio Hernández Galindo.

_____, Sentencia C-383/00, 05/04/2000, sentencia del Magistrado Álvaro Tafur Galvis.

_____, Sentencia C-747/99, 20/06/2000, sentencia del Magistrado Alfredo Beltrán Sierra.

_____, Sentencia C-955/00, 26/07/2000, sentencia del Magistrado José Gregorio Hernández Galindo.

_____, Sentencia T-075/12, 15/02/2012, sentencia del Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

_____, Sentencia T-025/04, 22/01/2004, sentencia del Magistrado Manuel José Cepeda Espinosa.

_____, Sentencia C-062/21, 17/03/2021, sentencia de la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Constitucional de Sudáfrica, *The Government of the Republic of South Africa and others vs. Irene Grootboom and others*, CCT 11/00. Disponible en <<http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.html>>. Consultado el 11 de mayo de 2021.

_____, *Occupiers of 51 Olivia Road, Berea Township and 197 Main Street, Johannesburg v. City of Johannesburg and others*, CCT 24/07. Disponible en <[https://collections.concourt.org.za/bitstream/handle/20.500.12144/3316/Full%20judgment%20Official%20version%20\(167%20Kb\)-11581.pdf?sequence=35&isAllowed=y](https://collections.concourt.org.za/bitstream/handle/20.500.12144/3316/Full%20judgment%20Official%20version%20(167%20Kb)-11581.pdf?sequence=35&isAllowed=y)>. Consultado el 25 de mayo de 2021.

_____, *Port Elizabeth Municipality v. Various Occupiers*, CCT 53/03. Disponible en <<https://collections.concourt.org.za/handle/20.500.12144/2209>>. Consultado el 25 de mayo de 2021.

Corte de Apelaciones del Noveno Circuito en Estados Unidos *Martin v. City of Boise*, 920 F.3d 584, 2019.

Corte IDH, *caso Comunidad Indígena Saramaka v. Suriname*, Sentencia de 28 de noviembre de 2007. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf. Consultados el 11 de mayo de 2021.

_____, *caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador*. Sentencia de 25 de octubre de 2012. (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible en https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_252_esp.pdf.

_____, *caso Masacres de Ituango vs. Colombia*. Sentencia de 1 de julio de 2006. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_148_esp.pdf.

_____, *caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_270_esp.pdf. Consultados el 11 de mayo de 2021.

_____, *caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Sentencia de 17 de junio de 2005. (Fondo Reparaciones y Costas). Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf.

_____, *caso Yarce y otras vs. Colombia*. Sentencia de 22 de noviembre de 2016. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible en https://www.corteidh.or.cr/corteidh/docs/casos/articulos/seriec_325_esp.pdf. Consultado el 12 de mayo de 2021.

_____, *caso Lagos del Campo Vs. Perú*. Sentencia de 31 de agosto de 2017. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Disponible en

https://www.corteidh.or.cr/corteidh/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf. Consultado el 12 de mayo de 2021.

Corte Suprema de Bangladesh, *Ain o Salish Kendra (ASK) v. Government and Bangladesh & Ors*, 29/07/2001. Consultado el 22 de mayo de 2021.

Corte Suprema de la India, *Olga Tellis & Ors v. Bombay Municipal Council*, 10/07/1985. Disponible en <https://indiankanoon.org/doc/709776/>. Consultado el 22 de mayo de 2021.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

ECHR, case of *Dodov v. Bulgaria*. Application núm. 59548/00, 17/01/2008.

_____, case of *Kozak v. Polonia*. Application núm. 13102/02, 2/03/2010.

_____, case of *Kraner v. Austria*. Application núm. 40016/98, 24/07/2003.

_____, case of *M.S.S. v. Belgium and Greece*, Application núm. 30696/09, 21/01/2011.

_____, case of *Stanev v. Bulgaria*. Application núm. 36760/06, 17/01/2012.

PJF, Juzgado Octavo de Distrito con sede en San Luis Potosí, Amparo indirecto 133/2021, Juez Laura Coria Martínez, México, 2021.

SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 3516/2013, ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo México, 2014.

_____, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 2441/2014, ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, México, 2015.

_____, Primera Sala, caso *Cayetano Figueroa*, Amparo Directo en Revisión 5456/2014, ponente: Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, México, 2015.

_____, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 2897/2014, ponente: Ministra Olga María Del Carmen Sánchez Cordero, México, 2015.

_____, Primera Sala, Amparo en Revisión 635/2019, ponente: Ministra Norma Lucía Piña Hernández, México, 2020.

_____, Segunda Sala, Amparo en Revisión 1061/2015, ponente: Ministro Eduardo Medina Mora I., México, 2016.

_____, Segunda Sala, Queja 57/2016, ponente: Ministro Eduardo Medina Mora I., México, 2016.

Supreme Court of the United States. *City of Cleburne v. Cleburne Living Center*, 1985.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Primera, 14/03/2013. Disponible en <https://www.derechoshumanos.net/jurisprudencia/TJUE/Sentencia-Vivienda-ejecucion-hipotecaria-desahucios.htm>. Consultado el 11 de mayo de 2021.

Tribunal Superior de Kenya, *Embu, Ibrahim Sangor Osman v. Minister of State for Provincial Administration and Internal Security*, Constitutional Petition núm. 2 of 2011. Disponible en https://www.seri-sa.org/images/stories/osman_judgment.pdf. Consultado el 25 de mayo de 2021.

Otros

Liebenberg, Sandra. “Adjudicación de Derechos Sociales en la Constitución de Transformación Social de Sudáfrica.” Discurso inaugural que la autora pronunció el 4 de octubre de 2005 en la Facultad de Derecho de la Uni-

versidad Stellenbosch. Disponible en: <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/56327> [Consultado el 25 de mayo de 2021].

ONU, “El acceso a la justicia para la defensa del derecho a la vivienda”, Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto, 2019. Disponible en: <https://www.undocs.org/es/A/HRC/40/61>. [Consultado el 4 de junio de 2021].

_____, Economic and Social Council, E/C.12/1989/4, 27/10/1988. Disponible en: <https://undocs.org/pdf?symbol=en/E/C.12/1989/4> [Consultado el 8 de junio de 2021].

_____, Economic and Social Council, E/RES/1985/17, 28/05/1984. Disponible en: <https://ap.ohchr.org/documents/E/ECOSOC/resolutions/E-RES-1985-17.doc> [Consultado el 8 de junio de 2021].

_____, Promoción y Protección de Todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, Incluido el Derecho al Desarrollo, A/HRC/7/16, 13/02/2008. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6084.pdf>. [Consultado el 14 de mayo de 2021].

El derecho a la vivienda como derecho humano en la jurisprudencia argentina*

Sebastián Tedeschi**

* El autor agradece la colaboración de Sofía Pochat en la búsqueda de jurisprudencia.

** Abogado de la Universidad de Buenos Aires con Maestría en Teoría Críticas del Derecho y la Democracia en la Universidad Internacional de Andalucía (España). Profesor Adjunto regular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Coordinador de los Programas sobre Diversidad Cultural y de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la Defensoría General de la Nación y Defensor Público.

El derecho a la vivienda como derecho humano en la jurisprudencia argentina.

I. Introducción; II. Inclusión en un plan de vivienda; III. Vivienda, salud y discapacidad; IV. Vivienda y género; V. Desalojos; VI. Usurpaciones; VII. Procesos de relocalización; VIII. Mercado de Alquileres y derecho a la vivienda.

I. Introducción

Desde hace dos décadas se viene desarrollado una creciente jurisprudencia de protección a los derechos habitacionales en Argentina. Aunque fueron los tribunales locales los que estuvieron a la vanguardia de esta protección, en el año 2012 la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció los primeros cimientos para interpretación y aplicación de este derecho en conflictos particulares. Todavía quedan pendientes muchas definiciones de controversias que ponen en juego este derecho, que por el momento no han sido tratadas debido a la aplicación del *certiorari negativo*¹ que permite la legislación procesal argentina. En lo que sigue presentaremos los casos más relevantes, priorizando las decisiones del tribunal supremo federal y los supremos provinciales. Solo mencionaremos decisiones de instancias inferiores para los temas que aún no han llegado a esa instancia y cuyo aporte resulta novedoso.

¹ Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Art. 280. “Cuando la Corte Suprema conociere por recurso extraordinario, la recepción de la causa implicará el llamamiento de autos. La Corte, según su sana discreción, y con la sola invocación de esta norma, podrá rechazar el recurso extraordinario, por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia”.

II. Inclusión en un plan de vivienda

La justicia contencioso-administrativa de la Ciudad de Buenos Aires, creada en el 2000, ha sido puntal de avance y desarrollo del derecho a la vivienda en Argentina. Desde sus comienzos, este fuero judicial tramitó conflictos individuales, colectivos y estructurales que reivindicaban la exigibilidad del derecho a la vivienda, la aplicación de estándares de debido proceso legal en materia de desalojos y la protección social de personas y familias en situación de vulnerabilidad.² En los últimos años, son varios los tribunales supremos de las diversas provincias argentinas que también han adoptado decisiones en favor del derecho a la vivienda, sobre todo en situaciones extremas en donde estaba comprometido también el derecho a la salud de personas en situación de vulnerabilidad, principalmente niñas y niños.

² CCAyT CABA, Primera Sala, *Caso Morón Jorge Luis vs. GCBA, s/Amparo 8/10/2003*; confirmó la sentencia de primera instancia en cuanto decidió ordenar al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que garantice en términos efectivos el derecho a una vivienda adecuada, a través de los planes existentes y hasta tanto cesen las causas que dieron origen al estado de pobreza del actor. *Idem, Caso Páez, Hugo y Otros vs. GCBA, s/Amparo*; el juez concede medidas cautelares para que se incorpore al peticionario al Programa de Subsidios Habitacionales. JCAyT CABA Núm. 5, *Caso Rosito, Alejandra vs. GCBA, s/Amparo 3/05/2004*; hizo lugar a la acción de amparo y ordenó al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a brindar una adecuada cobertura en la emergencia a la peticionante y su grupo familiar, hasta tanto se hallaran en condiciones de superar el estado de “situación de calle” que motivó su admisión en el programa regulado por el decreto 895/02, y dispuso que la autoridad administrativa llevar a cabo una completa evaluación a efectos de determinar, periódicamente, si la actora, sus hijos y su esposo, continuaban en la situación descrita. CCAyT, Primera Sala, *Caso Pérez, Víctor y otros vs. GCBA, 25/01/2001*; estableció que un grupo de personas sin trabajo ni vivienda, que utilizaba los servicios del Hogar de Noche de la Ciudad de Buenos Aires, fueran trasladadas por motivos de salud del lugar porque aquel no reunía condiciones de alojamiento y dignidad. El tribunal funda su decisión en el derecho a las condiciones mínimas de asistencia e inclusión social como derivado del principio de autonomía protegida por el artículo 19 de la Constitución Nacional. En el caso *Delfino, Jorge Alberto y Otros vs. GCBA s/Amparo* la Cámara confirma la sentencia de primera instancia que ordena al GCBA a que disponga lo necesario para que los varios grupos familiares sean alojados en un lugar adecuado a sus necesidades. Constatan que el alojamiento de los actores —hoteles pagados por el gobierno de la Ciudad en el marco de un programa de Emergencia Habitacional— no reúne las condiciones establecidas en los programas asistenciales, en tanto se habían denunciado serias falencias en las condiciones generales del hotel donde se encontraban alojados, de tal gravedad que atentaban contra su seguridad y salubridad. El tribunal considera que tales circunstancias permiten considerar que no se ha suministrado una vivienda digna, incumpléndose de este modo el objetivo del programa prestacional por el que fueron asistidos. CCAyT, Segunda Sala, *Caso Ramallo, Beatriz vs. Ciudad de Buenos Aires, 30/09/2004*, establece una sanción pecuniaria diaria de pesos doscientos cincuenta —\$ 250— contra el Jefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, el Secretario de Desarrollo Social y el Presidente del Instituto de la Vivienda de la Ciudad, por haber incumplido un acuerdo judicial de garantizar adecuadas condiciones de alojamiento a familias beneficiarias del programa de Emergencia Habitacional.

En ese contexto, uno de los primeros casos emblemáticos fue el caso conocido como *Villa La Dulce*,³ en donde la justicia local resolvió homologar un acuerdo para poner fin a una acción de amparo promovido por un grupo de familias que habían sido desalojadas dos años antes. En el acuerdo y en la resolución el Gobierno se comprometió a construir 91 viviendas para familias fundándose en estándares internacionales de derecho a la vivienda.

Además, se estableció que, en la licitación de la obra de construcción, el Estado debe dar preferencia, en la etapa de evaluación de ofertas, a las empresas que prevean la contratación de un veinte por ciento de personal administrativo, técnico o de obra de las personas afectadas por la falta de vivienda. También se dispuso que los vecinos de la ex villa La Dulce pudieran adquirir las viviendas construidas y, para ello, el Gobierno adoptó el compromiso de otorgar, a través de la Instituto de la Vivienda, un contrato de *leasing* con opción a compra o una línea de crédito especial que resultara accesible a los beneficiarios. El préstamo de dinero no devengaría interés de ningún tipo para las familias beneficiarias, y el monto de la cuota y los plazos de pago se adecuaron a su capacidad de pago. Para ello, el valor de la cuota mensual no podía superar el 20% del ingreso real de cada grupo familiar.

Esa impronta inicial de ampliación en la protección de derechos sociales sufrió altibajos con los cambios en la composición de los tribunales de las tres instancias en los últimos años. Aún con algunas mermas, han quedado establecidos algunos pilares básicos de reconocimiento del derecho a la vivienda que han servido de inspiración para la jurisprudencia de otros tribunales provinciales, y posibilitaron la importante decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso que comentaremos a continuación.

El activismo de la Defensoría y la Asesoría Tutelar ante los Tribunales Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, tanto como el de organizaciones de la sociedad civil y otros actores sociales, aumentó el nivel de reclamos judiciales para garantizar el derecho a la vivienda en la Ciudad.

³ JCAyT Núm. 5, Sec. 9, *Agüero, Aurelio E. vs. GCBA s/ Amparo*. “Villa” o “villa miseria” es la denominación vernácula de los asentamientos informales.

Estos casos llegaron al Tribunal Superior de Justicia —en adelante TSJ—, que se volvió cada vez más reactivo a estas pretensiones, hasta dictar sentencia en el caso *Alba Quintana*⁴ estableciendo un criterio muy restrictivo.

En el caso *Q.C., S.Y.*⁵ la actora demandó al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires —en adelante GCBA— por su propio derecho y representando a su hijo menor de edad, quien tiene una discapacidad producida por una encefalopatía crónica no evolutiva. En su demanda solicitó que el Estado local cesara en su conducta ilegítima de negarle la inclusión en los programas gubernamentales de vivienda y omitir proporcionarle alternativas para salir de la “situación de calle” en la que se encontraba junto a su hijo. Si bien su planteo prosperó en la primera y segunda instancia, la decisión fue revocada por el Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad, quien aplicó el precedente del caso *Alba Quintana*,⁶ a cuyos argumentos y conclusiones se remitió.

La Defensoría pública recurrió a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, invocando violación de normas federales e instrumentos internacionales de derechos humanos que protegen el derecho a la vivienda. Para resolver el caso, el máximo

⁴ TSJ. CABA, *Alba Quintana, Pablo vs. GCBA y otros s/Amparo* 12/05/2010. En su voto mayoritario el TSJ dispuso que la Ciudad de Buenos Aires no está obligada a proporcionar vivienda a cualquier habitante del país, o incluso del extranjero, que adolezca de esa necesidad. Su obligación se concreta en fijar programas y condiciones de acceso a una vivienda, dentro de las capacidades que sus posibilidades le permitan conforme el aprovechamiento máximo de los recursos presupuestarios disponibles. No resulta inconstitucional el otorgamiento de subsidios temporarios para hacer frente a la manda del art. 31 de la CCABA. Tampoco que su monto no sea suficiente, por sí sólo, para solventar el costo de una vivienda digna. Empero, sí lo es que la distribución de esos subsidios, por naturaleza limitados, no respete las prioridades establecidas en ese artículo; situación que, hoy en día, puede ser presumida por los jueces cuando el beneficio le es denegado a una persona que se halla dentro del universo de personas con prioridad. La disidencia de la Dra. Ruiz, por el contrario, expresa que la CCABA reconoce “el derecho a la vivienda digna y a un hábitat adecuado” y “resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y de servicios, dando prioridad [sin excluir otros supuestos] a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos”. CCABA, ART. 31. La norma aludida es directamente operativa. La referencia expresa a la resolución progresiva de la problemática habitacional consolida el compromiso constitucional del Estado de generar, sin solución de continuidad, políticas públicas orientadas a la satisfacción plena del derecho a la vivienda adecuada.

⁵ CSJN, *Q. C., S. Y. vs. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires*, sentencia del 24/04/2012.

⁶ Sobre el contenido y la crítica a este fallo V., Constante, “Sobre el Derecho Humano a la vivienda: a propósito del lamentable fallo del TSJ en el caso “Alba Quintana”, en *Vivir en la calle. El derecho a la vivienda en la jurisprudencia del TSJC*, pp. 10-18.

tribunal del país expuso el complejo sistema de fuentes para determinar el alcance del derecho a la vivienda en Argentina, vinculado al derecho a la protección especial de los niños con discapacidad. Además de referirse al art. 14 *bis* de la Constitución Nacional, integró su contenido con los instrumentos internacionales de derechos humanos, poniendo énfasis en la obligación de adoptar medidas para asegurar la efectividad de los derechos económicos sociales y culturales, mencionado los artículos respectivos de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, la Convención de Derechos del Niño, además de la Constitución local. Con relación a la obligación de adoptar medidas de acción positiva para garantizar el goce y ejercicio de derechos de niños con discapacidad, se funda no solamente en el texto constitucional sino también en las normas respectivas de la Convención de Derecho de las Personas con Discapacidad y de la Convención Interamericana de Derechos de las Personas con Discapacidad.

El voto de la mayoría sostuvo que los derechos mencionados en tal sistema de fuentes son normas jurídicas con vocación de efectividad, pero con operatividad derivada en los siguientes términos:

[...] la Constitución Nacional reconoce derechos humanos para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, pues el llamado a reglamentarlos no puede obrar con otra finalidad que no sea la de darles todo el contenido que aquélla les asigne; precisamente por ello, toda norma que debe “garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos (Fallos: 327:3677; 332:2043) y “garantizar”, significa “mucho más que abstenerse sencillamente de adoptar medidas que pudieran tener repercusiones negativas”, según indica en su Observación General Núm. 5 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que constituye el intérprete autorizado del Pacto homónimo en el plano internacional y cuya interpretación debe ser tenida en cuenta ya que comprende las “condiciones de vigencia” de este instrumento que posee jerarquía constitucional en los términos del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional.

También, para el voto de la mayoría del tribunal, esta operatividad no es directa, en el sentido de que “[...]en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la

provisión de una vivienda por la vía judicial⁷ [...], sino que se trata de derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada, es decir que están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial”.⁸

El tema motivó también un voto por separado, que fue más claro en este punto. En su argumentación, el magistrado, aun compartiendo el punto de partida del voto mayoritario, en cuanto a que

el reconocimiento del derecho a una vivienda digna importa, necesariamente, el deber concreto e inmediato del Estado de reglamentarlo e implementarlo para garantizar su efectividad [...]; sostuvo que “esa reglamentación debe respetar tanto la finalidad como los límites impuestos por las normas de jerarquía superior, en este caso, la Constitución Nacional y el PIDESC.”⁹

Partiendo de esta premisa, la noción de operatividad derivada le sirvió a la Corte para realizar una revisión judicial de las políticas públicas de vivienda mediante el control de razonabilidad. Para hacerlo, se refirió en primer lugar a las garantías mínimas del derecho fundamental como un límite a la discrecionalidad del Estado en las políticas públicas. Luego prosiguió con un examen de razonabilidad de la adecuación de la respuesta gubernamental para garantizar el contenido mínimo de los derechos. Finalmente, analizó cada uno de los programas de acuerdo a su capacidad de responder a las necesidades de la peticionante y su hijo y concluyó que, si bien

no hay una [única] manera de responder al derecho a la vivienda, [la Corte] constata que el esfuerzo estatal realizado para garantizar los derechos económicos, sociales y culturales que las normas constitucionales garantizan a la señora S.Y.Q.C. y su hijo no es suficiente o adecuado ya que ni siquiera atiende a las mínimas necesidades que la situación del grupo familiar demandante requiere.

⁷ CSJN, *Op. Cit.*, considerando Núm. 11.

⁸ *Idem*, considerando Núm. 12.

⁹ *Idem*, voto del juez Petracchi, considerando Núm. 10.

Aun reconociendo que las obligaciones de hacer implican un costo, la Corte cita al Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales —CDESC— de la ONU,¹⁰ se entiende que “la disponibilidad de recursos condiciona las medidas a adoptar, pero no modifica el carácter inmediato de la obligación. La obligación de satisfacer los derechos sociales sigue en pie. Los estados tienen el deber de proteger a los miembros o grupos más desfavorecidos y marginados de la sociedad”. Complementa este criterio con un límite a la justificación basada en escasez de recursos, válido aún para momentos de crisis económica. Así, el Tribunal sigue al Comité al sostener que: “[...] los Estados Parte tienen el deber de proteger a los miembros o grupos más desfavorecidos y marginados de la sociedad aun en momentos de limitaciones graves de recursos, adoptando programas específicos de un costo relativamente bajo”.¹¹

Para poder determinar si el esfuerzo realizado por el Estado es suficiente, la Corte propone, citando los criterios del Comité DESC, considerar: a) el nivel de desarrollo del país; b) la situación económica del país al momento; y c) si el Estado intentó encontrar opciones de bajo costo.¹²

Por ello concluye que: “el argumento de la utilización de los máximos recursos disponibles parece subordinado a un análisis integral por parte de la Ciudad de la asignación de sus recursos presupuestarios, que no podrá prescindir de la obligación primera que surge de los tratados a los que se comprometió la Argentina, que es dar plena efectividad a los derechos reconocidos en sus textos”.¹³

Finalmente, la Corte afirma que no importa el *precio* del servicio que paga el Estado sino la *calidad* en cuanto la adecuación a las necesidades. La inversión debe ser adecuada. La idoneidad del gasto no está en el monto si no en su capacidad de superar la situación o paliarla.¹⁴

¹⁰ CDESC, Declaración E/C. 12/2007/1. La Corte reproduce el punto 4 de la “Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el “máximo de los recursos que disponga” de conformidad con un protocolo facultativo del Pacto”,

¹¹ CSJN, *Op, Cit.*, Considerando Núm. 14.

¹² CDESC, *Ibidem*, punto 10.

¹³ CSJN, *Ibidem*.

¹⁴ *Idem*, Considerando Núm. 15.

Luego del fallo *Alba Quintana* del TSJ de CABA y Q.C., S.Y. de la CSJN, se plantearon nuevos casos que fijaron la línea jurisprudencial para el fuero contencioso-administrativo de la Ciudad de Buenos Aires. El caso paradigmático fue *K.M.P.*¹⁵

El Sr. K era un hombre de 49 años de edad que vivía solo, sin familiares que pudieran proveerle ayuda, que padecía Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida y que se encontraba desempleado. Antes de promover la demanda había obtenido un subsidio habitacional, pero al vencimiento del plazo se le había denegado su renovación. El reclamante promueve la acción de amparo contra el GCBA solicitando una solución que le permitiera acceder a una vivienda adecuada y, en el caso de que el gobierno considerara el otorgamiento de un subsidio, que su monto fuera suficiente para abonar en forma íntegra el valor de un alquiler. En primera instancia será concedido y también confirmado en la Cámara de Apelaciones. La sentencia de Cámara dispone que el GCBA cubra la necesidad mínima de vivienda y otorgue un subsidio u otro medio razonable que disponga y el monto necesario para satisfacer la necesidad habitacional mínima existente, debiendo realizar una primera evaluación socioambiental periódica.

El caso llegó al Tribunal Superior de Justicia por recurso de queja del Gobierno local. El tribunal, por mayoría, opina que el decreto del Poder Ejecutivo no respeta las prioridades que establece la Constitución de CABA y las que reglamenta la ley, y que el Gobierno no ha tomado en cuenta la debida prelación, al denegarle la prestación al actor —entre otras cosas, la ley dispone el otorgamiento de un alojamiento a personas con discapacidad o mayores de 60 años y la prioridad en el acceso a las prestaciones de las políticas sociales a quienes están en situación de calle o en riesgo de estarlo, entre los que se encuentran con privilegio los grupo familiares con niños o niñas—.

Sin embargo, el voto mayoritario le da la razón al gobierno, en cuanto sostiene que los jueces de instancias anteriores han desconocido la división de poderes, al condenarlo a brindar una prestación sin haberle dado primeramente la ocasión

¹⁵ TSJ CABA, *K.M.P. vs. GCBA y otros s/Amparo*, Art. 14 CCABA, sentencia del 21/03/2014.

de indicar qué medidas se adoptarían para atender el derecho del accionante. Por ello, se hizo lugar a la queja, se dejó sin efecto la disposición de Cámara y se ordenó al Gobierno “que presente, en el plazo que indique el juez de grado, una propuesta para hacer frente a la obligación de brindar a la parte actora un alojamiento que reúna las condiciones adecuadas, en los términos de esta sentencia, a la situación de discapacidad del actor”.

En su voto, el juez Casás tomará en cuenta que se trata de una persona con discapacidad en situación de vulnerabilidad social, y dirá:

de ello no cabe colegir que pueda darse satisfacción plena, absoluta y sin limitaciones a todo tipo de derechos económicos, sociales y culturales pero corresponde otorgar la mayor cantidad de recursos públicos disponibles de manera *razonable* otorgando prioridad en el acceso a los beneficios a aquellos que las normas asignen como destinatarios de una tutela especial y conjurando los supuestos en los que se verifique una amenaza grave para la existencia misma de la persona.

Por su parte las juezas Inés M. Weinberg y Alicia Ruiz, en minoría, considerarán que la queja del Gobierno no debe prosperar y se debe dejar firme la sentencia de segunda instancia. La jueza Weinberg destaca que “la decisión adoptada por la CCAYT en el presente caso se sustenta en una apreciación sobre la particular situación de vulnerabilidad por la que transita el actor” y entiende que la misma se enmarca dentro de los parámetros de la Corte Q.C.,S.Y. Luego de este caso se presentaron varios similares incluyendo diversos supuestos.¹⁶

¹⁶ En *Veiga Da Costa, Rocío vs. GCBA s/amparo (art. 14 CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido, 30/04/ 2014*, se aplicó para una mujer de 60 años, en situación de calle, que sufre discapacidad; en *Valdez, Mario Enrique vs. GCBA y otros s/amparo (art. 14 CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido, 4/06/2014*, se trataba de una persona sin contención familiar, en situación de calle, de sesenta años de edad, con graves problemas de salud (una enfermedad obstructiva crónica), que le impedían salir de la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba. De manera similar, en *GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Blanco, Flavia Maricel c. GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)*”, 3/11/2014, el TSJ decidió por mayoría hacer lugar parcialmente al recurso planteado por la peticionante que requería un aumento del subsidio y la extensión del plazo por el cual se entregaba, a fin de poder hacer frente a los gastos de vivienda reales. El Tribunal, con invocación de sus fallos precedentes, ordenó la extensión del subsidio en tanto durara su situación de vulnerabilidad, pero rechazó la dotación de un monto distinto al fijado por el Ejecutivo.

Un precedente que merece ser destacado particularmente es el caso *Ríos Sánchez*,¹⁷ en el cual se hace una distinción interesante entre derecho a la vivienda y derecho a la propiedad. En el caso, la solución a la situación de las familias sin techo se resuelve obligando al Estado a proveer viviendas en comodato mientras dure la situación de vulnerabilidad, como forma de encarar la problemática habitacional sin despatrimonializar al Estado.

III. Vivienda, salud y discapacidad

En el caso *Defensor de Derechos del Niño y del Adolescente vs. Provincia de Neuquén*,¹⁸ la sentencia de segunda instancia —aunque con menos ímpetu que la sentencia de grado inferior— establece estándares de derecho a la vivienda y a la salud. En el caso se resolvió favorablemente una acción de amparo que solicitaba la afectación inmediata de una vivienda para el alojamiento del grupo familiar de una niña que padecía una grave enfermedad. La Cámara retrocede en cuanto rechaza la disposición de primera instancia de adecuar la vivienda ocupada por la niña, dejando librado a la discrecionalidad de la administración el camino a seguir.

En la última década, la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires decidió una serie de casos en los que se ha vinculado el derecho a la vivienda y el derecho a la salud con la necesidad de sostenibilidad económica de la familia. Así por ejemplo, en el caso *Portillo*,¹⁹ el tribunal condenó al gobierno de la Provincia de Buenos Aires y a la Municipalidad de la ciudad de La Plata a que, coordinada y solidariamente, provean en un plazo de sesenta días una vivienda adecuada, cubran el alojamiento de la familia en un hotel o complejo habitacional similar que reúna las condiciones de vivienda adecuada e incluyan a la señora B. y su grupo familiar en un régimen de subsidios mensual que garantice un equivalente al monto móvil del salario mínimo y vital, para satisfacer las necesidades de supervivencia de su familia.

¹⁷ JCAyT Núm. 2 de CABA, *Ríos Sanchez, Leónido Marcial vs. GCBA s/ Medida Cautelar*.

¹⁸ Cámara Civil de Neuquén, *Defensor de Derechos del Niño y del Adolescente vs. Provincia de Neuquén*.

¹⁹ SCJPBA, *Portillo, Cecilia I. vs. Provincia de Buenos Aires s/ Amparo*; también en el caso *B.A.F. vs. Provincia de Buenos Aires S/ Amparo*, 3/7/2013.

Por otro lado, en el caso *P, C. I.*²⁰ la demandante, en su propio derecho y en representación de su hijo menor de edad, solicitó mediante un amparo que la Justicia ordenara al Ministerio de Desarrollo Social de la Provincia que les garantizara la satisfacción de sus necesidades básicas. La Cámara confirmó la sentencia de primera instancia ordenando que el Ministerio de Desarrollo Social garantice la satisfacción de las necesidades básicas, y al Ministerio de Salud la cobertura de la prestación de tratamiento por médicos clínicos, psicólogos y psiquiatras. Extiende la condena imponiendo la procura de la implementación del programa relativo al acceso a una vivienda “dentro de las disponibilidades operativas y presupuestarias vigentes” y condena también a la Municipalidad de La Plata. La Asesora de Incapaces interpuso recurso extraordinario ante la Suprema Corte, ya que entendió que, pese a que la sentencia reconoce los derechos comprometidos, no les otorga efectividad al derivar su cumplimiento al momento en que los recursos lo permitan. Manifiesta que la situación no admite postergaciones ni condicionamientos y que deben ser garantizados de manera actual y urgente. Hace referencia a la operatividad de estos derechos y a la obligación mínima de los Estados de asegurar la satisfacción de sus niveles esenciales.

La Corte hace lugar al recurso y amplía la condena impuesta, otorgando un plazo de no más de 60 días para que el Estado cumpla con el otorgamiento de una vivienda para los accionantes. Hasta tanto eso no ocurra, ordena les cubra el costo de un alojamiento en un hotel o complejo habitacional y dispone la incorporación de las personas en un régimen de subsidios para satisfacer las necesidades de supervivencia. En este sentido, el juez De Lazzari sostuvo que

es necesario determinar una específica conducta a desarrollar en lo inmediato por el Poder Administrador, a fin de revertir cuanto antes la insostenible situación fáctica descrita, concretar la consecución de la igualdad y que se cumpla con el mandato constitucional de asegurar la protección integral de los derechos [...] resulta imperioso que esta Suprema Corte disponga medidas de acción positivas y concretas para garantizar de inmediato el goce de los derechos fundamentales acreditadamente vulnerados. Tal como lo ha expresado el Comité DESC, Observación General Núm. 4.

²⁰ *Idem, P, C. I. y otro vs. Provincia de Buenos Aires s/amparo 14/06/2010.*

En *C., M.S. c. Provincia de Buenos Aires y Municipalidad de Tigre*,²¹ la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en La Plata confirmó la sentencia de primera instancia que, al hacer lugar al recurso de amparo interpuesto por la señora M. S.C., por sí y en representación de sus hijos menores de edad, condenó a la Provincia de Buenos Aires y a la Municipalidad de Tigre a incluir a la actora en un plan de viviendas sociales dentro del Partido de Tigre. Con el fin de que le sea entregada en plazo no mayor de 120 días una casa en condiciones de habitabilidad que le permita al niño W.C., aquejado de una grave enfermedad respiratoria, convivir con su núcleo familiar.

Frente a la vía recursiva impulsada por el gobierno local, la Corte provincial rechaza los recursos y ratifica las sentencias de instancias anteriores. Sostiene que resulta necesario que cada Estado, ya sea municipal o provincial, resuelva de manera urgente, en base a sus propias competencias, la situación de vulnerabilidad que atravesaba la familia. El juez De Lazzari hizo mención a las Observaciones Finales del Comité de los derechos del Niño de Naciones Unidas del 11 de junio de 2010, Sesión Núm. 54, en el que se advierte de la insuficiente coordinación en los niveles provinciales y municipales en la implementación de los derechos del niño, y encomienda “que se otorgue cuidadosa consideración por parte de los gobiernos provinciales a la necesidad de una política de niñez, con programas y recursos humanos y financieros, evitándose la duplicación y los vacíos”. El juez exhorta a las partes y al Estado nacional a realizar los actos que sean pertinentes para asegurar la adecuada coordinación que el Comité de Derechos del Niño requiere.

En el caso *A., G. C.*²² de la Provincia de Buenos Aires —PBA—, una mujer que vivía junto a sus tres hijos menores de edad —dos de ellos con discapacidad— en condición de hacinamiento crítico y estado de indigencia, interpuso una acción de amparo para solicitar a la Municipalidad de La Plata y a la PBA prestaciones alimentarias, de vivienda, de salud y el otorgamiento de subsidios suficientes para acceder a un nivel de vida adecuado. La Cámara confirma la sentencia

²¹ *Idem, C., M.S. vs. Provincia de Buenos Aires (Ministerio de Infraestructura, Vivienda y Servicios Públicos -Instituto de la Vivienda- y Ministerio de Desarrollo Humano) y Municipalidad de Tigre s/ amparo*, 14/07/2010.

²² *Idem, A., G. C. s/amparo - R.E.N.-R.I.L.*

de primera instancia y se ordena a ambas partes a otorgarlos en un plazo no mayor a 60 días y, hasta tanto esto ocurra, procurarles alojamiento en un hotel o complejo habitacional que reúna condiciones adecuadas para su habitabilidad. En apelación ante la Suprema Corte provincial, el municipio alega que la única responsable es la Provincia, que no cuenta con recursos propios para atender dichas necesidades, y que su competencia administrativa en la aplicación de planes sociales no implica la obligación legal de construir y entregar viviendas. La Corte nuevamente adoptará una postura en favor de la pretensión de la familia, rechazando el recurso del gobierno local y confirmando la sentencia.

En el caso *D.G.A.*²³ la Corte de Justicia de la Provincia de Salta, frente a una decisión del Instituto de Vivienda de desadjudicar una unidad habitacional a una familia con un hijo con discapacidad, decidió realizar un control de razonabilidad y revocar la decisión por su inadecuación frente a las exigencias de la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos, entre ellos la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo que prevé el derecho de las personas con discapacidad a un nivel adecuado y protección social, incluyendo alimentación, vestido y vivienda adecuados, y la mejora continua de sus condiciones de vida y de acceso a programas de vivienda pública.

IV. Vivienda y género

En el caso *Sztern*²⁴ la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, extendió el criterio de dar atención prioritaria en el acceso a la vivienda, establecido en el ya comentado caso *K.M.P.* a una mujer que era víctima de violencia de género.

En el caso *S.I.V.*²⁵ una mujer víctima de violencia de género impugnó la negativa del Instituto Provincial de Vivienda —IPV— de la Provincia de Salta a entregar

²³ Corte de Justicia de Salta, *D., G. A. C. Instituto Provincial de Vivienda s/recurso de apelación*.

²⁴ CCAyT CABA, Segunda Sala, *Sztern, María Eugenia vs. GCBA s/Amparo* 21/11/2014.

²⁵ Corte de Justicia de Salta, *S., I.V. vs. Instituto Provincial de la Vivienda*, 4/6/2015.

la tenencia precaria de la vivienda por considerar que el acta de entrega debía ser firmada por la accionante y su expareja, a quien había denunciado por violencia familiar. La Corte advirtió que está en juego el acceso a una vivienda digna, derecho protegido constitucionalmente. El tribunal citó la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer —CEDAW— y la Convención de Belém do Pará, y entendió que

la posición adoptada por el IPV evidencia una violencia institucional contra la mujer y que ...hizo caso omiso del estado de vulnerabilidad denunciado por la interesada, quien pusiera de relieve a la autoridad del IPV que lo exigido implicaba exponerla a la delicada situación de violencia y agresión del nombrado, quien es habitualmente presa de la ira, a la vez que significa una humillación sin precedentes tener que llamarlo para que firme los papeles, cuando ya no mantiene con él vinculación alguna, hizo abandono definitivo del hogar y tiene pendiente un juicio de divorcio en su contra.

En el caso *N.K.E.*²⁶ una persona trans que se encontraba en situación de calle y que había sido incorporada por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires al “Programa de Atención a familias en Situación de Calle”, recibió un subsidio habitacional pero vencido el plazo de seis meses el beneficio no le fue renovado, por lo que demandó su reincorporación y la provisión de una vivienda estable y permanente. En la sentencia, el juez ordenó al GCBA que garantizara el acceso a una vivienda a la actora hasta que lograra superar las circunstancias de emergencia habitacional en las que se encontraba. Asimismo, ordenó a la demandada que arbitrara los medios a fin de orientar a la amparista en la incorporación en algún curso o programa de formación. En su argumentación, el magistrado consideró que

[...] del informe relativo a las dificultades que padece el colectivo trans en relación al ejercicio de sus derechos sociales básicos, efectuado por el Observatorio de Género de la Justicia de la CABA [...], se desprende que dicho colectivo se encuentra [...] extremadamente vulneralizado por las condiciones estructurales de

²⁶ CCAyT CABA, Sala III, *N. K. E. vs. GCBA, s/amparo* 30/06/ 2017.

discriminación en las que se ven obligadas a vivir. [...] Ser trans, en definitiva, tiene consecuencias materiales y simbólicas inmediatas en la vida de las personas. Estas consecuencias constituyen vulneraciones de derechos humanos fundamentales: el derecho a la educación, al trabajo, a la salud, a la alimentación, y también el derecho a la vivienda [...] En este orden de consideraciones, es dable inferir que las circunstancias apuntadas configuran una barrera para la amparista a los fines de lograr incluirse en el mercado formal de trabajo.

En otro caso, esta vez de alcance colectivo, una persona y la asociación Civil Comunidad Homosexual Argentina iniciaron una demanda contra el GCBA con el objeto de que se ordene brindarles a ellas y al colectivo de mujeres trans un alojamiento adecuado en los términos dispuestos por el precedente *KMP* del Tribunal Superior de Justicia. El Juzgado resolvió ordenar al GCBA llevar a cabo un relevamiento en el ámbito de la Ciudad de las personas que conforman el colectivo trans, debiendo compilar individualmente, así como confeccionar estadísticamente, la información referida a: a) edad, b) situación laboral; c) ingresos monetarios mensuales; d) estado de salubridad; e) formación profesional y académica; f) todo dato de interés que contribuya al análisis integral de la situación del colectivo trans procurando mantener la privacidad de aquéllas personas que así lo pretendan; y, ordenar al Ministerio de Desarrollo Humano y hábitat, previa evaluación de cada caso en particular y verificación de la situación de vulnerabilidad habitacional, otorgar a las personas del colectivo trans que así lo peticionen, un subsidio monetario mediante la inclusión en alguno de los programas existentes, —cuyas cuotas deberán ser suficientes para cubrir el valor íntegro de una vivienda en condiciones dignas de habitabilidad—, debiendo orientar al/ a la beneficiario/a en tal búsqueda de alojamiento.

En el caso *R. M., M.*²⁷ una persona transgénero de 29 años de edad, que arribó a la Ciudad de Buenos Aires desde la provincia de Salta de donde es oriunda y se desempeñaba como trabajadora sexual, pero que interrumpió su actividad desde el dictado del aislamiento preventivo por causa del COVID 19, e indicó que **“debido a su condición de género, jamás accedió a un empleo en el mercado formal”**.

²⁷ JCAyT Núm. 15, *R. M., M. vs. GCBA S/Amparo* 16/04/ 2021.

El juez dictó un **fallo** contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a fin de que se le garantice su derecho a una vivienda digna. El juzgado dispuso que **la demandante sea mantenida en el Programa Atención a Familias en Situación de Calle, y se adecue un subsidio con una suma que comprenda las necesidades habitacionales hasta que pueda sostener una vivienda por su propia acción**. Además, la resolución exigió a los abogados de la Procuración General de la Ciudad que actuaron en el expediente —una mujer y un hombre— que “en el plazo de treinta (30) días acrediten haber realizado un **curso con orientación y perspectiva de género**”.

V. Desalojos

El Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires tuvo que resolver una serie de pedidos de inconstitucionalidad del artículo 463 del Código Concesionario Administrativo y Tributario de la Ciudad, que establece que:

En los casos de ocupación de bienes del dominio privado del Estado, cualquiera sea su causa o motivo, si se ha cumplido el plazo previsto o, en su caso, declarado la rescisión o revocación del acto por el cual se hubiera otorgado, aquélla intima la desocupación del/la o de los/las ocupantes, quienes tienen la carga de restituir el bien dentro del término de diez (10) días. La autoridad administrativa debe requerir judicialmente el desalojo del/la o de los/las ocupantes. En tal caso, el tribunal, previa acreditación del cumplimiento de los recaudos establecidos en el párrafo anterior, sin más trámite, ordena el lanzamiento con el auxilio de la fuerza pública, sin perjuicio de las acciones de orden pecuniario que pudieran corresponder. La medida no puede suspenderse sin la conformidad de la autoridad administrativa.

En la mayoría de los casos los expedientes llegaron al TSJ con sentencias de primera y segunda instancia que declaraban la inconstitucionalidad del dicho artículo y el tribunal confirmó la decisión fundándose en ser contrario al derecho a la vivienda adecuada. Los casos en los cuales el TSJ fijó sus criterios son *Comisión Municipal de la Vivienda c. Saavedra, Felisa Alicia y Otros s/ Desalojo s/Recurso de Inconstitucionalidad Concedido* del 07/10/2002 y *Comisión Municipal de la*

Vivienda c. Tambo Ricardo s/ desalojo, del 16 de octubre de 2002.²⁸ Los votos han sido sostenidos en distintos casos, elaborando así una doctrina que establece varios criterios sobre el alcance del derecho a la vivienda.

Los jueces establecieron una conexión entre el derecho a una vivienda adecuada y las garantías del debido proceso. Se propuso analizar si el artículo 463 reunía “los requisitos mínimos que permitan afirmar que los menores representados por el asesor tutelar están en condiciones de resistir judicialmente un desalojo indebido”. Así los jueces entendieron que:

[...] la noción de “debido proceso” incluye, al menos, la posibilidad de contradicción (el “derecho a ser oído”) y el derecho a probar y a controlar la prueba de la contraparte ante un órgano imparcial e independiente. El hecho de que sea el propio Gobierno quien propicia el desalojo exige extremar los recaudos para asegurar que quien controle la legalidad del desalojo sea una autoridad judicial con suficiente capacidad de revisión de hechos y prueba, y de consideración de excepciones y argumentos tendientes a oponerse al desalojo. Nada de esto permite el art. 463 del texto CCAyT. de la Ciudad”.²⁹

El voto de la jueza Alicia Ruiz menciona expresamente el derecho de defensa y debido proceso para quienes pudieran resultar alcanzados por una orden de lanzamiento, fundándose en los artículos 8 y 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, el artículo 14 del PIDCyP, el Artículo 18 de la Constitución Nacional y el artículo 13 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires.

El TSJ sostuvo que la reforma constitucional de 1994 ha otorgado rango constitucional a diversos tratados de derechos humanos que en el caso resultan relevantes, en particular el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —PIDESC— y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 75,

²⁸ V., TSJ, *Comisión Municipal de la Vivienda vs. Fernández, Martha Isabel y otros s/ desalojo s/ recurso de inconstitucionalidad concedido*, 29/04/2003, en el que el tribunal reiteró este criterio

²⁹ STJ CABA, *Comisión Municipal de la Vivienda vs. Saavedra, Felisa Alicia y Otros S/ Desalojo S/Recurso de Inconstitucionalidad Concedido*, 07/10/2002, voto del juez Julio Maier.

inc. 22, CN). Allí el voto de la jueza Alicia Ruiz sostiene que en lo que respecta al PIDESC:

en materia de derecho a la vivienda las dos Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —*órgano de contralor de ese Pacto que reconoce en su art. 11, párrafo 1, el derecho a una vivienda adecuada*— cobran crucial importancia, sobre todo si se tiene en cuenta que la Corte Suprema ha entendido que los tratados deben considerarse en los términos en que ellos son interpretados por los órganos internacionales encargados de aplicarlos [...] El Comité ha entendido que uno de los componentes del derecho a una vivienda adecuada es la `seguridad jurídica de la tenencia´, abarcadora del derecho a garantías procedimentales suficientes para revisar en sede judicial la amenaza de desalojo. Así, en su Observación General Núm. 4 ha dicho que `todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas´ (punto 8 a). Aún más específica es la Observación General Núm. 7 (1997) en la que reconoce `el derecho a no ser desalojado forzosamente sin una protección adecuada´ (punto 8), la situación de los niños en cuanto grupo vulnerable (punto 10) y, en particular, señala que `[a]unque algunos desalojos puedan ser justificables, por ejemplo en caso de impago persistente del alquiler o de daños a la propiedad alquilada sin causa justificada, las autoridades competentes deberán garantizar que los desalojos se lleven a cabo de manera permitida por una legislación compatible con el Pacto y que las personas afectadas dispongan de todos los recursos jurídicos apropiados´ (punto 11). En este último sentido se precisa `que entre las garantías procesales que se deberían aplicar en el contexto de los desalojos forzosos figuran [...] g) ofrecer recursos jurídicos´ (punto 15).

En otros casos se dispuso la prohibición de efectuar el desalojo cuando el gobierno no garantiza un hogar alternativo a donde alojar a las personas expulsadas. En el caso *Gianelli*³⁰ el juzgado hizo un desarrollo extenso del contenido del derecho constitucional a la vivienda digna —punto 7 de la sentencia— y vinculó su alcance con el artículo 43 de la Ley 114 —Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad de Buenos Aires— que establece que

³⁰ JCAyT Núm. 3, Sec. 5, *Comisión Municipal de la Vivienda vs. Gianelli, Alberto Luis y otros s/Desalojo*.

“Cuando la amenaza o violación de derechos sea consecuencia de necesidades básicas insatisfechas, carencias o dificultades materiales, económicas, laborales o de vivienda, las medidas de protección a aplicar son los programas sociales establecidos por las políticas públicas, que deben brindar orientación, ayuda y apoyo incluso económico, con miras a la sustentación y fortalecimiento de los vínculos del grupo familiar responsable del cuidado de niños, niñas y adolescentes”. El juez consideró que:

es el propio Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el encargado de brindar a la persona menor de edad que se encuentran alojada en el inmueble cuyo desalojo se persigue, un lugar donde poder habitar junto a su grupo familiar. Repárese que del Poder Ejecutivo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires forman parte tanto la C.M.V. como la Secretaría de Desarrollo Social. Por ende, el Gobierno de la Ciudad no puede perseguir el desalojo de una vivienda a una familia de escasos recursos, y que está integrada por personas menores de edad, sin cumplir simultáneamente con la normativa vigente, que lo obliga a brindar ayuda a personas que se encuentran atravesando una emergencia habitacional.

Además, sostuvo que “si la vivienda tiene expreso resguardo constitucional, al tratarse de un derecho se torna exigible, mereciendo una protección jurisdiccional —sustancial y adjetiva— adecuada”. Por otra parte, subrayo que “sin negar que la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales que poseen los niños depende en gran medida de la situación de sus padres, debe tenerse presente que junto a la responsabilidad de los padres para hacer efectivos los derechos del niño, se halla la responsabilidad administrativa del Estado en garantizarlos”.

En el caso llamado *Ministro Brin*,³¹ en donde tramitaba una ejecución de alquileres, la amenaza de desalojo surge a partir de septiembre de 2005 cuando una persona compra en subasta el inmueble en mal estado de conservación de la calle Ministro Brin, en el Barrio de la Boca de la Ciudad de Buenos Aires, ocupado por

³¹ Para un comentario más detallado de este caso, Cf., Tedeschi, “Desalojos y Derechos Humanos. Comentarios al fallo *Castronuovo de Santandrea c/ T.C.A y otros s/ Ejecución de Alquileres*” del 9/6/2014 del Juzgado Nacional en lo Civil Núm. 1, en *Revista de Derecho de Familia*.

quince familias, entre ellos 22 niños y un mayor enfermo que no podía trasladarse. En mayo de 2007 el comprador obtiene la posesión y solicita el lanzamiento.

El juez redefinió la controversia al entender que en el proceso existía diversidad de sujetos con derecho a una tutela judicial efectiva y que la cuestión jurídica conflictiva estaba integrada por el derecho de propiedad del adquirente, por un lado, y el derecho a no quedar expuestos a una situación de calle como parte del derecho a la vivienda, por el otro, destacando que los niños que allí vivían en nuestro sistema jurídico gozan de especial protección constitucional e infra constitucional y son acreedores del Estado de la concreción de medidas de acción positiva destinadas a procurar igualdad estructural en orden a su situación jurídica.

Esta redefinición motivó la intimación al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires para que arbitre las medidas necesarias para censar a los niños y determinar si los grupos familiares podrían ser incluidos en algún plan social del GCBA. Frente a ello, el Instituto de la Vivienda respondió que se encontraba “agotada la cartera de viviendas”, mientras que la Subsecretaría de Fortalecimiento Familiar y Comunitario nunca respondió, aún con las intimaciones bajo apercibimiento de multa y el pedido de intervención de la justicia penal. Frente a ello el juez, fundándose en la Observación General Núm. 7 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales —que dispone que los desalojos no deben tener como resultado dejar sin hogar a las personas o exponerlas a otras violaciones de los derechos humanos, si los afectados no pueden proporcionársela, y que en ese caso el Estado debe disponer medidas adecuadas hasta el máximo de los recursos disponibles— intimó al Ministerio de Desarrollo Social para que en 72 horas informara sobre lo actuado y las soluciones habitacionales propuestas para las familias.

La respuesta provino de la Procuración General de la CABA, quien acompañó un relevamiento y un detalle de programas posibles. Frente a ello, y a pedido de la Defensora de Menores, se celebraron una serie de audiencias tendientes a construir una solución consensuada entre ocupantes, propietario y organismos dependientes de la CABA. En las audiencias, el gobierno local insistía en solo contribuir con una ayuda de emergencia y mezquinaba las soluciones definitivas. Por ello, el juez luego de un plazo razonable dispuso intimar al Ministerio de Desarrollo Social de la Ciudad a acompañar respuestas de largo plazo para que las personas con

discapacidad y los/as niños/as no se vieran expuestos a una situación de calle, y que estos últimos pudieran concluir con el año escolar. El gobierno local persistió en la actitud de ofrecer solo un subsidio de monto insuficiente. El juez, frente a esa actitud reticente, utilizando el ámbito de las audiencias, rastreó las posibilidades de recursos existentes en la ciudad de Buenos Aires, hasta que surgió la posibilidad de que los ocupantes conformaran una cooperativa para que compraran el inmueble y lo refaccionaran.

El gobierno local continuó regateando una solución, presentando en cada audiencia objeciones técnicas que alejaban la posibilidad de concretizar el crédito de la ley 341 —autogestión de vivienda— en favor de la cooperativa. Mientras tanto, el adquirente mantuvo una actitud colaborativa, dando un plazo razonable para que encontrar una solución que evitara la situación de calle de las personas.

La persistencia del incumplimiento del gobierno local llegó a un punto de extenuación, , pese al esfuerzo realizado por las partes, de modo que el juez decidió ordenar: i) al Instituto de la Vivienda de la Ciudad de Buenos Aires que dentro del plazo de cinco días depositara las sumas correspondientes a los créditos acordados; ii) al Ministerio de Desarrollo Social que dentro del plazo de cinco días depositara el monto correspondiente a los subsidios Programa Atención para Familias en Situación de Calle en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a las familias que no podían ser beneficiarias del Crédito Instituto de la Vivienda de la Ciudad; iii) dar intervención a la Escribanía General de la Nación para el otorgamiento de la escritura gratuita en favor de la cooperativa; iv) a la Comisión Nacional de Tierras para el Hábitat Social “Padre Carlos Mugica”, que dispusiera las medidas presupuestarias y administrativas para que el día 04 de agosto de 2014 se diera inicio a la ejecución del plan de refacciones y obras propuesto por el equipo de arquitectos de la Universidad de Buenos Aires; v) a los vecinos del inmueble de Ministro Brin, que extremaran las medidas de seguridad para preservar la integridad física de los habitantes del lugar, desocupando los distintos sectores del inmueble en las fechas que indicara la dirección de obra [...] viii) que limpiara el baldío adyacente al inmueble y finalmente, las medidas referidas a la prevención de incendio intencional, mencionada más arriba.

La Cámara Civil intervino a partir de un recurso de apelación interpuesto por el GCBA contra la resolución mencionada, y resolvió no hacer lugar al planteo

confirmando el decisorio, fundándose en la doctrina de los propios actos y el principio de buena fe —Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, 2014—. Cuando la Corte Suprema intervino por recurso interpuesto por el gobierno, al rechazar el recurso confirmó el decisorio de primera instancia.

Además de las decisiones judiciales recaídas en casos concretos, una inciativa que han adoptado algunos tribunales es establecer protocolos de actuación para preservar el derecho a la vivienda en procedimientos de desalojos y usurpaciones. Uno de los que más se destaca es el “Protocolo de actuación judicial frente a ocupaciones de inmuebles por grupos numerosos de personas en situación de vulnerabilidad”,³² con el fin de cumplir con la normativa interna e internacional y evitar que se comprometan los derechos humanos de las personas afectadas por los desalojos y, con ello, se genere responsabilidad estatal.

El texto resalta que el protocolo tiene tres objetivos en función de las Observaciones Generales Núm. 4 y 7 del Comité DESC:

establecer directrices que permitan garantizar la debida adecuación de la implementación de las medidas judiciales tendientes a la restitución provisional de la posesión o tenencia de inmuebles presuntamente usurpados por un grupo numeroso de personas humanas, a las garantías constitucionales, normas y estándares internacionales en materia de derechos humanos [...] brindar protección a] mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas con discapacidad, adultos mayores y demás personas especialmente vulnerables en los procesos de desalojo”; y garantizar una evaluación previa de los efectos multidimensionales de los desalojos para “explorar alternativas y estrategias de solución que permitan minimizar las consecuencias adversas de su implementación.

Por último, establece qué recaudos deben cumplirse en las distintas instancias de la intervención judicial —tanto antes, durante como luego de ordenar la restitución preventiva del inmueble al presunto damnificado— en función del grado de avance del proceso.

³² Adoptado por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires mediante Resolución 707/19.

Una decisión de primera instancia³³ que resulta muy relevante por ser el primer caso en su tipo, resulta de la interacción entre una orden de un juzgado civil y una medida provisional ordenada por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales —CDESC—. Se trata de un desalojo en un barrio popular, la Villa 15, en donde el Juzgado Nacional Civil Núm. 39 había ordenado un desalojo de 6 familias, entre ellas niños, niñas y adolescentes, personas con discapacidad y en su mayoría mujeres, todos en condiciones de extrema vulnerabilidad. A mediados de 2020, ante la inminencia del desalojo, las familias afectadas denunciaron ante el CDESC al Estado Nacional, y en especial al Poder Judicial de la Nación y al Gobierno de la Ciudad, por no adoptar medidas en el proceso judicial para garantizar su derecho a una vivienda adecuada.

El 29 de mayo de 2020 el Comité de la ONU, dictó una medida provisional donde ordenó al estado argentino la suspensión del desahucio. Una vez que la jueza tomó conocimiento, suspendió el desalojo y convocó a una audiencia para la conformación de una mesa de trabajo con todas las partes involucradas. El Estado realizó una propuesta que involucraba soluciones tanto para la parte actora como para la demandada que no fue aceptada por el primero, quien insistió con su pedido efectivización del desalojo.

La jueza finalmente adoptó una decisión reconociendo la vigencia de la medida provisional adoptada por el Comité DESC, fundándose en los estándares internacionales en materia de derechos humanos para mantener la suspensión del desahucio en tanto esté vigente la medida provisional ordenada por la instancia internacional.

VI. Usurpaciones

En un caso conocido como *Bermejo*³⁴ promovido por el Organismo Nacional de Administración de Bienes del Estado contra 60 familias que vivían en el asentamiento irregular Bermejo por el delito de usurpación, el juez consideró que el reclamo criminaliza a los ciudadanos desaventajados y faltos de recursos y,

³³ Juzgado Civil Núm. 39, *Ochoa, Silvia Adel vs. Coronel, Jorge y otros S/Desalojo: intrusos*.

³⁴ Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal Núm. 11, resolución del 11/04.

previamente al desalojo, solicitó que los gobiernos Nacional y de la Ciudad de Buenos Aires adoptaran medidas que permitieran una solución integral y definitiva para los ocupantes del asentamiento. Fundó su decisión en el derecho a la vivienda de acuerdo con su definición en la Constitución Nacional, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los tratados de derechos humanos.

En otro caso,³⁵ la Cámara Federal Criminal y Correccional suspendió una medida de restitución anticipada del inmueble considerando que la inmediata ejecución de la misma irrogaría graves consecuencias a los 89 grupos familiares que allí se encontraban, convirtiendo en letra muerta los derechos contemplados en nuestra Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos a ella incorporados. El Tribunal consideró que:

[...] resulta imprescindible que previo al reintegro, se adopten los recaudos mínimos y necesarios para evitar que su cumplimiento solo traslade la problemática hasta otros lugares o genere consecuencias más gravosas —sin vivienda, con escasas posibilidades de obtener alimento, falta de abrigo, se seguridad, pérdida de la escolaridad, sobre todo para los grupos más vulnerables integrados por los menores que, ajenos al conflicto penal, se ven inmersos en una realidad a la que no contribuyen.

Por ello, su ejecución debe quedar supeditada a que, en su condición de garantes del efectivo goce de los derechos reconocidos a todos los habitantes, los organismos gubernamentales brinden una adecuada respuesta en torno a la forma en que habrían de neutralizar el estado de emergencia habitacional en que se quedarían las personas que se encuentren en el predio, ya sea reubicándolas en lugares que no impliquen un empeoramiento de las condiciones actuales o arbitrando los medios necesarios para dar respuesta a su problemática.

VII. Procesos de relocalización

En la causa *Mendoza*,³⁶ relacionada con la falta de solución de la contaminación del denominado Riachuelo, —afluente del Río de la Plata que atraviesa zonas

³⁵ CFedCC, Segunda Sala, *NN s/ Usurpación*, 28/10/2008.

³⁶ CSJN, *Mendoza, Beatriz Silvia y otros vs. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios - daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza Riachuelo*.

densamente pobladas de la Ciudad y la Provincia de Buenos Aires— la Corte Suprema dictó sentencia definitiva el 8 de julio de 2008, que luego complementó mediante varias resoluciones posteriores. En esas decisiones ordenó cumplir con un programa de objetivos y resultados para la recomposición y la prevención del medio ambiente a cargo de la Autoridad de Cuenca Matanza/Riachuelo —ACUMAR— como ente interjurisdiccional de coordinación — y en forma concurrente al Estado Nacional, a la Provincia de Buenos Aires y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Entre esas medidas había ordenado la liberación del camino de sirga y la relocalización de los asentamientos que estuvieran sobre dicha área. Ante la demora en cumplimentar su resolución del 19 de diciembre de 2012, la Corte ordenó:

deberá instarse el efectivo y completo cumplimiento del plan de erradicación y relocalización de aquellos que se encuentran ubicados sobre el denominado ‘camino de sirga’, aprobado por el juez de ejecución el 22 de febrero de 2011; es público y notorio que se encuentran vencidos los plazos oportunamente comprometidos por las jurisdicciones involucradas para su cumplimiento, a raíz de las demoras ocurridas en la construcción de las viviendas a las que debería trasladarse la población afectada. Asimismo, deberá supervisarse el traslado de los vecinos de Villa Inflamable, resguardando su derecho a participar en las decisiones que las autoridades encargadas adopten en el curso del proceso de reubicación. En todos los casos, deberá preservarse apropiadamente el derecho de todas las personas relocalizadas a acceder, en los nuevos inmuebles que habitaren, a los servicios públicos esenciales, a la educación, salud y seguridad.

A propósito de esa decisión, ACUMAR estableció un *Protocolo para el abordaje de procesos de relocalización y reurbanización de villas y asentamientos precarios en la Cuenca Matanza Riachuelo* que incluye todos los estándares internacionales de derechos humanos en la materia.³⁷

³⁷ ACUMAR, Protocolo para el abordaje de procesos de relocalización y reurbanización de villas y asentamientos precarios en la cuenca matanza riachuelo. Disponible en <<https://www.acumar.gob.ar/wp-content/uploads/2016/12/protocolo.pdf>>.

En el caso *Candia Acosta*³⁸ del año 2019, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la CABA hizo lugar al recurso de apelación interpuesto por el gobierno local demandado y revocó la decisión anterior que, como medida cautelar y en el marco de una acción de amparo, había ordenado la entrega de una vivienda para la peticionaria y su grupo familiar, quienes habían perdido su casilla con motivo del incendio ocurrido en el predio en el que habitaban. El tribunal de alzada sostuvo que la situación de aquella se hallaba solucionada, en tanto formaba parte de la familia de su hermano y su cuñada, a quienes el Gobierno de la Ciudad había adjudicado ya una vivienda. Luego de agotar las vías correspondientes, la peticionante llegó por vía de queja a la Corte Suprema.

La Corte Suprema dejó sin efecto la sentencia apelada y devolvió el caso al tribunal de origen a fin de que se dictara un nuevo pronunciamiento. Advirtió que la recurrente argumentó de manera fundada que ella y su hermano no forman parte de un mismo grupo familiar y que, en consecuencia, no pudo tenerse por satisfecho su derecho de acceso a una vivienda digna con la unidad entregada a aquel por la demandada. Señaló que la *Cámara había soslayado diversas constancias probatorias que resultaban definitivas para la suerte final de su pretensión, como la entrega por parte del gobierno local de dos subsidios para ella y para su hermano* —y no de uno único— con motivo del incendio señalado, la identificación de ambos como pertenecientes a dos familias distintas, así como los informes socioambientales en los que se indicaba que el inmueble entregado a su hermano no resultaba adecuado para albergar a ambas familias. La Corte también sostuvo que el tribunal omitió considerar la manera en que la decisión cuestionada impidió la continuación del proceso de acceso a la vivienda para la recurrente y rechazó la vía recursiva mediante la invocación de una fórmula dogmática. El tribunal afirmó también que la grave omisión de fundamentación en que incurrió el tribunal *a quo* afectó de modo directo e inmediato la garantía constitucional de defensa en juicio que asistía a la recurrente.

³⁸ CSJN, Reina Teresa Candia Acosta por sí y en representación de sus hijos y por Daniel Candia Acosta en la causa Candia Acosta, Reina Teresa y otro s/queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad, 26/02/2019.

VIII. Mercado de Alquileres y derecho a la vivienda

El caso *ACIJ y otros c. CUCICBA*³⁹ consiste en una acción de amparo colectivo en defensa del derecho a la vivienda digna de inquilinos y potenciales inquilinos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires contra el Colegio Único de Corredores Inmobiliarios de la Ciudad de Buenos Aires —CUCICBA—. La demanda se presentó en el fuero contencioso administrativo y tributario de la Ciudad y tuvo por objeto: que se declare nula la *Resolución 350/2016* dictada por el CUCICBA; se le ordene a esta entidad implementar un plan para el control efectivo sobre el cobro de aranceles por parte de los corredores inmobiliarios, con miras a evitar la repetición de prácticas ilegales en torno a las comisiones cobradas a inquilinos sobre locaciones de inmuebles destinados a vivienda única. La demanda fue posteriormente ampliada para solicitar al juez que en virtud de la ley 3588 de CABA, los corredores inmobiliarios cumplan el deber de exhibir en forma visible y destacada en los locales u oficinas comerciales en que desarrollen sus actividades —así como en su sitio web si lo tuvieran— la transcripción de los artículos 11 inciso 2^o⁴⁰ y 57⁴¹ de la ley 2340.

La resolución fue favorable en primera instancia y fue confirmada en segunda instancia, aunque dejando sin efecto la mesa de trabajo que había sido creada por el juez que intervino en primer lugar. Finalmente, por la vía recursiva, el caso llegó al Superior Tribunal de Justicia de CABA, quien determinó que, en las

³⁹ STJ CABA, Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia y otros vs. Colegio Único de Corredores Inmobiliarios de la CABA s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido, 26/10/2018. Este caso lo he desarrollado más ampliamente en Tedeschi, Sebastián, “¡Inquilinos de Argentina, uníos!” Comentario al fallo de Alquileres”, en Revista Igualdad, autonomía personal y derechos sociales, Núm. 3, Ed. Asociación de Derecho Administrativo de CABA, 2016.

⁴⁰ “Artículo 11 - Derechos. Son derechos de los corredores inmobiliarios: (...) 2. Percibir honorarios por la actividad realizada y comisiones de su comitente según la retribución que libremente pacten y, de quien resulte cocontratante, la que se establezca por la ley. En el caso de tratarse de alquiler de inmuebles destinados a vivienda administrados por un corredor inmobiliario, el monto de los honorarios mensuales no podrá ser exigido a los inquilinos”.

⁴¹ “Artículo 57 - Hasta tanto se regulen los aranceles según lo previsto en el inciso 2° del artículo 11, para los casos de locación de inmuebles destinados a vivienda única, el monto máximo de la comisión a cobra al inquilino será el equivalente al cuatro, quince centésimos por ciento (4,15%) del valor total del respectivo contrato”.

locaciones de inmuebles con destino habitacional en los que el locatario sea una persona física, el monto máximo de la comisión a cobrar será el equivalente al cuatro con quince centésimos por ciento —4,15%— del valor total del respectivo contrato, a cargo del locador, y que “Queda expresamente prohibido en las locaciones de inmuebles con destino habitacional en los que el locatario sea una persona física, requerir y/o percibir, mediante cualquier forma de pago, comisiones inmobiliarias y/u honorarios por la intermediación o corretaje a locatarios, sublocatarios y/o continuadores de la locación. La prohibición resulta extensiva a los honorarios por administración de dichas locaciones”.

El juez de primera instancia empleó, para resolver la contienda, el enfoque de derechos humanos y, especialmente, la argumentación con base a estándares específicos del derecho a la vivienda adecuada, con cita de los principales instrumentos internacionales de derechos humanos, mientras que el fallo del Superior Tribunal se fundó genéricamente en el derecho humano a la vivienda y los derechos del consumidor, con citas a la Constitución Nacional y local.

Bibliografía

Revistas

Constante, Liliana, “Sobre el Derecho Humano a la vivienda: a propósito del lamentable fallo del TSJ en el caso “Alba Quintana”, en Gargarella, Roberto y Maurino, Gustavo, “Vivir en la calle. El derecho a la vivienda en la jurisprudencia del TSJC”, publicado en *Jurisprudencia Argentina*, abril de 2010, pp. 10-18.

Tedeschi, Sebastián, “Desalojos y Derechos Humanos. Comentarios al fallo “Castro-nuovo de Santandrea c/ T.C.A y otros s/ Ejecución de Alquileres” del 9/6/2014 del Juzgado Nacional en lo Civil Núm. 1”, *Revista de Derecho de Familia*, Abeledo Perrot, Año 2014- VI, diciembre de 2014.

Tedeschi, Sebastián, “¡Inquilinos de Argentina, uníos!” Comentario al fallo de Alquileres”, *Revista Igualdad, autonomía personal y derechos sociales*, Núm. 3, Ed. Asociación de Derecho Administrativo de CABA, 2016.

Jurisprudencia y normas

Cámara Civil de Neuquén, *Defensor de Derechos del Niño y del Adolescente vs. Provincia de Neuquén*.

CCAyT CABA, Primera Sala, *Caso Morón Jorge Luis vs. GCBA, s/Amparo 8/10/2003*

_____, *Caso Páez, Hugo y Otros vs. GCBA, s/Amparo*.

_____, *Caso Pérez, Víctor y otros vs. GCBA, 25/01/2001*.

CCAyT CABA, Segunda Sala, *Sztern, María Eugenia vs. GCBA s/Amparo 21/11/2014*.

_____, *Caso Ramallo, Beatriz vs. Ciudad de Buenos Aires, 30/09/2004*.

_____, Tercera Sala, *N. K. E. vs. GCBA, s/amparo 30/06/ 2017*.

_____, Núm. 5, *Caso Rosito, Alejandra vs. GCBA, s/Amparo 3/05/2004*

CDESC, Declaración E/C. 12/2007/1.

CFedCC, Segunda Sala, *NN s/ Usurpación, 28/10/2008*.

Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Corte de Justicia de Salta, *D., G. A. C.. Instituto Provincial de Vivienda s/recurso de apelación*".

_____, *S., I.V. vs. Instituto Provincial de la Vivienda, 4/6/2015*.

CSJN, *Mendoza, Beatriz Silvia y otros vs. Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios - daños derivados de la contaminación ambiental del Rio Matanza Riachuelo*.

_____, *Reina Teresa Candia Acosta por sí y en representación de sus hijos y por Daniel Candia Acosta en la causa Candia Acosta, Reina Teresa y otro s/ queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad*, 26/02/2019.

_____, *Q. C., S. Y. vs. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires*, sentencia del 24/04/2012.

JCAyT Núm. 5, Sec. 9, *Agüero, Aurelio E. vs. GCBA s/ Amparo*.

_____, Núm. 2, *Ríos Sanchez, Leónido Marcial vs. GCBA s/ Medida Cautelar*.

_____, *Ríos Sanchez, Leónido Marcial vs. GCBA s/ Medida Cautelar*.

_____, Núm. 3, Sec. 5, *Comisión Municipal de la Vivienda vs. Gianelli, Alberto Luis y otros s/ Desalojo*.

_____, Núm. 15, *R. M., M. vs. GCBA S/ Amparo* 16/04/ 2021.

Juzgado Civil Núm. 39, *Ochoa, Silvia Adel vs. Coronel, Jorge y otros S/ Desalojo: intrusos*.

Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal Núm. 11, resolución del 11/04/ 2004.

SCJPBA, *Portillo, Cecilia I. vs. Provincia de Buenos Aires s/ Amparo*; también en el caso *B.A.F. vs. Provincia de Buenos Aires S/ Amparo*, 3/7/2013.

_____, *P., C. I. y otro vs. Provincia de Buenos Aires s/ amparo* 14/06/2010.

_____, *C., M.S. vs. Provincia de Buenos Aires (Ministerio de Infraestructura, Vivienda y Servicios Públicos -Instituto de la Vivienda- y Ministerio de Desarrollo Humano) y Municipalidad de Tigre s/ amparo*, 14/07/2010.

_____, A., G. C. *s/amparo - R.E.N.-R.I.L.*

STJ CABA, *Comisión Municipal de la Vivienda vs. Saavedra, Felisa Alicia y Otros S/ Desalojo S/Recurso de Inconstitucionalidad Concedido*, 07/10/2002.

_____, Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia y otros vs. Colegio Único de Corredores Inmobiliarios de la CABA *s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido*, 26/10/2018.

TSJ. CABA, *Alba Quintana, Pablo vs. GCBA y otros s/Amparo* 12/05/2010

_____, *K.M.P. vs. GCBA y otros s/Amparo, Art. 14 CCABA*, sentencia del 21/03/2014.

_____, *Comisión Municipal de la Vivienda vs. Fernández, Martha Isabel y otros s/ desalojo s/ recurso de inconstitucionalidad concedido*, 29/04/2003.

Otros

ACUMAR, *Protocolo para el abordaje de procesos de relocalización y reurbanización de villas y asentamientos precarios en la cuenca matanza riachuelo*, disponible en: <https://www.acumar.gob.ar/wp-content/uploads/2016/12/protocolo.pdf>.

El enfoque de derechos de la protección social y su protección judicial

Magdalena Sepúlveda*

* Doctora en Derecho por la Universidad de Utrecht, es Directora Ejecutiva de Global Initiative for Economic, Social and Cultural Rights (Iniciativa Global por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales). También es miembro de la Comisión Independiente para la Reforma de la Fiscalidad Corporativa Internacional (ICRICT) y del Panel de Alto Nivel de las Naciones Unidas sobre Responsabilidad Financiera Internacional, Transparencia e Integridad para Lograr la Agenda 2030.

El enfoque de derechos de la protección social y su protección judicial. I. Introducción; II. Alcance y contenido del derecho; III. La protección judicial del derecho a la seguridad social; IV. Observaciones finales.

I. Introducción

El *derecho a la seguridad social* o *protección social*¹ es uno de los pocos derechos económicos, sociales y culturales incluidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos —DUDH, 1948—. Si bien este derecho ya estaba consagrado en la Declaración de Filadelfia de 1944, la inclusión en la DUDH constituyó un paso importante, ya que significa que, por más de 70 años, la seguridad social ha sido reconocida como un *derecho* que cada miembro de la sociedad debe disfrutar, por el hecho de ser humano y derivada de su dignidad.

Desde su inclusión en la DUDH, el derecho a la seguridad social fue incorporado en varios tratados de derechos humanos, entre ellos el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —PIDESC, 1966, artículos 9 y 10—; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de

¹ Siguiendo la posición de la OIT y los órganos de tratados de derechos humanos, este estudio utiliza los términos “derecho a la protección social” o “derecho a la seguridad social” indistintamente para referirse al derecho de todas las personas, sin discriminación, a disfrutar de un conjunto de políticas y programas diseñados para reducir y prevenir la pobreza, la vulnerabilidad y la exclusión social a lo largo de su ciclo de vida. V., por ejemplo, CDESC, Observación General Núm. 19, El derecho a la seguridad social, art. 9z. UN Doc. E/C.12/GC/19, párr. 4; y OIT, *Informe sobre la protección social en el mundo 2017-2019: Protección social universal para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible*.

Discriminación Racial —1979, Artículo 5.e.iv—, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer —1979, Artículo 11.1e—, la Convención sobre la Derechos del Niño — 1989, artículo 26—, la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares—1990, artículo 27— y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad —CDPD, 2006, artículo 28—.

El derecho a la seguridad social también está consagrado en varios tratados regionales de derechos humanos, como el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —artículo 9—; la Carta Social Europea —artículo 12— y la Carta Árabe de Derechos Humanos —artículo 36—. A nivel nacional, el derecho a la seguridad social está consagrado en muchas constituciones y leyes nacionales.² La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce las bases del derecho a la seguridad social en el artículo 123 apartado A fracción XXIX, apartado B fracción XI y concordantes.

Además, este derecho se contiene en varios convenios adoptados en el marco de la Organización Internacional del Trabajo —OIT—, tales como el Convenio 102 de 1952, Convenio 118 de 1962, Convenio 157 de 1982, Convenio 168 de 1988 y Convenio 183 del 2000.

A pesar de su temprano reconocimiento, pasaron décadas antes de que el derecho a la seguridad social —protección social— obtuviera apoyo político y aceptación como una herramienta fundamental para el desarrollo y la reducción de la pobreza. Para algunos autores, la expansión en la cobertura de seguridad social en las últimas dos décadas es vista como “una revolución silenciosa” en el desarrollo.³

² Para un análisis detallado de las disposiciones constitucionales de todo el mundo que contienen el derecho a la seguridad social, consulte el depósito legal de la Plataforma de Protección Social y Derechos Humanos, disponible en <http://socialprotection-humanrights.org/category/legal-depository/legal-instruments/domestic-law/>. Para un enfoque en Europa, V., OIT, *La protección del derecho a la seguridad social en las constituciones europeas*. Disponible en: www.ilo.org/normes.

³ Cf., Barrientos, A. y Hulme, D., “Social Protection for the Poor and Poorest in Developing Countries: Reflections on a Quiet Revolution”.

Hoy hay un renovado énfasis en el derecho a la seguridad social. Los líderes mundiales han puesto la seguridad social en el centro de la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible, que le otorga una prominencia única al incluirla en varias metas —por ejemplo, las metas 1.3, 3.8, 5.4 y 10.4—. Bajo el Objetivo de Desarrollo Sostenible—ODS— Núm. 1.3, por ejemplo, los Estados se comprometen a “implementar sistemas de protección social apropiados a nivel nacional para todos, incluidos los pisos” para reducir y prevenir la pobreza. Este es un reconocimiento extraordinario del carácter universal del derecho a la seguridad social. Considerando que, según la respectiva Declaración,⁴ la Agenda debe implementarse de acuerdo con los estándares de derechos humanos, la inclusión de la protección social en los ODS es también un reconocimiento de la obligación de implementar programas de protección social desde una perspectiva de derechos. Se espera que la cobertura de la protección social aumente significativamente en los próximos años, no solo por el impulso de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, sino también porque la pandemia del COVID-19 ha demostrado que es un instrumento esencial para la protección de los grupos más desventajados.⁵

Por otra parte, la OIT y otras agencias de las Naciones Unidas —ONU—, como UNICEF trabajan por lograr una cobertura universal de la seguridad social desde un enfoque de humanos. Asimismo, los órganos de vigilancia de los derechos humanos están prestando una atención sin precedentes a este derecho. Varias constituciones y marcos legales nacionales en todo el mundo incluyen el derecho a la seguridad social que los tribunales y los órganos cuasi judiciales hacen cumplir. Asistimos a un crecimiento del número de decisiones judiciales sobre el derecho a la protección social.

No obstante, aunque el aumento de la atención y el progreso en la cobertura del programa de protección social son notables, el derecho a la seguridad social no es aún una realidad para la mayoría de la población mundial. Según la OIT, sólo el 45 por ciento de la población mundial está efectivamente cubierta por al menos

⁴ Asamblea General de las Naciones Unidas, ‘Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible’, Resolución 70/1.

⁵ OIT, *Informe Mundial sobre la Protección Social 2020-2022. La protección social en la encrucijada: en busca de un futuro mejor*, 2021. Disponible en: https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_817576/lang--en/index.htm

una prestación de protección social, mientras que el 55 por ciento restante, unas cuatro mil millones de personas, aún se encuentra desprotegido.⁶

Una de las razones de esta falta de cobertura en el disfrute del derecho a la seguridad social se deriva de una falta de comprensión sobre el significado de un enfoque basado en los derechos a la protección social. Una mejor comprensión de las implicaciones de las obligaciones de derechos humanos con respecto a la seguridad social contribuiría a expandir su cobertura. Un enfoque basado en los derechos podría ayudar por un lado a identificar los obstáculos que impiden a los más desfavorecidos acceder a programas en pie de igualdad con el resto de la población, y por otro proporcionar una guía sobre cómo diseñar programas que sean más inclusivos. También debería ayudar a dar protagonismo político a este derecho a nivel nacional.

Un enfoque de la seguridad social o protección social basado en los derechos, no busca reemplazar a otros enfoques ni pretende proporcionar todas las respuestas a las difíciles decisiones relacionadas con la asignación de recursos. Más bien, enfatiza las obligaciones de derechos humanos con respecto a cómo los Estados establecen sistemas de protección social —obligaciones relacionadas con el proceso— y los resultados previstos de tales sistemas —obligaciones relacionadas con los resultados—. También proporciona elementos del marco de rendición de cuentas.

Este artículo busca primero analizar brevemente el alcance y contenido del derecho a la seguridad social, así como la forma en que tribunales y órganos cuasi-judiciales, tanto nacionales como internacionales, le han dado protección. El artículo finaliza con una valoración de la jurisprudencia existente.

II. Alcance y contenido del derecho

A lo largo de los años, el contenido del derecho a la seguridad social, tal como se incluye en varios instrumentos de derechos humanos de la ONU, ha sido definido

⁶ OIT, *Informe sobre la protección social en el mundo 2017-2019: Protección social universal para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible*, p. XXIX.

a través del trabajo de los órganos de tratados de la ONU⁷ y de los procedimientos especiales.⁸ La academia también ha contribuido en gran medida al desarrollo de un análisis más sistemático del derecho a la protección social.⁹ Gracias a este esfuerzo colectivo, existe ahora una mejor comprensión del alcance y contenido del derecho a la seguridad social, así como de las implicaciones de un enfoque basado en los derechos humanos a la protección social.

Si bien los términos “seguridad social” y “protección social” se utilizan en instituciones de todo el mundo con una variedad de significados desde el punto de vista del derecho internacional de los derechos humanos, ambos términos son sinónimos.¹⁰ Esta interpretación está en consonancia con la definición dada por la OIT. Según la OIT, “la protección social, o seguridad social, es un derecho humano y se define como el conjunto de políticas y programas diseñados para reducir y prevenir la pobreza y la vulnerabilidad a lo largo del ciclo de vida”.¹¹

La protección social incluye prestaciones para niños y familias, maternidad, desempleo, accidentes laborales, enfermedad, vejez, discapacidad y sobrevivientes, así

⁷ V., por ejemplo, CDESC, Observación General Núm. 19, Observaciones finales del CDESC E/C.12/BIH/CO/2; Observaciones finales del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad: CRPD/C/TUN/CO/1, 2011 y CRPD/C/ESP/CO/1, 2011; Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/UZB/CO/3-4, 2013 y CRC/C/BOL/CO/4, 2009; Observaciones finales del Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW/C/MOZ/CO/2, 2007; y Observaciones finales del Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, CMW/C/ALB/CO/1, 2010.

⁸ V., por ejemplo, los informes de los Relatores Especiales anteriores y actual sobre la pobreza extrema y los derechos humanos, incluidos los programas de transferencias de efectivo (A/HRC/11/9); el papel de la protección social frente a la crisis financiera mundial (A/64/279); pensiones no contributivas (A/HRC/13/31); el papel de la protección social en el logro de los ODM (A/65/259); protección social en tiempos de crisis y recuperación (A/HRC/17/34); sobre los pisos de protección social (A/69/297); sobre la renta básica universal (A/HRC/38/33); y sobre el impacto del Fondo Monetario Internacional en la protección social (A/HRC/38/33). V., también los informes del Relator Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, la protección social (A/70/297) y el derecho a la salud (A/73/161).

⁹ V., por ejemplo, Riedel, E., *Social Security as a Human Right. Drafting a General Comment on article 9 ICDESC. Some Challenges*; Sepúlveda, Nyst, *The Human Rights Approach to Social Protection*; Kaltenborn, K., “The human rights-based approach to social protection”, en *Social Protection in Developing Countries. Reforming Systems*, pp. 53-62.; y Goldblatt, Lamarche, *Women’s Rights to Social Security and Social Protection*.

¹⁰ V. n. 1.

¹¹ OIT, *Informe sobre la protección social en el mundo 2017-19*.

como protección de la salud.¹² Los sistemas de protección social se conforman por una combinación de regímenes contributivos —seguro social— y beneficios no contributivos, financiados principalmente a través de los impuestos —asistencia social.¹³

1. Obligaciones de realización progresiva y niveles mínimos esenciales de la seguridad social: El concepto de Pisos de Protección Social

En 2012, en la 101^a reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, los gobiernos, empleadores y trabajadores de 185 países adoptaron por unanimidad la Recomendación Núm. 202 sobre los pisos de protección social —en adelante, la Recomendación Núm. 202 de la OIT—.¹⁴ Esta recomendación histórica no solo reafirmó la seguridad social como un derecho humano para todas las personas, sino que fue fundamental para brindar orientación a los Estados sobre cómo lograr progresivamente la protección universal del derecho a la seguridad social y en establecer el contenido mínimo esencial de este derecho.

Teniendo en cuenta la reconocida experiencia de la OIT, establecida en 1946, con “responsabilidad principal” para la realización del derecho a la seguridad social, y teniendo en cuenta el amplio apoyo de los Estados y otras partes interesadas, la Recomendación 202 debe ser entendida como una interpretación autorizada del contenido y alcance del derecho a la seguridad social.¹⁵ Por lo tanto, viene a complementar la Observación General Núm.19 sobre el derecho a la seguridad social, adoptada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas —CDESC— en 2018.¹⁶

¹² CDESC, Observación General Núm. 19, párr. 2. Las contingencias clásicas de la seguridad social son enumeradas en las normas de la OIT, en particular el Convenio Núm. 102 de la OIT: atención médica, enfermedad, maternidad, desempleo, prestaciones familiares, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, discapacidad, vejez y viudez/sobrevivencia.

¹³ CDESC, *Idem.*, párr. 4.

¹⁴ OIT, Recomendación Núm. 202 sobre los pisos nacionales de protección social.

¹⁵ Convención de Viena sobre derecho de los tratados, art. 31.

¹⁶ Durante el proceso de redacción del PIDESC, hay evidencia de la intención de los redactores de que las normas de la OIT funcionen como la ley especial —*lex specialis*— con respecto al contenido del

De acuerdo con la Observación General Núm.19, avanzar progresivamente para asegurar el derecho a la protección social requiere el cumplimiento de un núcleo esencial: la obligación de garantizar un *nivel mínimo indispensable de prestaciones a todos* los individuos y familias. Dichos beneficios deben permitirles cubrir al menos atención médica esencial, alojamiento y vivienda básicos, agua y saneamiento, alimentos y las formas más básicas de educación.¹⁷ Si un Estado parte no puede proporcionar este nivel mínimo para todos los riesgos y contingencias dentro del máximo de recursos disponibles, el CDESC recomienda que el Estado parte, después de un amplio proceso de consulta, seleccione un grupo básico de riesgos y contingencias sociales a cubrir.¹⁸

Además, el Comité aclara que, independientemente del nivel de protección brindado, los Estados tienen la obligación inmediata de asegurar que no haya discriminación en el acceso a los programas de protección social. Esto significa que ninguna persona o grupo de personas puede ser injustamente excluido del acceso a los programas existentes. Como se analiza a continuación, la obligación de garantizar el derecho a la seguridad social sin discriminación es una obligación que los tribunales nacionales de varias jurisdicciones han protegido sistemáticamente.

La articulación entre niveles mínimos esenciales y obligaciones de realización progresiva está reflejada en el concepto de pisos de protección social —PPS—.¹⁹ Según la OIT

los pisos de protección social son conjuntos de garantías básicas de seguridad social definidas a nivel nacional que deben asegurar, como mínimo, que, durante el ciclo de vida, todos quienes lo necesiten tengan acceso a la atención médica esencial y a la seguridad básica de los ingresos, que juntos aseguren el acceso efectivo a bienes y servicios definidos como necesarios a nivel nacional.²⁰

derecho a la seguridad social consagrado en el artículo 9. Cf., Saul, B., et al., *The International Covenant on Economic, Social and Cultural rights. Commentary, cases and materials*.

¹⁷ CDESC, *idem*, párr. 59.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Cf., Dijkhoff, Mpedi, *Recommendation on Social Protection Floors. Basic Principles for Innovative Solutions*.

²⁰ *Ibidem*.

De acuerdo con la Recomendación núm. 202 de la OIT, el establecimiento de PPS debe incluir al menos cuatro garantías básicas de seguridad social: i) el acceso a servicios de salud básicos, incluyendo atención de maternidad; ii) seguridad de ingresos básicos para los niños, proporcionando acceso a la nutrición, la educación, el cuidado y cualquier otro bien y servicio necesario; iii) seguridad básica de ingresos para las personas en edad activa que no pueden ganar un ingreso suficiente, en particular en caso de desempleo, maternidad y discapacidad; y iv) seguridad de ingresos básicos para las personas mayores.²¹

El establecimiento de PPS es el punto de partida. Los pisos de protección social constituyen el contenido básico mínimo del derecho a la seguridad social. A partir de este mínimo, los Estados deben avanzar para asegurar progresivamente niveles más altos de protección de la seguridad social, de acuerdo con el máximo de recursos disponibles. Los PPS son flexibles en su implementación. Según la OIT, los pisos de protección social son parte de una estrategia bidimensional para extender la seguridad social, que exige un conjunto básico de garantías sociales para todos —la “dimensión horizontal”—, así como la implementación gradual de estándares más altos —la “dimensión vertical”—.²² La estrategia bidimensional de protección social se concibe como una “escalera de la seguridad social”, donde el suelo representa un conjunto de garantías básicas para todos. Para aquellos que puedan pagar cotizaciones o contribuir de otra manera a los programas se puede introducir un segundo nivel de beneficios. Finalmente, se puede establecer un “piso superior” de arreglos voluntarios de seguros privados, para aquellos que necesitan o desean niveles de protección más altos. Los Estados deben perseguir las dimensiones horizontal y vertical de la seguridad social en paralelo, de acuerdo con sus circunstancias nacionales.²³

2. Enfoque basado en derechos humanos

Durante los últimos años se logrado una mejor comprensión de lo que significa un enfoque basado en los derechos humanos para la protección social. Se ha

²¹ OIT, Recomendación Núm. 202, párr. 5

²² V., OIT, *Seguridad social para todos: construcción de pisos de protección social y sistemas integrales de seguridad social. La estrategia de la Organización Internacional del Trabajo*, pp. 3-7.

²³ *Ibidem*.

hecho evidente que las obligaciones de derechos humanos deben orientar el diseño, la implementación y la evaluación del sistema de protección social. Estas obligaciones se refieren tanto a los resultados como a los procesos utilizados para su realización. De modo que el resultado de poner en marcha sistemas de protección social debe estar en consonancia con las normas de derechos humanos —es decir, debe asegurar niveles mínimos esenciales de derechos económicos, sociales y culturales de una manera no discriminatoria— y los programas mismos deben ajustarse a los principios fundamentales de derechos humanos —como la transparencia, la participación y la rendición de cuentas—, así como con ciertas obligaciones procedimentales —como el deber de dar prioridad a los grupos más desfavorecidos y vulnerables sobre otros segmentos de la sociedad—. ²⁴

Agencias influyentes de la ONU, como la OIT, ²⁵ UNICEF, ²⁶ y FAO, ²⁷ han adoptado explícitamente un enfoque basado en los derechos humanos para la protección social. Asimismo, algunos países también han adoptado formalmente un enfoque basado en los derechos en el diseño e implementación de la protección social. En América Latina, por ejemplo, existe un reconocimiento formal del enfoque de derechos. ²⁸ En África, los ministros de trabajo y empleo han solicitado a la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de la Unión Africana preparar un protocolo adicional a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos que consagre el derecho de los ciudadanos a la protección social, instrumento que sería vinculante para todos los Estados miembros. ²⁹

Un enfoque de derechos humanos para la protección social no significa necesariamente la imposición de políticas públicas concretas. Los Estados tienen la facultad discrecional de formular las políticas públicas que sean más adecuadas a sus circunstancias. Sin embargo, limita las opciones de política que tienen los

²⁴ Cf., Sepúlveda, Nyst, *op. cit.* V., también, la plataforma electrónica de Derechos Humanos y Protección Social disponible en <http://socialprotection-humanrights.org/>.

²⁵ Cf., OIT, *Informe sobre la protección social en el mundo 2017-19*.

²⁶ Cf., UNICEF, *Marco estratégico para la protección social*.

²⁷ V., por ejemplo, FAO, *The rights to social protection and adequate food. Human rights-based frameworks for social protection in the context of realizing the right to food and the need for legal underpinnings*.

²⁸ Cf., Cecchini *et al.*, *Sistemas de protección social en América Latina y el Caribe: una visión comparada*.

²⁹ Behrendt *et al.*, “Implementing the Principles of Social Protection Floors” en Dijkhoff, Mpedi, *op. cit.*, p. 65.

Estados. Cuando deben optar entre políticas alternativas, las autoridades estatales deben elegir aquellas que no violen los derechos humanos y que estén mejor alineadas con sus obligaciones en materia de derechos humanos.

Las medidas de protección social pueden ayudar a los Estados a cumplir con otras obligaciones de derechos humanos, incluidas las obligaciones de garantizar el derecho al más alto nivel posible de salud física y mental, el derecho a la alimentación y el derecho a la educación, entre otros. Estos efectos beneficiosos de los programas de protección social en el disfrute de una serie de derechos humanos añaden más peso a la afirmación de que existe una fuerte relación entre los derechos humanos y la protección social.

Los derechos humanos crean obligaciones legales para poner en práctica sistemas de protección social y además establecen normas relativas al diseño, implementación y evaluación de tales sistemas. A su vez, la implementación de sistemas de protección social facilita el cumplimiento de varias otras obligaciones de derechos humanos, principalmente las relacionadas con el disfrute de niveles mínimos esenciales de derechos económicos, sociales y culturales. No obstante, el éxito o el fracaso de los sistemas de protección social en la realización de los derechos humanos depende en gran medida de si dichos sistemas se establecen y operan de acuerdo con los estándares que exigen las normas de derechos humanos. Esta sección se centrará brevemente en los elementos claves del enfoque de derechos humanos aplicados a la protección social.

A. Participación

Varios órganos de monitoreo de derechos humanos han hecho hincapié en que los gobiernos no deben presentar los sistemas de protección social como “productos terminados”, sino que deben permitir y facilitar la participación activa de la sociedad civil en el diseño, implementación y monitoreo de los programas de protección social.³⁰ La Recomendación Núm. 202 de la OIT también especifica

³⁰ V., por ejemplo, CDESC, Observación General Núm. 19, párrs. 26 y 69; e Informe de la Relatora Especial sobre pobreza extrema y derechos humanos, Magdalena Sepúlveda Carmona (A/ HRC/23/36).

que las estrategias nacionales de seguridad social deben diseñarse e implementarse sobre la base de la aceptación nacional, mediante un diálogo social efectivo y la participación pública —párrafo 13—. Otros instrumentos de la OIT destacan la importancia de la participación en la protección social.³¹ Varios relatores especiales de las Naciones Unidas también han clarificado los requisitos específicos que deben cumplir los mecanismos participativos para ser considerados basados en derechos.³²

Existen numerosos programas de protección social que cuentan con mecanismos participativos con diversos grados de éxito. Por ejemplo, la implementación exitosa del *Plan de Cobertura Universal de Salud* de Tailandia se ha atribuido, entre otras razones, al papel fundamental que desempeñaron la sociedad civil y los movimientos sociales en la formulación y el diseño del programa.³³ El programa *Bolsa Familia* en Brasil requiere que los municipios establezcan órganos de control compuesto por representantes del gobierno local y de la sociedad civil, que toman de manera conjunta las decisiones sobre la mejor forma de implementar el programa en su comunidad.³⁴

B. Transparencia y acceso a la información

Los programas de protección social canalizan importantes recursos públicos y, por ende, generan oportunidades e incentivos para la corrupción, el clientelismo y las prácticas fraudulentas.³⁵ La información precisa acerca de los programas podría prevenir o mitigar este tipo de prácticas al limitar la discrecionalidad de los agentes ejecutores del programa.³⁶ Asimismo, es difícil que un programa cumpla sus objetivos cuando, por falta de información, ni los beneficiarios ni el público

³¹ OIT, Convenio 102, arts. 71 y 72 sobre seguridad social (norma mínima) establecen requisitos similares.

³² V., A/HRC/23/36; y A/HRC/27/55, respectivamente.

³³ Durán-Valverde, Pacheco, “Fiscal space and the extension of social protection: Lessons from developing countries”, *Extension of Social Security (ESS) Paper Núm. 33*, p. 154.

³⁴ Naciones Unidas, A/65/259, párr. 89.

³⁵ Cf., Transparencia Internacional, *Informe global de la corrupción 2003*.

³⁶ Cf., Van Stolk, Tesliuc, E. D., “Toolkit on Tackling Error, Fraud and Corruption in Social Protection Programs”, en *World Bank Discussion Paper Núm. 1002*.

en general son capaces de entender cómo funciona un programa. La transparencia y el acceso a la información también son elementos críticos para garantizar la participación y la rendición de cuentas en los programas de protección social. Cuando los beneficiarios tienen acceso limitado a la información, pierden su capacidad para participar en el mismo o reclamar sus derechos ante las autoridades del programa.

La transparencia de un programa fortalece la legitimidad de las autoridades del programa a los ojos de la opinión pública y su confianza en ellos. También permite atraer un mayor apoyo público y una mayor asignación de recursos de gobiernos y donantes. La falta de información sobre los programas es particularmente problemática para las mujeres, que tienen frecuentemente niveles de alfabetización y educación más bajos que los hombres en el mismo grupo socioeconómico debido a la discriminación estructural.³⁷ Además, debido a las normas sociales que limitan el rol de las mujeres a las tareas domésticas, su nivel de información puede verse reducido debido a la interacción limitada con los funcionarios públicos.³⁸ Una evaluación del programa de transferencias en efectivo *Juntos* en Perú mostró una correlación entre la falta de información sobre el programa y su impacto potencial en el empoderamiento económico de las mujeres.³⁹

En la Observación General Núm. 19, el CDESC recomienda que la transparencia sea parte integral de los programas y planes de acción de protección social.⁴⁰ Algunos relatores especiales de la ONU han desarrollado aún más las implicaciones prácticas de estos principios.⁴¹ Por ejemplo, se han identificado los distintos elementos de un programa que debieran hacerse públicos, incluyendo los criterios de acceso y los métodos de selección; niveles de beneficios y mecanismo

³⁷ Cf., Banco Mundial, *Informe sobre el desarrollo mundial 2012. Desigualdad de género y desarrollo*.

³⁸ Cf., Holmes, Jones, *Beyond mothers and safety nets: Why social protection needs a gender lens* y Kabeer, "Women's economic empowerment and inclusive growth: Labour markets and enterprise development", C DPR Discussion Paper 29/12.

³⁹ Alcázar *et al.*, "Impacts of the Peruvian Conditional Cash Transfer Program on Women Empowerment: A Quantitative and Qualitative Approach", *Partnership for Economic Policy Working Paper*, 2019, p. 19.

⁴⁰ CDESC, Observación General Núm. 19, párrs. 26 y 69.

⁴¹ V., por ejemplo, Naciones Unidas, A/HRC/11/9, pp. 7-9; A/64/279, pp. 14-18; A/HRC/14/31, pp. 11-19; y A/HRC/17/34, pp. 6-12.

de quejas y reparación.⁴² Los órganos de tratados de derechos humanos de la ONU también han enfatizado que los sistemas de protección social deben garantizar el derecho de las personas y las organizaciones a buscar, recibir y difundir información sobre todos los derechos de la seguridad social de forma clara y transparente.⁴³

C. Privacidad y protección de datos

Los programas de protección social requieren el procesamiento de cantidades importantes de datos, que a menudo incluyen información confidencial, como el patrimonio del hogar, el estado de salud y las discapacidades físicas o intelectuales de las personas. Los programas de protección social utilizan, con frecuencia creciente, tecnología biométrica que implica datos personales e íntimos, como huellas dactilares, estructura del iris y topologías faciales. Al estar inextricablemente vinculados al cuerpo de cada persona, los datos biométricos son más sensibles que otros tipos de información personal.

Junto con el uso de la tecnología de la información y la dependencia de grandes bases de datos, así como de complejos sistemas de gestión de información, los programas de protección social recopilan datos personales que pueden ser compartidos fácilmente, a nivel nacional e internacional, con una variedad de actores públicos y privados. Si bien la recolección y el intercambio de información personal puede aumentar la eficiencia en la gestión de los programas de protección social y su vigilancia, también pueden poner en peligro no sólo los derechos, las libertades y la seguridad personal de aquellos cuyos datos son procesados —solicitantes y beneficiarios—, sino también de la sociedad en general.

Los derechos a la privacidad y a la protección de datos son reconocidos por normas nacionales e internacionales. Numerosos instrumentos jurídicos imponen obligaciones a los Estados respecto a la salvaguarda de estos derechos. Los beneficiarios de programas de protección social no renuncian a sus derechos a la privacidad y

⁴² *Idem*, A/ 65/259, párrs. 88-93. V., también CDESC, Observación General Núm.19, párr. 70.

⁴³ *Idem*, párr. 26. V., también, Naciones Unidas, A/HRC/11/9, pp. 8-17, y A/HRC/14/31, pp. 11- 19.

a la protección de los datos cuando obtienen los beneficios de ese programa. Desde la perspectiva de los derechos humanos, es evidente que las autoridades de protección social deben garantizar que todos los programas cumplan con las normas nacionales e internacionales que protegen la privacidad y regulan cómo se procesa la información.⁴⁴ Sin embargo, la privacidad y la protección de datos no son derechos absolutos. En algunos casos, puede haber tensión entre el cumplimiento de los estándares de transparencia y la protección de la privacidad y de los datos. Mientras que los datos sensibles⁴⁵ en poder de las autoridades de protección social nunca deben publicarse o exhibirse, una cuestión fundamental es si la publicación de los nombres de los beneficiarios y el nivel de beneficios que reciben constituye una violación de las normas de privacidad y protección de datos. En muchos programas emblemáticos de protección social, como *Bolsa Familia* en Brasil, la lista de beneficiarios y el monto recibido por ellos están a disposición del público. El argumento a favor de que esta información esté disponible es la necesidad de garantizar la transparencia en el uso de los recursos públicos, disminuyendo así las oportunidades de fraude y corrupción. Cuando los nombres de los beneficiarios de los programas son públicos, es legítimo preguntarse si la divulgación de información podría causar algún daño a los beneficiarios, incluyendo la estigmatización o daño a la reputación.

Los estándares de derechos humanos exigen que, al recopilar y procesar la información de los beneficiarios de programas de protección social, los Estados deben asegurarse de observar los estándares de privacidad y confidencialidad aceptados nacional e internacionalmente.⁴⁶ La Recomendación Núm. 202 de la OIT está en consonancia con estos requisitos, y señala que los Estados “deberían establecer un marco legal para asegurar y proteger la información individual privada contenida en sus sistemas de datos de seguridad social” —párrafo 23—.

⁴⁴ Para más información, *Cf.*, Sepúlveda, “Is biometric technology in social protection programme illegal or arbitrary? An analysis of privacy and data protection”.

⁴⁵ Los datos sensibles se refieren a una categoría especial de datos personales que, por su naturaleza, presentan un riesgo para los interesados cuando se procesan. Esto incluye información que revele características personales como el origen racial o étnico, el estado de salud y la situación financiera. Los marcos legales existentes prescriben reglas de protección más estrictas para los datos sensibles.

⁴⁶ *V.*, por ejemplo, PIDCP artículo 17; CEDH Artículo 8; Carta Social Europea artículo 23 y la Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 68/167. *V.*, también, Naciones Unidas, A/HRC/27/37; y A/HRC/11/9, párr. 40.

D. Mecanismos de rendición de cuentas y recursos efectivos

La rendición de cuentas es un componente esencial de un enfoque basado en los derechos humanos. Significa que deben establecerse mecanismos que garanticen que los responsables de la formulación de políticas, los administradores de programas y otras personas cuyas acciones tienen un impacto en el derecho a la seguridad social puedan rendir cuentas de sus acciones. Los programas de protección social deben establecer mecanismos para recibir y procesar quejas, en particular para revisar las condiciones y criterios de acceso al programa, informar casos de error o abuso y supervisar el cálculo y la distribución de beneficios.⁴⁷

Según la Recomendación Núm. 202 de la OIT, los mecanismos de procesamiento de quejas y apelaciones deben ser “imparciales, transparentes, efectivos, simples, rápidos, accesibles y económicos”. Se destaca que dichos procedimientos deben ofrecerse gratuitamente a los solicitantes —párrafo 7—. Los relatores especiales de la ONU también han enfatizado que los procedimientos de reclamación deben garantizar la confidencialidad y permitir quejas individuales y colectivas, y no deben estar sujetos a interferencias políticas. Asimismo, deben ser culturalmente apropiados y sensibles al género.⁴⁸

Existen varios ejemplos de programas alrededor del mundo en los que —al menos en teoría— se busca cumplir con estos principios. Por ejemplo, muchos programas de transferencia en efectivo cuentan con mecanismos para la presentación de quejas, por ejemplo, el *Esquema Nacional de Garantía de Empleo Rural Mahatma Gandhi* de la India y el *Bono de Desarrollo Humano* en Ecuador.

Los programas de protección social y el aparato estatal que los administra también deben brindar acceso a recursos efectivos ante las autoridades administrativas o judiciales competentes, en los casos en que se hayan vulnerado derechos. El CDESC recomienda que todas las víctimas de violaciones del derecho a la

⁴⁷ *Idem*, A/HRC/11/9, párrs. 44-50; A/HRC/14/31, párrs. 79-82; y A/65/259, párrs. 88-93.

⁴⁸ *Idem*, A/65/259, párr. 91; y A/HRC/14/31, párrs. 79-82.

seguridad social tengan derecho a una reparación adecuada, incluida la restitución, indemnización, satisfacción o garantías de no repetición. Debería permitirse a las instituciones nacionales de derechos humanos —por ejemplo, defensores del pueblo o comisiones de derechos humanos— actuar ante violaciones a los derechos de la seguridad social.⁴⁹

III. La protección judicial del derecho a la seguridad social

A menudo, las decisiones sobre el diseño y la implementación de los programas de protección social se realizan sin que exista una evaluación respecto a la compatibilidad de los mismos con las normas y estándares de derechos humanos contenidas en diversos marcos legales. El incumplimiento de estas normas legales no sólo viola los derechos, sino que también puede afectar la eficacia de los programas de protección social. En estos supuestos debe existir la posibilidad de examen por un órgano imparcial e independiente, que analice la posible afectación de derechos humanos y ordene, en su caso, reparaciones adecuadas.

En la práctica, cuando las autoridades en materia de protección social ignoran los estándares de derechos humanos, es cada vez más frecuente que los tribunales nacionales, los tribunales regionales de derechos humanos y los órganos de supervisión de tratados de la ONU conozcan los casos y requieran medidas correctivas. Tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos —Corte IDH— como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU han afirmado explícitamente la justiciabilidad del derecho a la seguridad social y han decidido casos fundados en el contenido de ese derecho.⁵⁰

A nivel nacional, hay un número creciente de casos en que los tribunales han otorgado protección directa al derecho a la seguridad social, en particular cuando

⁴⁹ CDESC, Observación General Núm. 19, párrs. 77-81.

⁵⁰ V., por ejemplo, Corte IDH, caso *Muelle Flores v. Perú*, párrs. 170-208 y caso *Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Supetintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) vs. Perú*, párrs. 156-191; CDESC, caso *López Rodríguez vs. España* y caso *Trujillo Calero vs. Ecuador*.

el derecho está consagrado en la constitución y las leyes nacionales, o cuando los tratados de derechos humanos que consagran el derecho pueden ser invocados en la jurisdicción doméstica. En muchos países existe una larga tradición de protección judicial de derechos vinculados a la seguridad social contributiva, sobre bases constitucionales o legales, que incluyen la revisión judicial de la concesión o denegación de prestaciones, de la determinación del monto de las prestaciones, o de reformas legales que modifican las condiciones, las prestaciones o su método de cálculo, bajo parámetros de razonabilidad, proporcionalidad de la afectación o prohibición de regresividad.⁵¹

En Colombia, por ejemplo, la Corte Constitucional, que tiene una extensa práctica de protección judicial al derecho a la seguridad social, ha enfatizado que los beneficios de la seguridad social tienen como objetivo compensar económicamente a quienes se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta y proteger las condiciones mínimas para una vida digna —*mínimo vital*— de la persona y su núcleo familiar. La Corte considera, por lo tanto, que el derecho constitucional a la seguridad social es inmediatamente exigible.⁵²

Esta sección incluye diversos ejemplos de casos de protección judicial del derecho a la seguridad social.⁵³ Los casos más destacados se refieren a la obligación de garantizar que todas las personas disfruten del derecho a la seguridad social sin discriminación. Se incluyen también casos donde la protección sustantiva del derecho a la seguridad social se realizó través de derechos civiles y políticos, así como casos en los cuales la protección del derecho se hizo efectiva a través de garantías procedimentales.

⁵¹ Para el caso argentino, ver la sección correspondiente al derecho a la seguridad social en la contribución de Christian Courtis y Sebastián Tedeschi, en este mismo volumen. Para casos ilustrativos de la aplicación de la prohibición de regresividad al derecho a la seguridad social, ver la contribución de Christian Courtis sobre el tema, en este mismo volumen.

⁵² V., Sepúlveda, *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, pp. 144-162. V., también Corte Constitucional de Colombia, T-495/18.

⁵³ Complementariamente, V., Courtis, “La protección del derecho a la seguridad social por tribunales y órganos internacionales de derechos humanos: perspectivas y desafíos”, en *Revista de Derecho Social – Latinoamérica*, pp. 75-106.

1. Derecho a la seguridad social y principio de igualdad y no discriminación

Los Estados están obligados a garantizar el goce del derecho a la seguridad social sin discriminación de ningún tipo. El CDESC ha enfatizado que cualquier discriminación, ya sea de hecho o de derecho, directa o indirecta, por motivos de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión política o de otro tipo, origen nacional o social, propiedad, nacimiento, discapacidad física o mental, estado de salud—incluido el VIH/SIDA—, orientación sexual y estado civil, político, social o de otro tipo, que tenga la intención o el efecto de anular o menoscabar el goce o ejercicio del derecho a la seguridad social en igualdad de condiciones, está prohibido.⁵⁴

Desde finales de los años 80, el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha aplicado la prohibición de la discriminación al disfrute del derecho a la seguridad social, principalmente a través del artículo 26 del PIDCP.⁵⁵ Estos primeros casos establecieron claramente que, si bien el derecho a la seguridad social debe ser realizado de forma progresiva, esto debe hacerse de acuerdo con los principios de igualdad y no discriminación. Cualquier diferenciación en el derecho a la seguridad social—es decir, cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia— debe ser razonable y objetiva, debe poseer un fin legítimo de peso según el derecho internacional de los derechos humanos y debe tener una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido.⁵⁶ Si estos criterios no se cumplen, hay una violación de los principios de igualdad y no discriminación. Con el correr de los años, los motivos prohibidos y el alcance de la prohibición de discriminación en el disfrute del derecho a la seguridad social han sido desarrollados con más detalle, tanto en la jurisprudencia internacional como nacional.

⁵⁴ CDESC, Observación General Núm. 19, párr. 29. Al respecto, ver la contribución de Silvia Serrano en esta misma obra, con ejemplos de casos referidos al derecho a la seguridad social.

⁵⁵ V., por ejemplo, Comité de Derechos Humanos, *Broeks v. Países Bajos*.

⁵⁶ Estos requisitos han sido desarrollados por algunos de los principales órganos de supervisión de derechos humanos. V., por ejemplo, TEDH, *Marckx v. Bélgica*, párr. 33; Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-04/84*. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, párr. 57; Comité de Derechos Humanos, Observación General Núm. 18, párr. 13; y CDESC, Observación General Núm. 20, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales, PIDESC artículo 2 párrafo 2, Doc. ONU E/C.12/GC/20.

A. Discriminación por motivo de género

Los Estados deben garantizar que hombres y mujeres disfruten del derecho a la seguridad social en pie de igualdad. Deben revisar y eliminar cualquier restricción *de jure* o *de facto* sobre la igualdad de acceso a los programas de seguridad social. Estas obligaciones han sido exigidas por tribunales y órganos de derechos humanos. Por ejemplo, en el citado caso *Broeks vs. Países Bajos*, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas consideró que el establecimiento de condiciones más gravosas a las mujeres —en relación a las requeridas a los hombres— para el acceso a beneficios de la seguridad social era discriminatorio. En el caso *Taylor vs. Reino Unido*,⁵⁷ el Tribunal de Justicia de la Unión Europea consideró que el establecimiento de diferentes edades para hombres y mujeres —sesenta años para las mujeres y sesenta y cinco años para los hombres— como condición para recibir asistencia social —protección social no contributiva— era discriminatorio. El gobierno británico respondió a la sentencia anunciando que ofrecería subsidios a los varones desde los sesenta años, y compensaciones retroactivas a partir de 1998, cuando entró en vigor la nueva normativa.⁵⁸

En 2015, el CDESC consideró que los sistemas de seguridad social cuyo diseño no tiene en cuenta los prejuicios y estereotipos según los cuales las mujeres deben asumir la mayor parte del trabajo doméstico y de cuidados no remunerado pueden resultar en una discriminación indirecta contra ellas. En el caso concreto, la demandante era una mujer que había realizado numerosos aportes al sistema de pensiones, pero fue desafiada por no haber podido pagar seis aportes mensuales consecutivos.⁵⁹ El CDESC estimó que los requisitos del sistema de contribuciones voluntarias eran discriminatorios por motivo de género. El Comité declaró que existía una violación del artículo 9 —derecho a la seguridad social—, así como el artículo 2.2 —prohibición de discriminación— y el artículo 3 —igualdad de género —.

⁵⁷ Cf., Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Taylor vs. Reino Unido*.

⁵⁸ A nivel nacional, el Alto Tribunal de Sudáfrica ha protegido contra una discriminación por edad y género en el caso *Christian Roberts vs. Minister of Social Development*.

⁵⁹ CDESC, caso *Trujillo Calero vs. Ecuador*, decisión del 26 de marzo de 2018.

También el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer —CEDAW— ha considerado violaciones al derecho a la seguridad social en relación con la igualdad de género. En el caso *Blok vs. Países Bajos*,⁶⁰ el Comité decidió que la eliminación de un seguro público de maternidad para trabajadoras autónomas, destinado a cubrir la pérdida de ingresos durante la licencia de maternidad, sin compensación y sin prever alternativa alguna, constituye una violación al artículo 11.2 b) de la CEDAW, que establece la obligación de los Estados partes de “implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales”.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de México ha en el caso de las Trabajadoras del Hogar —Seguridad Social—⁶¹ tuvo la oportunidad de considerar un supuesto de discriminación indirecta por motivo de género. En el caso, se discutía la validez constitucional de la exclusión de las trabajadoras domésticas del régimen de inscripción y cotización obligatoria, a cargo de los patrones, en el seguro social. Aunque la exclusión es aparentemente neutra en términos de género, ya que alcanza tanto a trabajadores como a trabajadoras domésticas, el tribunal consideró, adecuadamente, que afecta desproporcionadamente a las mujeres, que constituyen la enorme mayoría de quienes desempeñan labores domésticas.

En cuanto al fondo, la Segunda Sala, citando la doctrina del Comité DESC, señaló que el derecho humano a la seguridad social debe garantizarse sin discriminación, e incluye el derecho a no ser sometido a restricciones arbitrarias o poco razonables de la cobertura social existente. El tribunal consideró que es inconstitucional que los patrones no estén obligados a inscribir a las empleadas domésticas ante el Instituto Mexicano del Seguro Social —IMSS—. Aunque el remedio adoptado —poner en conocimiento de la inconstitucionalidad al Instituto Mexicano del Seguro Social para que, dentro de un plazo determinado y sobre la base de los

⁶⁰ CEDAW, caso *Blok y otras vs. Países Bajos*, decisión del 17 de febrero de 2014.

⁶¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Segunda Sala, Amparo en revisión 9/2018. V., también comentarios del caso en las contribuciones de Eduardo Ferrer MacGregor y de Tatiana Alfonso y Micaela Alterio, en esta misma obra.

lineamientos sustantivos fijados por la Corte, presente un proyecto de reforma legal al Congreso de la Nación— es excesivamente cauteloso y no ofrece solución concreta a la amparista —pese a darle la razón— la sentencia es un buen ejemplo de análisis de un caso de discriminación indirecta en materia de seguridad social.

A pesar de los avances, la jurisprudencia debe seguir evolucionando. Una tarea pendiente es asegurar que no exista discriminación en el disfrute del derecho a la seguridad social entre los diferentes tipos de familias, como cuando el disfrute del derecho se basa en estereotipos del varón como “cabeza de familia” y las mujeres como “ama de casa”, en detrimento de otros tipos de estructura familiar, como hogares encabezados por mujeres, parejas del mismo sexo o familias monoparentales. Distintos tribunales y órganos internacionales han considerado discriminatoria por razones de orientación sexual la denegación de beneficios de la seguridad social a parejas de mismo sexo.⁶² La rápida evolución de las actitudes y las leyes hacia el reconocimiento de las parejas del mismo sexo debe ir de la mano del reconocimiento al disfrute de las prestaciones de seguridad social en condición de igualdad.⁶³

B. Discriminación por motivo de nacionalidad

En algunos países, decisiones judiciales emblemáticas han extendido las garantías de seguridad social a los no nacionales. Esta ha sido la posición tanto de la Corte Constitucional de Sudáfrica como de la Corte Federal Suiza.

En *Khosa et al. vs Minister of Social Development*,⁶⁴ los solicitantes eran ciudadanos de Mozambique que habían adquirido la residencia permanente en Sudáfrica.

⁶² Cf., Comité de Derechos Humanos, caso *Young vs. Australia*, y caso *X vs. Colombia*; Corte IDH, caso *Duque vs. Colombia* y TEDH, caso *Karner vs. Austria*.

⁶³ V., también, Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-24/17*, Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, párrs. 196-197 y 214-217.

⁶⁴ Corte Constitucional de Sudáfrica, *Khosa and Others vs. Minister of Social Development and Others, Mahlaule and Another vs. Minister of Social Development* (CCT 13/03, CCT 12/03) [2004] ZACC 11; 2004 (6) SA 505 (CC); 2004 (6) BCLR 569 (CC) (4 de marzo de 2004), sentencia de 14 de marzo de 2004.

Ellos impugnaron la constitucionalidad de la Ley de Asistencia Social, que reservaba las transferencias de efectivo —o “ayudas sociales”— a los ciudadanos sudafricanos. Aunque los solicitantes cumplían con todos los demás requisitos establecidos por la ley, se les denegaron las prestaciones de asistencia social porque no eran ciudadanos sudafricanos. El Gobierno argumentó que el Estado tiene una obligación para con sus propios ciudadanos primero, y que otorgar transferencias de efectivo solo a los ciudadanos crea un incentivo para que los residentes permanentes se naturalicen. El Tribunal Constitucional rechazó esos argumentos y consideró que la exclusión de los residentes permanentes de las transferencias monetarias de asistencia social era discriminatoria.

En esta misma sentencia, la Corte señaló que, con base en el principio de no discriminación consagrado en la Constitución sudafricana, los niños que son ciudadanos sudafricanos también deben tener acceso a las transferencias en efectivo, incluso si sus padres o cuidadores principales no lo son —dado que sus transferencias de efectivo se entregan a través de sus padres o cuidadores—. La Corte enfatizó que negar a estos niños sudafricanos el acceso a los beneficios debido a la nacionalidad de sus padres era inconstitucional.⁶⁵ Desde 2010, todas las prestaciones de protección social no contributivas de Sudáfrica, como las transferencias de efectivo para niños, personas discapacitadas y personas mayores, no se limitan a los ciudadanos, y los residentes permanentes y los refugiados también puedan beneficiarse de ellas.⁶⁶

El caso suizo⁶⁷ se refiere a tres hermanos originarios de la antigua Checoslovaquia —actual República Checa— a quienes se les negó el acceso a las prestaciones sociales en Suiza debido a su condición de indocumentados. Los hermanos vivían en Suiza desde 1980, pero fueron deportados a Checoslovaquia en 1987 por cargos penales. Volvieron a entrar en Suiza en 1991. Aunque Suiza los clasificó como indocumentados, la República Checa había rescindido su ciudadanía.

⁶⁵ Idem, párr. 33.

⁶⁶ V., Reg. 6(1)(g) de las Regulations Relating to the Application for and Payment of Social Assistance and the Requirements or Conditions in respect of the eligibility for Social Assistance.

⁶⁷ Corte Federal suiza, *V vs. Einwohnergemeinde X. und Regierungsrat des Kantons Bern*, caso Núm. BGE/ATF 121 I 367.

El tribunal federal afirmó que negar las prestaciones sociales a los hermanos violaba los niveles mínimos básicos de subsistencia que implícitamente garantizaba la constitución. Asimismo, indicó que este derecho era necesario para el pleno disfrute de otros derechos, como los derechos a la vida, la dignidad humana y la igualdad. Los ciudadanos y no ciudadanos, declaró el tribunal, pueden reclamar niveles mínimos de subsistencia. El fallo provocó cambios en la constitución suiza, que establece ahora que la asistencia de emergencia es indispensable para una vida digna.

En Brasil, en numerosos casos los extranjeros han acudido a los tribunales para exigir que se les brinde la misma protección que a los nacionales en el disfrute de la asistencia social. En un caso paradigmático, un extranjero solicitó acceso al programa no contributivo de transferencia monetaria denominado BPC —*Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social*—, que le había sido denegado precisamente porque no tenía nacionalidad brasileña.⁶⁸ De acuerdo con la Constitución brasileña —artículo 203, inciso V—, el BPC debe otorgarse a toda persona con discapacidad o a las personas mayores que demuestren que no tienen medios para sustentar su propia manutención y no reciben manutención de su familia. La Corte concluyó que, de acuerdo con la Constitución, se debe brindar asistencia social a toda persona que la necesite, independientemente de su nacionalidad. El fallo se refiere a la doctrina del *mínimo vital*, según la cual “el ser humano debe recibir una serie de beneficios esenciales simplemente para tener la capacidad de sobrevivir, y el acceso a tales bienes constituye un derecho subjetivo de carácter público”.⁶⁹ La sentencia rechaza expresamente el argumento de que otorgar beneficios a los extranjeros privaría a los nacionales de su acceso a ellos.

A nivel regional, el TEDH también ha concluido por unanimidad que la denegación de las prestaciones de la seguridad social únicamente sobre la base de una

⁶⁸ Tribunal Federal Especial de la 3ª Región de Brasil, Recurso Extraordinario 587.970. El tribunal condenó al Instituto Nacional del Seguro Social (INSS) a otorgar a los residentes extranjeros el beneficio consagrado en el artículo 203 inciso V de la Constitución.

⁶⁹ *Idem* pág.12.

nacionalidad diferente constituye una violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En el caso *Gaygusuz*, el Tribunal consideró que la diferencia de trato entre austríacos y no austríacos con respecto al derecho a recibir asistencia de emergencia no se basaba en una “justificación objetiva y razonable”.⁷⁰ De manera similar, en el caso *Koua Poirrez*,⁷¹ el TEDH determinó que rechazar una prestación por discapacidad por motivos de nacionalidad también era discriminatorio. Al aplicar la Carta Social Europea, el Comité Europeo de Derechos Sociales dictaminó que las prácticas nacionales que excluyen a los no nacionales y, en particular, los requisitos de residencia y período de calificación violan los derechos a la seguridad social y la asistencia social.⁷²

C. Otros motivos de discriminación

También se ha considerado discriminatorio retener las pensiones a los reclusos. En Azerbaiyán, el Tribunal Constitucional determinó que el artículo 109 de la Ley de pensiones y manutención de los ciudadanos, que permitía una reducción del 80 % a los pensionistas con derecho a recibirlos, pero encarcelados, violaba los derechos constitucionales a la seguridad social, así como la igualdad y la no discriminación consagrados en la Constitución.⁷³ La Corte reconoció que, en consonancia con las normas internacionales, el encarcelamiento de un individuo no era un motivo legítimo para desconocer el derecho a la seguridad social. El fallo de la corte citó en su apoyo la consagración del derecho a la seguridad social tanto en la DUDH —artículo 22— como en el PIDESC —artículo 9—.

En 2018, la Corte Suprema de Irlanda del Norte determinó que el requisito de que solo los padres que estuvieran casados o en una unión civil pudieran reclamar la asignación para padres viudos —una prestación de seguridad social contribu-

⁷⁰ TEDH, caso *Gaygusuz vs. Austria*. El Tribunal decidió que hubo una violación del artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en conjunción con el artículo 1 del Protocolo 1.

⁷¹ *Idem*, *Koua Poirrez vs. Francia*.

⁷² *Cf.*, por ejemplo, Comité Europeo de Derechos Sociales, *Fédération Internationales pour les Droits Humains (FIDH) vs. Francia*.

⁷³ Tribunal Constitucional de Azerbaiyán, sentencia de 29 de diciembre de 1999, disponible en: [http://codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/full/eur/aze/eng/aze-1999-3-010?f=templates\\$fn=document-frame.htm\\$3.0](http://codices.coe.int/NXT/gateway.dll/CODICES/full/eur/aze/eng/aze-1999-3-010?f=templates$fn=document-frame.htm$3.0).

tiva—, discriminaba a los niños sobre la base del estado civil de sus padres. La Corte argumentó que la promoción del matrimonio y la unión civil es un objetivo legítimo, pero que negar el beneficio a los niños cuyos padres no estaban casados no era un medio proporcional para lograr este objetivo legítimo.⁷⁴

2. La protección del derecho a la seguridad social a través de su conexidad con los derechos a la vida digna y a la propiedad

Aun en aquellos sistemas legales en los que no se lo considere directamente justiciable, contenidos del derecho a la seguridad social han recibido protección judicial por su conexidad con otros derechos humanos, entre los que se destacan el derecho a la vida y el derecho a la propiedad.

En relación con el derecho a la vida, tribunales nacionales e internacionales y órganos de tratados han señalado que el derecho a la vida requiere del Estado no solamente abstenerse de interferir arbitrariamente en la vida de las personas, sino también el cumplimiento de obligaciones positivas para garantizar condiciones mínimas que permitan el desarrollo de una vida digna y autónoma, tales como la alimentación, el agua potable, la vivienda, los servicios de salud y la educación.⁷⁵ La seguridad social constituye un vehículo para la cobertura de estas necesidades básicas, de modo que la inexistencia, la insuficiencia o el carácter inadecuado de los programas de seguridad y protección social pueden poner también en riesgo el derecho a la vida.

Aplicando su jurisprudencia previa en materia de obligaciones positivas derivadas del derecho a la vida, la Corte IDH ha hecho explícito este vínculo entre el derecho a la seguridad social y el derecho a la vida. Así, la Corte ha afirmado que:

⁷⁴ Cf., Corte Suprema de Irlanda del Norte, *In the matter of an application by Siobhan McLaughlin for Judicial Review*, UKSC 48.

⁷⁵ V., por ejemplo, Corte IDH, caso de los “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y otros*) vs. *Guatemala*, párr. 188; TEDH, caso *Chipre vs. Turquía*, párr. 219; Comité de Derechos Humanos, caso *Toussaint vs. Canadá* y Observación General Núm. 36 sobre el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sobre el derecho a la vida, CCPR/C/GC/36, párr. 26.

La Corte considera que en el presente caso los derechos a la seguridad social y a la vida digna se interrelacionan, situación que se acentúa en el caso de personas mayores. El Tribunal ha señalado que la ausencia de recursos económicos ocasionada por la falta de pago de las mesadas pensionales genera en una persona mayor directamente un menoscabo en su dignidad, pues en esta etapa de su vida la pensión constituye la principal fuente de recursos económicos para solventar sus necesidades primarias y elementales como ser humano. Lo mismo puede afirmarse de la falta de otros conceptos que se encuentran directamente relacionados con la pensión, como son el pago de reintegros adeudados. De esta forma, la afectación del derecho a la seguridad social por la falta de pago de dichos reintegros implica angustia, inseguridad e incertidumbre en cuanto al futuro de una persona mayor por la posible falta de recursos económicos para su subsistencia, ya que la privación de un ingreso lleva intrínsecamente la privación en el avance y desarrollo de su calidad de vida y de su integridad personal.⁷⁶

En el mismo sentido, la Corte IDH señaló que prestaciones de la seguridad social, como el pago de pensiones de vejez, tienen “carácter alimentario y sustitutivo del salario”,⁷⁷ de modo que las controversias judiciales que tengan como objeto estas prestaciones requieren ser resueltas con la mayor celeridad, dado que la demora en su resolución puede poner en riesgo la calidad de vida de las personas.

La Corte Constitucional colombiana desarrolló, en casos vinculados con la demora en el pago de pensiones de vejez y otras prestaciones de la seguridad social, la doctrina del *mínimo vital*. Así, en centenares de casos, ha declarado que la demora en el pago de prestaciones de la seguridad social afecta el mínimo vital.⁷⁸ En varios

⁷⁶ Corte IDH, caso *ANCEJUB-SUNAT vs. Perú*, cit., párr. 185.

⁷⁷ *Idem*, caso *Muelle Flores vs. Perú*, párrs. 137, 147, 162, 214.

⁷⁸ V., por ejemplo, Corte Constitucional colombiana, sentencias de mora en el pago de pensiones T-426 de 1992; T-005 de 1995; T-144 de 1995; T-147 de 1995; T-198 de 1995, T-202 de 1995, T-287 de 1995, T-076-96, T-323 de 1996, T-160 de 1997, T-278 de 1997, T-458 de 1997, T-611 de 1997; SU-022 de 1998; SU-430 de 1998; T-07 de 1998, T-120 de 1998, T-143 de 1998, T-297 de 1998, T-330 de 1998, T-553 de 1998, T-559 de 1998, T-259 de 1999, T-1103 de 2000, T1205 de 2000, SU-090 de 2000, SU-1354 de 2000, SU-062 de 1999, T-001 de 2001, T-019 de 2001, T-124 de 2001, T-398 de 2001, T-400 de 2001, T-405 de 2001, T-433 de 2001, T-444 de 2001, T-203 de 2002, T-1121 de 2002, T1097 de 2002, T-099 de 2002, T-910 de 2003, T-905 de 2003, T-454 de 2003, T-435 de 2003, T-390 de 2003, T-547 de 2004, T-524 de 2004, T-267 de 2004; sentencias de no pago de la licencia de maternidad T-270 de 1997, T-576 de 1997, T-662 de 1997, T-139 de 1999, T-210 de 1999, T-558 de

casos, además, declaró que la demora generalizada del sistema de seguridad social de pagar pensiones de vejez ya otorgadas implica un “estado de cosas inconstitucional” que afecta el derecho la vida y a la seguridad social, y en consecuencia ordenó a las autoridades administrativas el pago inmediato de las pensiones y la adopción de las medidas que sean necesarias en orden a corregir dentro de los parámetros constitucionales y legales, la falta de previsión presupuestal que afectó la puntual cancelación de las mesadas pensionales.⁷⁹

Empleando una noción similar, el Tribunal Constitucional alemán revisó las modificaciones introducidas legalmente que modificaron el método de cálculo y redujeron prestaciones de desempleo y familiares. El Tribunal Constitucional sostuvo que las medidas adoptadas no garantizaban la subsistencia mínima conforme a la dignidad humana, y que el método utilizado para fijar los montos de las prestaciones era inconstitucional debido a que se apartaba del modelo estadístico “sin una justificación objetiva”, determinando que los beneficios así calculados eran evidentemente insuficientes.⁸⁰

Los tribunales también han protegido el derecho a la seguridad social por conexidad con el derecho de propiedad, garantizado constitucionalmente y por tratados regionales de derechos humanos como la Convención Americana de Derechos Humanos —artículo 21— y el Protocolo 1 al Convenio Europeo de Derechos Humanos —artículo 1—. De acuerdo con esta línea de análisis, las contribuciones previas, el cumplimiento de los requisitos para la obtención de una prestación de la seguridad social y la fijación judicial de montos de prestaciones de la seguridad social forman parte del patrimonio de una persona, y por ende están protegidos por el derecho a la propiedad.

Así, por ejemplo, la Corte IDH ha dicho reiteradamente que el incumplimiento de sentencias judiciales que fijan montos de pensiones constituye una violación

1999, T-365 de 1999, T-1620 de 2000, T-205 de 1999 T-473 de 2001, T-483 de 2001, T-572 de 2001, T-736 de 2001, T-707 de 2002, T-999 de 2003, y T-390 de 2004, entre muchas otras. Cf., Arango, R. y Lemaitre J., *Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital*.

⁷⁹ V., por ejemplo, Corte Constitucional colombiana, sentencias SU-559 de 1997, T-068 de 1998, T-153 de 1998, T-525 de 1999 de y T-547, entre muchas otras.

⁸⁰ V., Tribunal Constitucional alemán, caso *Hartz IV*, BVerfG, 1 BvL 1/09 (9/02/2010), 1BvL 3/09, 1BvL 4/09 (9/02/ 2010).

al derecho de propiedad.⁸¹ El TEDH también ha decidido numerosos casos en el mismo sentido.⁸² El TEDH también ha decidido que la supresión o la reducción sustancial de una prestación de la seguridad social constituye una injerencia injustificada en el derecho de propiedad de la víctima,⁸³ y que las diferencias injustificadas de prestaciones de la seguridad social entre hombres y mujeres afectan discriminatoriamente el derecho de propiedad.⁸⁴

A. Garantías procesales y tutela judicial

Tribunales internacionales y nacionales han reconocido que deben cumplirse ciertas garantías procesales en las decisiones relativas al derecho a la seguridad social. Por ejemplo, el TEDH y la Corte IDH han discutido ampliamente la aplicación de las garantías relativas al derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva a casos relacionados con los beneficios de la seguridad social, incluyendo las garantías de plazo razonable en la determinación de derechos —tanto en sede judicial como administrativa—, la igualdad de armas en el proceso cuando la contraparte es la Administración y el cumplimiento efectivo de sentencias judiciales que condenan al Estado al pago de prestaciones de la seguridad social.⁸⁵

A nivel nacional, se han protegido varios aspectos procedimentales relacionados con el derecho a la seguridad social. Por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana ha destacado que el Estado debe garantizar el goce efectivo de las prestaciones de la seguridad social. Así, la imposición de requisitos administrativos excesivos

⁸¹ V., Corte IDH, caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú, párrs. 94-121; caso *Acevedo Buendía y otros vs. Perú*, párrs. 80-91, caso *Muelle Flores vs. Perú*, párrs. 212-218; caso *ANCEJUB-SUNAT vs. Perú*, párrs 192-195.

⁸² V., entre otros, TEDH, caso *Pravednaya vs. Rusia*, párrs. 39-41; caso *Macovei y otros vs. Moldova*, párrs. 49-50; caso *Burdov vs. Rusia*, párrs. 40-41; caso *Makarova y otros vs. Rusia*, párrs. 31-33; caso *Plotnikov vs. Rusia*, párrs. 27-29; caso *Poznakhirina vs. Rusia*, párrs. 27-29.

⁸³ *Idem*, caso *Kjartan Asmundsson vs. Islandia*, párr. 45, y caso *Azinas vs. Chipre*, párrs. 44 y 45.

⁸⁴ *Idem*, caso *Wessels-Bergervoet vs. Países Bajos*, párrs.48- 54.

⁸⁵ *Idem*, *Feldbrugge vs. Países Bajos*; *Deumeland vs. República Federal de Alemania*; *Salesi vs. Italia* y *Schuler-Zraggen vs. Suiza*; Corte IDH, caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú, párrs. 133-138 y 141; caso *Acevedo Buendía y otros vs. Perú*, párrs. 69-79; caso *Muelle Flores vs. Perú*, párrs. 123-149 y 154-166; caso *ANCEJUB-SUNAT vs. Perú*, párrs 102-133 y 135-148. V., Gómez Heredero, *Social Security as a Human Right. The Protection Afforded by the European Convention on Human Rights* y Abramovich, Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, pp. 179-198.

constituye un obstáculo injustificado e inaceptable para el goce efectivo del derecho a la seguridad social.⁸⁶ En este sentido, la Corte ha sostenido, por ejemplo, que solicitar que se declare la interdicción de una persona con una discapacidad mental, como una condición necesaria para el pago de las prestaciones de invalidez, es discriminatorio. Tal requisito no es “razonable” —ya que hay otras formas menos invasivas de proteger a las personas con discapacidad— y viola la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad.⁸⁷

Otras jurisdicciones nacionales también han extendido la protección de aspectos procedimentales relativos al derecho a la seguridad social. Por ejemplo, la Corte Suprema argentina ha aplicado los principios de transparencia y acceso a la información a los programas de protección social. En una sentencia del 2014, la Corte estableció que existe un interés público directo en acceder a los nombres de los beneficiarios de un programa de asistencia social. La Corte determinó que asegurar el acceso a la información sobre los programas de protección social favorece la transparencia y es fundamental para garantizar la rendición de cuentas y el cumplimiento de los principios de racionalidad, eficacia y eficiencia. El caso fue presentado por una ONG a la que se le negó el acceso a la información sobre los beneficiarios de la asistencia social. Según la Corte Suprema, lejos de estigmatizar a los beneficiarios, la decisión contribuía a garantizar la equidad al brindar acceso a dicha información.⁸⁸

Una decisión similar fue adoptada en Chile. En 2014, el Ministerio de Desarrollo Social recibió una solicitud de información relacionada con todos los beneficios sociales recibidos por un ciudadano en los últimos siete años. El Ministerio denegó la solicitud argumentando la necesidad de proteger el derecho a la privacidad del ciudadano. El solicitante apeló la decisión ante el Consejo para la Transparencia, organismo independiente establecido para supervisar el cumplimiento de la Ley de Acceso a la Información. El Consejo ordenó al Ministerio

⁸⁶ V., por ejemplo, Corte Constitucional de Colombia, Sentencias T-524 de 2015, T-698 de 2014, T-801 de 2006 y T-577 de 1999.

⁸⁷ V., por ejemplo, Corte Constitucional de Colombia, T-495/18.

⁸⁸ Corte Suprema de Argentina, *CIPPEC c. EN — Min. Desarrollo Social— dto. 1172/03 s/ amparo ley 16.986*.

de Desarrollo Social que proporcionara la información solicitada por el peticionario. El Consejo argumentó que, al recibir un beneficio del Estado, se reduce el alcance del derecho a la privacidad de los beneficiarios para permitir un adecuado control social de la concesión de dichos beneficios.⁸⁹

Mientras las anteriores decisiones buscan asegurar la transparencia en relación con los programas sociales y consideran aceptable restringir el derecho a la privacidad dado el carácter público de los beneficios, en otros casos ha prevalecido el derecho a la privacidad de los beneficiarios.

En Sudáfrica, la Corte Constitucional ha protegido el derecho a la privacidad y los datos personales de los beneficiarios de la protección social a la privacidad contra abusos por parte de empresas privadas. En el 2012, la Agencia Sudafricana de Seguridad Social —SASSA— contrató a una empresa para realizar los pagos de las subvenciones sociales. La empresa se asoció con otras instituciones financieras para explotar la base de datos biométrica de los beneficiarios de las subvenciones y comercializarles a servicios financieros. En 2017, Black Sash, una organización sin fines de lucro presentó una acción ante la Corte Constitucional para proteger varios derechos de los beneficiarios de SASSA.⁹⁰ Entre otras cuestiones, la acción buscaba proteger los derechos a la privacidad y los datos personales de los beneficiarios. La Corte Constitucional ordenó a la SASSA solicitar contractualmente a la empresa concesionaria que se mantuviera la privacidad de los datos personales obtenidos en el proceso de pago y que no se utilizara esa información para ningún otro fin que no fuera el pago de subvenciones. La sentencia exigió que fueran los beneficiarios quienes expresaran directamente si querían o no recibir información de marketing de bienes y servicios a cambio de información confidencial.⁹¹

Los tribunales nacionales también han cuestionado ciertas características del diseño de los programas de protección social, que en el pasado habían sido consideradas

⁸⁹ Consejo de Transparencia de Chile, *Waldo Florit Otero vs. Ministerio de Desarrollo Social*, Caso Núm. C1008-14.

⁹⁰ Corte Constitucional de Sudáfrica, *Black Sash Trust vs Minister of Social Development and Others (Freedom Under Law NPC Intervening)*, CCT 48/17.

⁹¹ *Ibidem*.

como puramente técnicas. Durante décadas, bajo la presión de los donantes y del Banco Mundial, los países en desarrollo han utilizado metodologías de focalización en los programas de protección social, con el objetivo de llegar a un pequeño porcentaje de la población que vive en la pobreza. Sin embargo, la evidencia ha demostrado que la focalización en la protección social difícilmente llega a los segmentos más pobres de la población. A partir de datos de nueve países africanos, un estudio ha demostrado que, a pesar de ser un método habitual de focalización de la pobreza, los métodos indirectos de comprobación de recursos son particularmente deficientes para llegar a los más pobres.⁹² Los datos sobre transferencias monetarias condicionadas en América Latina muestran que los programas más importantes de la región —es decir, los de Brasil, Colombia y México— apenas alcanzan a un porcentaje estimado entre el 50 y 55% de la población pobre.⁹³

En teoría, los programas focalizados podrían considerarse como una forma adecuada de dar prioridad a los más excluidos en un contexto de escasez de recursos. Sin embargo, cuando la evidencia muestra que los programas focalizados de hecho no llegan a los segmentos más pobres de la sociedad,⁹⁴ la focalización corre el riesgo de violar el principio de igualdad y la prohibición de discriminación. Si bien toda persona tiene derecho a la seguridad social, los Estados deben prestar especial atención en virtud de este principio a aquellas personas y grupos que tradicionalmente enfrentan dificultades para ejercer este derecho.⁹⁵

En los últimos años, académicos y profesionales han criticado fuertemente el uso de algunas metodologías de focalización en los programas de protección social; en particular, el uso de métodos indirectos de comprobación de recursos. Se ha

⁹² V., Brown, Ravallion y van de Walle, “A poor means test? Econometric targeting in Africa”, en *Journal of Development Economics*, pp. 109-124

⁹³ Stampini, Tornarolli, “The growth of conditional cash transfers in Latin America and the Caribbean: did they go too far?”, Inter-American Development Bank, Policy Brief Núm. 185.

⁹⁴ V., por ejemplo, Robles, Rubio, Stampini, “Have Cash Transfers Succeeded in Reaching the Poor in Latin America and the Caribbean?”, Inter-American Development Bank (IDB) Policy Brief Núm. 246; Veras Soares *et al.*, “Evaluating the impact of Brazil’s Bolsa Família: cash transfer programmes in comparative perspective”, *International Policy Centre for Inclusive Growth (IPC) Evaluation* n.1.

⁹⁵ CDESC, Observación General Núm. 19, párr. 31.

demostrado que esta metodología de evaluación de recursos carece de precisión, objetividad y transparencia y que su implementación es muy costosa.⁹⁶

Una preocupación adicional sobre los programas focalizados es que requieren de una reevaluación periódica costosa para determinar la permanencia de los beneficiarios. En países con baja capacidad administrativa, la reevaluación puede llevar varios años. Desde una perspectiva de derechos humanos, esto es discriminatorio, ya que algunos de los beneficiarios que reúnen las condiciones de acceso al programa y que, por ende, deberían recibir sus beneficios, son excluidos del mismo simplemente porque la reevaluación no se ha realizado a tiempo.

En Argentina, un tribunal consideró que la falta de registro regular en un programa de protección social era discriminatorio en la medida en que no existía ninguna distinción objetiva, razonable y proporcional entre aquellos que cumplían con los requisitos durante la ventana de registro y los que cumplían con el requisito después de que el registro estaba cerrado. En 2002, el gobierno argentino lanzó un programa de transferencia de efectivo denominado *Plan Jefes y Jefas de Hogar Desocupados*. El programa se dirigió a todos los jefes de hogar desempleados de sesenta años o más, y a aquellos con hijos dependientes menores de dieciocho años o con discapacidades. Sin embargo, los solicitantes tenían que registrarse antes del 17 mayo de 2002 para ser considerados como posibles beneficiarios del programa,⁹⁷ sin que existieran mecanismos institucionales previstos para garantizar la inclusión de otros beneficiarios una vez que el registro se hubiera cerrado.

En términos prácticos, dado el plazo de registro, aquellas personas que, aunque cumplían con las condiciones del programa no alcanzaron a registrarse en plazo, así como aquellos que se quedaron sin trabajo después de que el registro se cerrara quedaban excluidos del programa. Una ONG inició varios litigios judiciales

⁹⁶ V., por ejemplo, Kidd, Wylde, *Targeting the Poorest: An assessment of the proxy means test methodology*; Kidd, *et al.*, “Exclusion by design: An assessment of the effectiveness of the proxy means test poverty targeting mechanism”, OIT, Extension of Social Security, Working Paper Núm. 56; Brown *et al.*, *op. cit.* y Kidd, Bailey-Athias, “Hit and Miss: An assessment of targeting effectiveness in social protection”, Working paper.

⁹⁷ Este requisito no se incluyó en el marco legal del programa, pero surgió de una ordenanza del Ministerio de Trabajo, que supervisó la implementación del programa.

representando a solicitantes cuya solicitud de acceso al programa fue rechazada por no presentarse en plazo, pese a cumplir con los demás requisitos.⁹⁸ En el caso *Sales*,⁹⁹ por ejemplo, se impugnó la legalidad de la imposición de un plazo para el registro. Los demandantes argumentaron que todos aquellos que cumplían con los requisitos debían ser admitidos al programa sin discriminación y, por ende, que la denegación por no registrarse a tiempo era discriminatoria. En ambos casos, los tribunales dieron la razón a los demandantes y ordenaron su admisión al programa. Los tribunales argumentaron que el programa era parte de la obligación del Estado de garantizar el derecho a la seguridad social y que la decisión de denegar la cobertura a los que no se habían registrado dentro del plazo fue arbitraria. Si bien las sentencias reconocieron que la decisión de cerrar el registro redujo significativamente los costos generales del programa, no consideraron que esas fueran razones convincentes para excluir a los solicitantes. Por el contrario, las sentencias señalaron que aceptar los argumentos del Estado sobre restricciones presupuestarias y problemas administrativos habría puesto en riesgo los derechos a la vida, la salud y la alimentación de las víctimas y priorizado los aspectos materiales de implementación sobre los derechos humanos consagrados en la Constitución.

Los requisitos administrativos de los programas de protección social también han sido impugnados ante los tribunales de otras jurisdicciones. En el Reino Unido, el Crédito Universal, un beneficio de pago único condicionado por la comprobación de recursos que comprende un monto personal básico y un monto que refleja el costo del cuidado de los niños, la vivienda y otras necesidades, ha sido cuestionada varias veces ante los tribunales nacionales desde su implementación en 2013. En el caso *TP and AR, R (On the Application of) vs Secretary of State for Work and Pensions*,¹⁰⁰ el Alto Tribunal de Justicia declaró que la ausencia de pagos complementarios para dos personas con discapacidad grave después de pasar al programa de Crédito Universal, equivalía a una discriminación contraria al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

⁹⁸ CELS, *La lucha por el derecho*, pp. 165-171.

⁹⁹ Juzgado Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social Núm. 9 de Argentina, caso *Sales, Andrés Julio y otros c. Estado Nacional - Ministerio de Trabajo s/amparos y sumarísimo*.

¹⁰⁰ EWHC 1474, sentencia del 14 de junio de 2018.

En el caso *Johnson & Ors vs Secretary of State for Work and Pensions*,¹⁰¹ cuatro trabajadoras y madres solteras cuestionaron el método de calcular el monto del beneficio pagadero a cada una de ellas en virtud de las regulaciones del Crédito Universal. Las demandantes argumentaron que el Departamento de Trabajo y Pensiones había interpretado erróneamente las regulaciones del Crédito Universal, creándoles dificultades financieras. El Alto Tribunal determinó que las regulaciones pertinentes habían sido interpretadas erróneamente en los respectivos casos y ordenó un nuevo cálculo de los montos a ser pagados.

Otras condiciones administrativas de programas de protección social, como los procesos de solicitud automatizados, las esperas obligatorias para recibir una prestación o las sanciones —como la suspensión o cancelación del beneficio— por incumplir con requisitos de conducta, también pueden ser cuestionados desde una perspectiva de derechos humanos. Por ejemplo, la evidencia muestra que la espera obligatoria de cinco semanas para recibir el pago inicial y las dificultades encontradas en el procesamiento del Crédito Universal en el Reino Unido han tenido efectos adversos sobre el disfrute de los derechos. Tales requisitos han llevado a las familias beneficiarias a endeudarse, atrasarse en el pago de alquileres y a la inseguridad alimentaria, y han tenido un impacto negativo en la salud física y mental de los solicitantes y sus familias.¹⁰²

IV. Observaciones finales

En virtud de los tratados internacionales de derechos humanos, convenios de la OIT y marcos legales nacionales, los Estados tienen claras obligaciones de derechos humanos en relación con el derecho a la seguridad social. Estas obligaciones se relacionan tanto con el resultado —por ejemplo, establecer sistemas de protección social para asegurar el cumplimiento de este derecho—, como con el proceso

¹⁰¹ EWHC 23, sentencia del 11 de enero de 2019.

¹⁰² V., por ejemplo, la evidencia presentada en audiencia del Comité de Trabajo y Pensiones de la Cámara de los Comunes el 10 de octubre de 2018. Disponible en: <http://data.parliament.uk/writtenevidence/committeeevidence.svc/evidencedocument/work-and-pensions-committee/benefit-cap/oral/91648.html>.

de implementación —por ejemplo, ofrecer a los Estados orientación acerca de cómo establecer programas de protección social—.

A menudo, las decisiones sobre el diseño y la implementación de programas de protección social no incluyen evaluaciones integrales de la compatibilidad del diseño del programa o de sus mecanismos de implementación con las normas y estándares de derechos humanos. Esto es comprensible. Los equipos encargados del diseño y ejecución de programas de protección social tienden a estar conformados por economistas o profesionales del desarrollo que no tienen familiaridad con los marcos legales de derechos humanos. Ésta es una gran deficiencia. Si bien las obligaciones de derechos humanos no imponen políticas públicas concretas, sí limitan la discrecionalidad de quienes formulan políticas. El incumplimiento de estas normas legales no sólo viola los derechos, sino que también significa que el programa podrá ser cuestionado a nivel nacional o internacional. De hecho, de manera cada vez más frecuente, los tribunales nacionales, los tribunales regionales de derechos humanos y los órganos de supervisión de tratados de las Naciones Unidas requieren medidas correctivas respecto de esos programas. Estos cuestionamientos tienen costos sociales y económicos considerables. También afectan negativamente el apoyo público y la confianza social en este tipo de programas.

Gracias al aporte de los órganos de supervisión de derechos humanos, profesionales y académicos, hoy en día existe una mayor coherencia y comprensión del alcance y contenido del derecho a la protección social y las implicaciones de un enfoque de derechos. Este artículo ha revisado parte de la jurisprudencia emergente sobre el derecho a la seguridad social. Al hacerlo, busca demostrar que la protección judicial del derecho a la seguridad social es legalmente posible, y una realidad en muchas jurisdicciones. Este es particularmente el caso en aquellos países donde existe protección constitucional del derecho a la seguridad social o del principio de igualdad o el derecho y no discriminación.

Un factor crítico detrás de la mayoría de los casos examinados aquí ha sido la presencia de organizaciones de derechos humanos familiarizadas con la aplicación del enfoque de derechos humanos. En los últimos años, ha habido un aumento en el número de organizaciones no gubernamentales que monitorean la imple-

mentación de programas de protección social a nivel nacional.¹⁰³ Estas organizaciones desempeñan un papel fundamental en el fortalecimiento de la rendición de cuentas de los programas de protección social y en la ampliación del disfrute del derecho a la seguridad social.

La mayor cobertura de los programas de protección social se ha traducido en un aumento de los litigios y del seguimiento por parte de las organizaciones de la sociedad civil. Si esta tendencia continúa, podría esperarse encontrar que más ONGs, clínicas de abogados y profesionales del derecho inicien casos legales —litigio estratégico— en representación de peticionarios o víctimas, o presenten *amici curiae* para contribuir a la decisión de tribunales u órganos de tratados en temas relacionados con el derecho a la seguridad social.

La capacidad de estas organizaciones para apoyar a las víctimas y para iniciar acciones en su nombre puede ayudar a aumentar el número de casos, al reducir la carga económica y personal que conlleva el litigio judicial. El litigio no es una solución milagrosa¹⁰⁴ pero, cuando se dan las condiciones adecuadas, puede constituir una herramienta poderosa para influir en las políticas de protección social. Y, por lo tanto, no debe ser soslayado.

Sin embargo, en muchas jurisdicciones, el efecto de las sentencias se limita a quienes litigan o presentan una demanda, incluso cuando los casos relacionados con los programas de protección social tienen una importancia mucho más amplia. Por lo tanto, es indispensable continuar con la profundización del enfoque de derechos en la protección social y la difusión de sus implicaciones, con el objetivo de movilizar a los ciudadanos para exigir el disfrute universal del derecho a la seguridad social, así como el establecimiento de sistemas de protección social basados en derechos.

En 2007, un académico afirmó que “los defensores del enfoque de derechos en la protección social deben abandonar su torre de marfil, arremangarse y aportar

¹⁰³ Para más información, V. <http://www.socialprotectionfloorscoalition.org>.

¹⁰⁴ Langford, “The Justiciability of Social Rights: From Practice to Theory”, en Langford, pp. 3-45.

ideas sobre un diseño de esquemas de protección social basado en los derechos”.¹⁰⁵ Si bien esta advertencia pudo haber tenido validez en ese momento, los especialistas en derechos humanos, los órganos de supervisión y los profesionales han enfrentado exitosamente ese desafío. A través de los años se han desarrollado directrices sólidas y concretas sobre cómo utilizar el marco de derechos humanos para ampliar la cobertura y garantizar que el diseño, la implementación y la evaluación de los sistemas de protección social respeten los derechos. Lo que falta es la voluntad política de los gobiernos, las instituciones financieras internacionales e intergubernamentales, así como de los donantes, para integrar de mejor manera las normas de derechos humanos en su trabajo sobre protección social.

Bibliografía

Libros

Abramovich, V. y Courtis, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.

Arango, R. y Lemaitre J., *Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital*, Uniandes, Bogotá, 2002.

Behrendt, C. y otros, “Implementing the Principles of Social Protection Floors”, en Dijkhoff, T. y Mpedi, G. L., *Recommendation on Social Protection Floors. Basic Principles for Innovative Solutions*, (Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2018).

Cecchini, S., Filgueira, F. y Robles, C., *Sistemas de protección social en América Latina y el Caribe: una visión comparada*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago, 2014.

¹⁰⁵ Munro, “Risks, rights and needs: compatible or contradictory bases for social protection?”, p. 13.

Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), *La lucha por el derecho*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2008.

Dijkhoff, T. y Mpedi, G. L., *Recommendation on Social Protection Floors. Basic Principles for Innovative Solutions*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2018.

Goldblatt, B. y Lamarche, L. (eds.), *Women's Rights to Social Security and Social Protection*, Hart Publishing, Oxford, 2014.

Gómez Heredero, A., *Social Security as a Human Right. The Protection Afforded by the European Convention on Human Rights*, Consejo de Europa, Estrasburgo, 2007.

Holmes, R. y Jones, N., *Beyond mothers and safety nets: Why social protection needs a gender lens*, Zed Books, London, 2013.

Kaltenborn, K., "The human rights-based approach to social protection", en Bender, K., Kaltenborn, M. y Pfeleiderer, C. (eds.), *Social Protection in Developing Countries. Reforming Systems*, Routledge, Abingdon, 2013.

Kidd, S. y Wylde, E., *Targeting the Poorest: An assessment of the proxy means test methodology*, Australian Agency for International Development, Septiembre, Canberra, 2011.

Langford, M., "The Justiciability of Social Rights: From Practice to Theory", en Langford, M. (ed.), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, University Press, Cambridge, 2008.

Organización Internacional del Trabajo (OIT), Informe Mundial sobre la Protección Social 2020-2022. La protección social en la encrucijada: en busca de un futuro mejor, OIT, Ginebra, 2021.

_____, La protección del derecho a la seguridad social en las constituciones europeas, OIT, Ginebra, 2012.

_____, Seguridad social para todos: construcción de pisos de protección social y sistemas integrales de seguridad social. La estrategia de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, Ginebra, 2012.

_____, Informe sobre la protección social en el mundo 2017-2019: Protección social universal para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible, OIT, Ginebra, 2017.

Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), *The rights to social protection and adequate food. Human rights-based frameworks for social protection in the context of realizing the right to food and the need for legal underpinnings*, FAO, Roma, 2016.

Riedel, E. (ed.), *Social Security as a Human Right. Drafting a General Comment on article 9 ICDESC. Some Challenges*, Springer, Cham, 2007.

Saul, B.; Kinley, D. y Mowbray, J., *The International Covenant on Economic, Social and Cultural rights. Commentary, cases and materials*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

Sepúlveda, M., "Colombia", Langford, M. (ed.), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

Sepúlveda, M. y Nyst, C., *The Human Rights Approach to Social Protection*, Ministerio de Relaciones Exteriores de Finlandia, Helsinki, 2012.

Revistas

Brown, C., Ravallion, M. y van de Walle, D., "A poor means test? Econometric targeting in Africa", en *Journal of Development Economics*, Vol. 134, 2018.

Courtis, C., “La protección del derecho a la seguridad social por tribunales y órganos internacionales de derechos humanos: perspectivas y desafíos”, *Revista de Derecho Social – Latinoamérica*, Número 4, 2007.

Otros

Alcázar, L., Balarin, M. y Espinoza, K., “Impacts of the Peruvian Conditional Cash Transfer Program on Women Empowerment: A Quantitative and Qualitative Approach”, Partnership for Economic Policy Working Paper, 2016.

Banco Mundial, Informe sobre el desarrollo mundial 2012. Desigualdad de género y desarrollo, Banco Mundial, Washington, 2011.

Barrientos, A. y Hulme, D., “Social Protection for the Poor and Poorest in Developing Countries: Reflections on a Quiet Revolution”, Brooks World Poverty Institute (BWPI) Working Paper 30, 2008.

Durán-Valverde, F. y Pacheco, J. F., “Fiscal space and the extension of social protection: Lessons from developing countries, Extension of Social Security (ESS) Paper Núm. 33, OIT, Ginebra, 2012.

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), Marco estratégico para la protección social, UNICEF, Nueva York, 2012.

Kabeer, N., “Women’s economic empowerment and inclusive growth: Labour markets and enterprise development”, CDPR Discussion Paper 29/12, 2012.

Kidd, S., Gelders, B. y Bailey-Athias, D., “Exclusion by design: An assessment of the effectiveness of the proxy means test poverty targeting mechanism”, OIT, Extension of Social Security, Working Paper Núm. 56, 2017.

Kidd, S. y Bailey-Athias, D., “Hit and Miss: An assessment of targeting effectiveness in social protection”, Working paper, Church of Sweden and Development Pathways, junio de 2020.

- Munro, L. T., “Risks, rights and needs: compatible or contradictory bases for social protection?”, International Development Research Centre, BWPI, Working Paper Núm. 7, 2007.
- Robles, M., Rubio, M. y Stampini, M., “Have Cash Transfers Succeeded in Reaching the Poor in Latin America and the Caribbean?”, Inter-American Development Bank (IDB) Policy Brief Núm. 246, 2015.
- Sepúlveda, M. “Is biometric technology in social protection programme illegal or arbitrary? An analysis of privacy and data protection”, ILO Social Protection Department, Extension of Social Security, Working Paper Núm. 59, 2018.
- Stampini M. y Tornarolli, L., “The growth of conditional cash transfers in Latin America and the Caribbean: did they go too far?”, Inter-American Development Bank, Policy Brief Núm. 185, 2012.
- Transparencia Internacional, *Informe global de la corrupción 2003*, Transparencia Internacional, noviembre de 2002.
- Van Stolk, C. y Tesliuc, E. D., “Toolkit on Tackling Error, Fraud and Corruption in Social Protection Programs”, World Bank Discussion Paper Núm 1002, 2010.
- Veras Soares, F, Pérez Ribas, R. y Guerreiro Osorio, R., “Evaluating the impact of Brazil’s Bolsa Família: cash transfer programmes in comparative perspective”, International Policy Centre for Inclusive Growth (IPC) Evaluation Note, Núm. 1, 2007.

El derecho humano al agua

Rodrigo Gutiérrez Rivas*

* Investigador de tiempo completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

El derecho humano al agua. I. Introducción; II. La determinación jurídica del contenido del derecho humano al agua en interpretación conforme con el derecho internacional de los derechos humanos; III. Obligaciones derivadas del derecho humano al agua; IV. Sentencias y pronunciamientos sobre el derecho humano al agua; V. Conclusiones.

I. Introducción

En México, las preocupaciones relativas a las condiciones y sostenibilidad de nuestros bienes comunes hídricos van en aumento. La grave contaminación de los ríos, la sobreexplotación de los mantos freáticos,¹ el desabasto que padecen muchas de las grandes ciudades, el excesivo concesionamiento de las fuentes a actores privados, —y su acaparamiento en pocas manos—² así como la dificultad que padecen millones de personas para acceder a una cantidad mínima de agua para satisfacer sus necesidades básicas, provoca que las discusiones sobre el derecho humano al agua —y las normas que lo desarrollan— estén en el centro del debate jurídico.

Al progresivo deterioro y acaparamiento de este bien común se debe agregar el hecho de que el poder legislativo, después de diez años de haberse elevado

¹ En 1950 México tenía una disponibilidad media anual de 17, 742 m³ por habitante al año; en el 2012 era de 4000 m³, lo que significa que en setenta años hemos perdido más del 75% de la disponibilidad media anual. CONAGUA, *Estadísticas del Agua en México*.

² De los 298, 292 usuarios que tienen concesión para usos no consuntivos, sólo 3,304 usuarios en total —966 empresas, 1537 personas físicas y 801 asociaciones— acaparan el 22.3% de toda el agua concesionada en el país, lo que significa que sólo el 1.1% de todos los usuarios de agua en México aprovecha más de una quinta parte de los volúmenes concesionados en el país. V., Gómez, Moctezuma, “Los millonarios del agua. Una aproximación al acaparamiento del agua en México”, en *Revista Argumentos*, pp. 17-38.

el derecho humano al agua a rango constitucional, no ha creado la ley secundaria que dé contenido y alcance a ese derecho. Frente a este panorama resulta también preocupante constatar la poca participación que han tenido los tribunales federales en la discusión, tratándose de un tema tan delicado y que cada día adquiere más relevancia. Frente a la omisión legislativa, sería necesario que el poder judicial contribuyera a través de sus sentencias a definir los alcances, contenido y obligaciones de este derecho fundamental.

El objetivo de este trabajo es aportar elementos que favorezcan el avance de la discusión jurídica sobre el derecho humano al agua, precisando su contenido esencial y destacando algunas de las obligaciones que tiene el Estado en la materia —a partir de la interpretación conforme de la Constitución con el derecho internacional de los derechos humanos—. Asimismo, se habrán de analizar algunas de las aportaciones jurisprudenciales más relevantes sobre el tema en el derecho nacional y en el comparado, con la intención de visibilizar el importante papel que pueden tener los tribunales en la materia, no solo para precisar en abstracto los alcances del derecho en cuestión, sino para garantizar que quienes tienen mayores dificultades para acceder a este bien común, puedan hacerlo a través del derecho humano de acceso a la justicia.

II. La determinación jurídica del contenido del derecho humano al agua en interpretación conforme con el derecho internacional de los derechos humanos

Debido a que en México no existe una ley secundaria que precise el contenido del derecho humano al agua —a través de la cual se puedan reconocer los alcances jurídicos de éste y las obligaciones que derivan de él hacia los poderes públicos y privados— es necesario partir de dos fuentes jurídicas complementarias: a) la constitución y; b) el derecho internacional de los derechos humanos.

Por lo que se refiere a la Constitución, el 8 de febrero de 2012 se reformó el artículo 4º para reconocer el derecho humano al agua. El párrafo sexto de dicho artículo establece que:

Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. El Estado garantizará este derecho y la ley definirá las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos, estableciendo la participación de la Federación, las entidades federativas y los municipios, así como la participación de la ciudadanía para la consecución de dichos fines.

Se trata de un reconocimiento jurídico muy relevante, que tiene el máximo rango dentro del ordenamiento y la máxima fuerza jurídica³ para obligar a los poderes públicos a actuar con base en lo que ahí se establece. Sin embargo, después de más de nueve años de haber sido constitucionalizado, el poder legislativo ha mantenido una omisión legislativa de carácter absoluto en la materia, violando así la Constitución, al no sustituir la Ley de Aguas Nacionales —LAN— por una Ley General de Aguas con base en la cual se pueda definir el contenido del derecho humano al agua, sus obligaciones, así como definir “[...] las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos[...].” tal como lo establece el párrafo sexto del artículo 4º constitucional.⁴

Frente a esta inconveniente situación, se vuelve especialmente necesario acudir al derecho internacional de los derechos humanos, para poder precisar —en interpretación conforme— el significado, alcance y contenido del derecho establecido constitucionalmente, así como las obligaciones generales y específicas que se desprenden de este derecho hacia todas las autoridades competentes⁵ en la materia, y los principios a partir de los cuales deben guiar sus actuaciones.⁶

³ Para Alexy los derechos fundamentales están caracterizados por cuatro rasgos esenciales: a) máximo rango; b) máxima fuerza jurídica; c) máxima importancia del objeto; d) máximo grado de indeterminación. Alexy, “Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático” en Carbonell, *Neoconstitucionalismo(s)*, pp. 33-35.

⁴ Además del mandato de creación legislativa establecido en el párrafo sexto, la reforma constitucional incluyó tres artículos transitorios. El artículo Tercero Transitorio establece textualmente lo siguiente: “El Congreso de la Unión, contará con un plazo de 360 días para emitir una Ley General de Aguas”.

⁵ Como lo establece el párrafo tercero del artículo 1º de la Constitución “Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos”.

⁶ Algunos de los principios generales establecidos en la Constitución relativos a los derechos son los de interpretación conforme y *pro persona* —art. 1, párr. segundo— y los de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad —art. 1, párr. tercero—. V., la contribución de Sandra Serrano y Daniel Vázquez, en este mismo volumen.

En el ámbito internacional de los derechos humanos existen avances muy relevantes, tanto de *soft law* como de *hard law* jurídicamente vinculante para los Estados, relativos al derecho humano al agua. Por ejemplo, el segundo párrafo del artículo 14 de la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, adoptada en 1979, reconoció el derecho humano al agua, exigiendo a los Estados partes el abastecimiento de agua a las mujeres.⁷ El segundo párrafo del artículo 24 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, adoptada en 1989, estableció la obligación de los Estados parte de suministrar agua potable a este grupo de la población.⁸ El 28 de julio de 2010 la Asamblea General de la ONU publicó la Resolución 64/292,⁹ muy trascendente en la materia, a través de la cual se reconoció el derecho al agua y al saneamiento como un derecho autónomo, esencial para la realización de todos los derechos humanos e indispensable para poder tener una vida digna.¹⁰ Tras ese pronunciamiento, el 30 de septiembre de 2010, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas expidió la resolución 15/9¹¹ en la que se señaló que el derecho humano al agua y al saneamiento es parte integral del derecho internacional y que los deberes que derivan de este derecho son jurídicamente vinculantes para los Estados. No sólo las dos instancias interestatales más relevantes de Naciones Unidas en materia de derechos humanos se han pronunciado sobre el tema, en las últimas décadas, decenas de organismos en los ámbitos internacional y regional de los derechos humanos han emitido observaciones generales, informes, resoluciones,¹² normas y sentencias que hoy conforman un *corpus iuris* muy amplio en la materia. Por ejemplo, la Relatoría Especial de la ONU sobre los derechos humanos al agua y

⁷ Se señala en dicho párrafo que los Estados Partes asegurarán a las mujeres el derecho a “gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de [...] el abastecimiento de agua”.

⁸ En dicho párrafo se exige a los Estados Partes que luchen contra las enfermedades y la malnutrición mediante “el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre”.

⁹ V., ONU, Asamblea General, Resolución 64/292, El derecho humano al agua y el saneamiento.

¹⁰ Más adelante, el 18 de diciembre de 2013, la misma Asamblea aprobó la Resolución 68/157, en la que vuelve a realizar varios exhortos a los Estados como, por ejemplo, el de garantizar “la realización progresiva del derecho humano al agua potable y el saneamiento para todos de manera no discriminatoria, eliminando al mismo tiempo las desigualdades de acceso, por parte de, entre otros, quienes pertenecen a grupos vulnerables y marginados.” *Idem*, Resolución 68/157, El derecho humano al agua potable y el saneamiento.

¹¹ V., Consejo de Derechos Humanos, Resolución 15/9, Los derechos humanos y el acceso al agua potable y al saneamiento.

¹² También el Consejo de Derechos Humanos ha aprobado importantes resoluciones sobre el derecho humano al agua potable y al saneamiento. V., *Idem*, Resolución 24/18; Resolución 27/7.

al saneamiento fue creada en 2008, y en sus trece años de existencia ha emitido 24 informes temáticos anuales y alrededor de treinta informes sobre visitas a países.¹³

La Agenda 2030, a través de su Objetivo de desarrollo sostenible 6¹⁴ estableció como meta para todos los países miembros de la ONU el deber de garantizar la disponibilidad de agua y su gestión sostenible y el saneamiento para todas las personas. Hace escasos meses, el 22 de abril de 2021, entró en vigor el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe —Acuerdo de Escazú—¹⁵ a partir del cual las autoridades mexicanas quedan obligadas a transparentar la información medioambiental, garantizar la participación ciudadana en los temas de medio ambiente, así como asegurar el acceso a la justicia en estas mismas cuestiones, lo que incluye, por supuesto, al agua.¹⁶ También en fecha reciente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos decidió que el derecho al agua se encuentra reconocido por el artículo 26 de la Convención Americana.¹⁷

Con todo, la herramienta jurídica más precisa sobre el contenido y las obligaciones de derecho humano al agua continúa siendo la Observación General Núm. 15,¹⁸ emitida por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de las Naciones Unidas —Comité DESC—, que es el órgano de las Naciones Unidas autorizado para interpretar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —PIDESC—. ¹⁹ Como lo ha establecido el Comité, el derecho humano

¹³ La página del Relator Especial, donde pueden consultarse todos los informes elaborados, es la siguiente: <https://www.ohchr.org/sp/issues/waterandsanitation/srwater/pages/srwaterindex.aspx>

¹⁴ La meta 6.5 de los ODS tiene como objetivo “para 2030, implementar la gestión integrada de los recursos hídricos a todos los niveles, incluso a través de la cooperación transfronteriza, según proceda”.

¹⁵ La firma del Estado mexicano tuvo un especial significado ya que se trató del undécimo país en suscribir el Acuerdo, gracias a lo cual éste entró en vigor el pasado 22 de abril de 2021.

¹⁶ Para mayor información sobre el Acuerdo de Escazú, V., contribución de Astrid Puentes, en esta misma obra.

¹⁷ V., Corte IDH, Caso de las *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Indígena Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) v. Argentina*, párr. 222.

¹⁸ V., Comité DESC, Observación General Núm. 15, El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

¹⁹ El PIDESC fue aprobado el 16 de diciembre de 1966 y México se adhirió el 23 de marzo de 1981, entrando en vigor en nuestro país el 12 de mayo de 1981. Sobre el peso interpretativo de las Observa-

al agua deriva de los artículos 11.1 —derecho a un nivel de vida adecuado— y 12 —derecho a la salud—. ²⁰

De acuerdo con esta Observación, “el derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico.”²¹ Como puede verse, algunas de las categorías empleada por el Comité y por la Constitución mexicana son muy similares, y ambas destacan que en la asignación del agua debe concederse prioridad a su uso para fines personales y domésticos. Sin embargo, la Constitución no desarrolla el significado de las categorías con las que busca precisar el contenido del derecho humano al agua, por lo que es necesario acudir a la Observación para hacerlo.

En el párrafo 11 de la Observación²² se establece que los elementos del derecho al agua deben ser *adecuados* a la dignidad, la vida y la salud humanas; sin embargo, en tanto que lo que resulta adecuado para el ejercicio del derecho —reconoce el Comité—, puede variar entre sitios o regiones, debido las distintas condiciones que en ellas prevalezcan, hay tres elementos que deben atenderse en cualquier circunstancia. Con base en esos tres factores —que dialogan de forma estrecha con las categorías establecidas en la Constitución Mexicana— puede identificarse el contenido mínimo del derecho al agua. Los elementos son los siguientes: la disponibilidad, la calidad y la accesibilidad.

La *disponibilidad* implica que a cada persona se le debe garantizar un abastecimiento de agua continuo y suficiente para sus usos personales y doméstico. Dichos usos incluyen el consumo, el saneamiento, la limpieza de la ropa, la preparación de los alimentos, así como la higiene personal y de la vivienda. La Observación no

ciones Generales del Comité DESC, V, la contribución de Christian Courtis sobre los tratados internacionales como fuentes, en este mismo volumen.

²⁰ Una descripción detallada sobre la amplia atención que el Comité DESC ha prestado al tema del agua se puede encontrar en: V, Langford, King, “Comité de derechos económicos, sociales y culturales: pasado, presente y futuro” en *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*, pp. 724-730.

²¹ Comité DESC, *op. cit.*, párr. 2.

²² El párrafo 11 se encuentra en el apartado II) de la Observación cuyo título es “contenido normativo del derecho al agua”.

establece una cantidad determinada relativa a ese abastecimiento continuo, sino que remite a los parámetros que establezca la Organización Mundial de la Salud —OMS—. Lo que sí aclara es que ciertos grupos o individuos pueden requerir volúmenes adicionales por razones de salud, clima o condiciones de trabajo.²³

Por lo que se refiere al concepto de *calidad*, el Comité señala que el agua abastecida debe ser salubre, lo que exige no contener microorganismos, sustancias químicas o radiactivas que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas. En la definición de calidad, la observación también se refiere al concepto de *aceptabilidad* incluido en el párrafo sexto artículo 4º de la Constitución. Este concepto se refiere a que el agua abastecida debe tener un color, un olor y un sabor aceptables para cada uso.

El concepto de *accesibilidad* aparece en tercer lugar. Dentro de esta categoría el Comité agrupa cuatro dimensiones muy relevantes.

- A) La *accesibilidad física*, según la cual el agua, las instalaciones y los servicios de agua deben estar al alcance físico de toda la población. Eso significa que las instalaciones de agua y servicios deben estar al alcance de todas las personas en cada hogar, lugar de trabajo o centro educativo o en su cercanía inmediata. La seguridad física de las personas no puede quedar comprometida cuando las personas busquen acceder a los servicios en las inmediaciones.

- B) La *accesibilidad económica*, que exige que el agua, los servicios e instalaciones estén al alcance económico de todas las personas y sectores de la población. La observación establece que los costos y cargos —directos e indirectos— asociados con el abastecimiento de agua no pueden comprometer ni poner en riesgo el ejercicio de otros derechos. Este tema es de la mayor relevancia en México, donde en muchas ocasiones las personas más pobres son quienes se ven obligadas pagar más dinero por el agua. Es muy común que, por ejemplo, las personas

²³ *Idem*, párr. 12 a).

que viven en las periferias de las ciudades, muchas veces sin servicios, tengan la necesidad de contratar pipas y comprar garrafones a empresas privadas, debiendo utilizar hasta el 20 % de su salario para acceder a este bien común.

- C) La *no discriminación* como un tercer elemento relacionado con la noción de accesibilidad. Aunque se trata de un principio y un derecho que es transversal a todos los derechos, la OG 15 enfatiza que el agua y los servicios e instalaciones de agua deben ser accesibles para todas las personas, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos, comenzando por quienes se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad.
- D) Un cuarto y último componente de la accesibilidad es el del *acceso a la información*. De acuerdo con el Comité, la accesibilidad comprende el derecho que tienen todas las personas de solicitar, recibir y difundir información sobre las cuestiones del agua. Este cuarto componente de la accesibilidad ha quedado reforzado en México con la reciente firma del Acuerdo de Escazú, cuyo artículo 5 establece el derecho que tienen todas las personas a acceder a toda la información ambiental que esté en poder de las autoridades, bajo su control o custodia, atendiendo el principio de máxima publicidad.

Conviene subrayar que el Comité aclara, en relación con lo que debe considerarse adecuado para el ejercicio del derecho al agua, que ello no debe interpretarse de forma restrictiva, sólo a partir de cálculos volumétricos y valoraciones tecnológicas. Subraya la Observación que el agua debe tratarse como un bien social y cultural, y no fundamentalmente como un bien económico.²⁴ Es relevante que el Comité haya hecho esta precisión ya que, en México, durante los últimos años han aumentado de manera significativa las presiones por parte de algunos sectores de la industria y el comercio para lograr que los poderes públicos amplíen, a través de modificaciones legales y de política, las posibilidades de mercantilizar

²⁴ *Idem*, párr. 11.

el agua, o los servicios vinculados a ella; ya sea a través del embotellamiento para la venta, el intercambio mercantil de concesiones, o el control sobre la infraestructura para la captación —presas— o la distribución del líquido, entre otras.

Retomando el tema de los elementos del contenido de los derechos, es conveniente resaltar que el Estado mexicano —desde que ratificó el PIDESC— está obligado a avanzar progresivamente en la satisfacción de los elementos que integran los derechos reconocidos en el Pacto, como es el derecho al agua. Es verdad que los estándares internacionales reconocen la imposibilidad de que los Estados satisfagan de inmediato todo el contenido de los derechos y que la falta de recursos puede ser un obstáculo.²⁵ Sin embargo, también es cierto que las autoridades estatales no pueden dejar de realizar esfuerzos para lograr su respeto o cumplimiento en plazos razonables. El principio de progresividad —establecido constitucional e internacionalmente— es central en la discusión sobre el cumplimiento de las obligaciones del Estado, y está conformado por dos principales ideas: la gradualidad y el progreso. La primera supone que no se le puede exigir al Estado, *ipso facto*, el cumplimiento de todas las obligaciones, pero la segunda implica que ello no se puede aplazar de forma indefinida, sino que los Estados deben comenzar a adoptar medidas adecuadas e invertir el máximo de los recursos disponibles para avanzar de forma planificada y gradual en el cumplimiento de sus obligaciones.²⁶

Con todo, aun cuando el principio de progresividad ofrece a las autoridades amplios márgenes para poder satisfacer el contenido de los derechos, los Estados suelen argumentar que sufren dificultades presupuestarias para cumplir con sus obligaciones.

²⁵ Es importante resaltar que el Comité pone de relieve que, aun cuando el Estado demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, ello no exime al Estado de su obligación de empeñarse en asegurar el disfrute más amplio de los derechos. V., Comité DESC, Observación General Núm. 3, *La índole de las obligaciones de los Estados Partes*, párr. 11.

²⁶ De acuerdo con el párrafo 2 de la Observación General Núm. 3, *op. cit.*, “[...] si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. Tales medidas deben ser *deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto.*”

Frente a este tipo de objeciones, es necesario recordar tres circunstancias. En primer lugar, que todos los derechos humanos, ya sean civiles, sociales, políticos, económicos, culturales o ambientales, requieren recursos monetarios para su cumplimiento,²⁷ por lo que no hay razones económicas fuertes para priorizar el avance de un derecho sobre otro. En segundo lugar, que si bien es cierto que el PIDESC incorporó en su articulado el principio de progresividad, y los estándares reconocen el obstáculo que puede suponer para el Estado la escasez de recursos, también es verdad que el Pacto establece un conjunto de *obligaciones legales generales* con efecto inmediato.²⁸ En tercer lugar, que no todas las *obligaciones legales específicas* derivadas de los derechos sociales —incluyendo el derecho al agua— requieren el ejercicio de gastos presupuestarios. A continuación, describiremos las *obligaciones legales generales* y las *obligaciones legales específicas* respecto del derecho humano al agua.

III. Obligaciones derivadas del derecho humano al agua

De acuerdo con el Comité DESC,²⁹ el artículo 2° del PIDESC contiene las *obligaciones legales generales* contraídas por los Estados Partes cuando adoptan el Pacto. Algunas de ellas tienen *efecto inmediato*;³⁰ es decir, no están sometidas al principio de progresividad.³¹ La primera de ellas es el compromiso de garantizar que los derechos se puedan ejercer por todas las personas sin discriminación alguna. Esto significa, en el caso del agua, que cuando prevalezca una situación de discriminación —trato desigual no justificado— hacia personas o grupos en el ejercicio de este derecho, el Estado no puede alegar falta de recursos o de tiempo para combatir dicha situación: tiene que actuar de inmediato. La segunda obligación

²⁷ Cf., Holmes, Sunstein, *El costo de los derechos; porque la libertad depende de los impuestos*.

²⁸ Comité DESC, Observación General Núm. 15, El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), párr. 17.

²⁹ *Idem*, Observación General Núm. 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes, párr. 1.

³⁰ Un análisis detallado sobre este tipo de obligaciones, V, Abramovich, Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, pp. 79-113.

³¹ Lo mismo se establece respecto del derecho humano al agua en Comité DESC, Observación General Núm. 15, El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), párrs. 17 al 19.

general —derivada del párrafo primero del artículo 2° del PIDESC— es que los Estados se comprometen a “adoptar medidas”.³² Esto significa que, si bien la plena realización del derecho al agua puede asegurarse de manera paulatina, las medidas orientadas a lograr ese objetivo deben adoptarse en un plazo breve a partir de la entrada en vigor del Pacto. Estas medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el PIDESC.³³ Los medios —señala el PIDESC en el párrafo primero del artículo 2— que deben emplearse para dar cumplimiento a la obligación de adoptar medidas deben ser los “...apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas.” Esta referencia a las medidas legislativas es especialmente importante en México, donde no existe la Ley General de Aguas, derivada del derecho humano al agua reconocido constitucionalmente, con base en la cual el legislador desarrolle el contenido de ese derecho y precise las obligaciones en la materia. Esta omisión viola el PIDESC y, a la vez, el artículo tercero transitorio de la reforma constitucional al artículo 4° publicada el 8 de febrero de 2012. Además de las medidas legislativas, entre otras medidas que cabría considerar apropiadas está la de ofrecer recursos judiciales para asegurar la protección de los derechos. Una tercera obligación con efecto inmediato, derivada del principio de progresividad, es la prohibición de regresividad. Esta última impone a los Estados la prohibición de dar marcha atrás de manera deliberada³⁴ a los esfuerzos, políticas y presupuestos que permitan avanzar en el cumplimiento del derecho al agua.³⁵ La Relatora Especial sobre el Derecho Humano al Agua Potable y el Saneamiento ha sido enfática sobre este último punto. De acuerdo con uno de sus informes “...una medida es regresiva cuando, directa o indirectamente, supone un retroceso en el goce de derechos humanos. Por ejemplo, medidas como aumentar desproporcionada-

³² La traducción a otros idiomas del PIDESC puede ayudar a entender lo que esta expresión significa. En inglés se traduce como *to take steps* y en francés es *s'engage à agir*, conceptos que se pueden traducir como “dar pasos” o “actuar” respectivamente.

³³ V., Comité DESC, Observación General Núm. 3, La indole de las obligaciones de los Estados Partes, párr. 2.

³⁴ Un desarrollo extenso del fundamento y alcance de la prohibición de regresividad V., Courtis, *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. V., la contribución del mismo autor sobre el tema, en este volumen.

³⁵ Respecto de las medidas regresivas, la Comité DESC, Observación General Núm. 15, El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), establece en su párrafo 19 que “Existe una fuerte presunción de que la adopción de medidas regresivas con respecto al derecho al agua está prohibida por el Pacto.”

mente el precio de los servicios de tal manera que los pobres no puedan pagar el agua y el saneamiento o permitir el deterioro de la infraestructura por falta de inversión en su funcionamiento y mantenimiento.”³⁶

Por lo que se refiere a las *obligaciones legales específicas*, tal y como lo señalan la OG 15 del Comité DESC, el párrafo tercero del Artículo 1º de la Constitución mexicana, y un conjunto convergente de estándares internacionales,³⁷ las obligaciones que se desprenden de los derechos establecidos en el PIDESC —al igual que la de todos los derechos humanos— son las de respeto, protección y garantía —o cumplimiento—.

La obligación de *respeto* exige a las autoridades que se abstengan de afectar el contenido de los derechos de las personas que ya gozan de los mismos. Este tipo obligaciones son un buen ejemplo de deberes estatales que no requieren gastos presupuestales: obligan al Estado a autocontenerse y no realizar acciones que dañen el derecho. En el caso del agua, por ejemplo, el Estado debe abstenerse de contaminar los recursos hídricos para no afectar la calidad del agua. Asimismo, debe evitar inmiscuirse de forma arbitraria en los sistemas comunitarios y tradicionales de gestión y distribución de agua, y abstenerse de toda práctica o actividad que provoque situaciones o condiciones de discriminación en el acceso al agua.³⁸

La obligación de *protección* exige a las autoridades el deber de intervenir frente a posibles violaciones del derecho al agua por parte de terceros. No se debe olvidar que los derechos humanos son instrumentos jurídicos diseñados para proteger los intereses más relevantes de la comunidad frente al ejercicio del poder —ya sea del poder público, pero también del poder de agentes privados—. En una sociedad de mercado suele ocurrir con frecuencia que empresas u otros actores privados pongan en riesgo con sus prácticas y acciones el derecho humano al

³⁶ ONU, Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial sobre el Derecho Humano al Agua Potable y el Saneamiento 2013, párr. 14.

³⁷ V., Principios de Limburgo para la Implementación del PIDESC de 1986; Directrices de Maastricht sobre violaciones a los DESC de 1997.

³⁸ Cf., Comité DESC, *op. cit.*, párr. 21.

agua, ya sea contaminando las fuentes, deteriorándolas a partir de su explotación extensiva, acaparándola o especulando. Frente a todas esas situaciones es obligación del Estado intervenir para evitar la violación del derecho. Las herramientas jurídicas que permiten a los particulares usar o aprovechar los bienes hídricos deben encontrarse permanentemente bajo muy estrecha vigilancia, para que no se abuse de ellas, y en ningún caso se especule con ellos para obtener ganancias excesivas con un bien que es indispensable para la vida digna de las personas.

Finalmente, la obligación de *garantizar* —cumplir— puede subdividirse en tres componentes: a) facilitar; b) promover y; c) proveer. La obligación de *facilitar* exige que el Estado adopte medidas positivas que ayuden a las personas y comunidades a ejercer su derecho. La obligación de *promover* determina que las autoridades responsables deben difundir y dar a conocer a la ciudadanía los derechos humanos, sus alcances, contenidos, obligaciones, así como las herramientas para expandirlos y reclamarlos en caso de violación. Por último, la obligación de *proveer* exige a las autoridades hacer efectivo el derecho en aquellos casos en que las personas o grupos no están en condiciones, por razones ajenas a su voluntad, de ejercerlo por sí mismos.

Como puede observarse, existen infinidad de opciones a partir de las cuales las autoridades estatales pueden avanzar en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del derecho humano al agua establecido en la Constitución, y cuyos contenidos y alcances deben ser identificados a partir de la interpretación conforme con el derecho internacional de los derechos humanos.

En el siguiente apartado habremos de analizar un conjunto de sentencias sobre el derecho humano al agua, como ejemplos ilustrativos de casos del derecho nacional, regional e internacional, que ponen de manifiesto la posibilidad de que los tribunales, a través de sus fallos, precisen, caso a caso, el contenido de los derechos y de los deberes estatales, y obliguen a las autoridades a emprender acciones para que las personas puedan acceder al agua y materializar aquellas prerrogativas establecidas en las constituciones, así como en el derecho internacional de los derechos humanos.

IV. Sentencias y pronunciamientos sobre el derecho humano al agua

Este apartado incluye un compendio y descripción de algunos de los elementos más relevantes de sentencias relativas al derecho humano al agua, comenzando por los primeros fallos en los que el derecho humano al agua se protege por conexidad con otros derechos, hasta llegar a aquellos que protegen algunos de los componentes específicos del derecho humano al agua como son la disponibilidad, el acceso y la calidad.

1. El reconocimiento del derecho humano al agua a partir de sentencias dictadas por tribunales y cortes constitucionales

Los tribunales constitucionales han cumplido un papel muy relevante en el reconocimiento del derecho humano al agua en el mundo. Durante los últimos veinticinco años, cortes y salas constitucionales de diversos países han emitido pronunciamientos importantes sobre la materia que han permitido ir precisando, caso a caso, el contenido y obligaciones del derecho humano al agua —aun donde no ha sido constitucionalizado—, y también han fungido como catalizadores, a través de sus fallos, de posteriores procesos de constitucionalización.

Las primeras sentencias relativas al derecho humano al agua que registra el derecho comparado comenzaron por afirmar el carácter fundamental del agua y los servicios públicos de distribución en conexidad con los derechos a la vida y a la salud. Tal es el caso de la Sentencia T-578/92,³⁹ en la que la Corte Constitucional Colombiana se plantea la pregunta sobre si el derecho a solicitar la conexión al servicio de distribución de agua potable constituye un derecho fundamental. En aquellos primeros años la Corte consideró que

³⁹ V., Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-578/92.

[...]el agua constituye fuente de vida y la falta de servicio atenta directamente con el derecho fundamental a la vida de las personas. Así pues, el servicio público domiciliario de acueducto y alcantarillado en tanto que afecte la vida de las personas (CP art. 11), la salubridad pública (CP arts. 365 y 366) o la salud (CP art. 49), es un derecho constitucional fundamental y como tal objeto de protección a través de la acción de tutela.⁴⁰

Se trata de primeros fallos relevantes sobre la materia, tomando en cuenta que el reconocimiento constitucional e internacional del derecho humano al agua comenzó a ocurrir hacia finales del siglo pasado y comienzos de éste.⁴¹

En cualquier caso, el argumento de conexidad entre derechos fundamentales y servicios domiciliarios de agua se ha seguido utilizando⁴² para exigir a las empresas distribuidoras de agua, públicas o privadas, que doten del servicio de agua, incluso en caso de falta de pago por parte de las personas usuarias. Es el caso de la Sentencia T-270/2007, también de la Corte Constitucional Colombiana; a través de la cual se le exigió a la Empresa Pública de Medellín la reconexión de los servicios públicos de agua y electricidad a Flor Enid Jiménez, a pesar de que tenía una mora de cerca de un millón de pesos colombianos en el pago de las cuotas por servicio. Tomando en cuenta que la peticionaria padecía insuficiencia renal crónica, estaba impedida para laborar y dependía económicamente de un hijo recién fallecido —todo lo cual la convertía en un sujeto de especial protección constitucional—, la Corte le exigió a la Empresa la reconexión al servicio de agua —pese a que la peticionaria manifestó estar imposibilitada de saldar la deuda con la empresa— por considerar el servicio público de agua como un elemento fundamental, estrechamente vinculado con el derecho a la vida, la salud, la integridad física y el saneamiento ambiental. Interesa subrayar que, en los fundamentos y

⁴⁰ Este criterio lo reiteró la Corte Constitucional de Colombia en sentencias subsiguientes: V., *Idem*, T-140/94; T-207/95.

⁴¹ La Observación General Núm. 15, que reconoce el derecho humano al agua como derecho autónomo fue aprobada en el 29º periodo de sesiones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que tuvo lugar entre el 11 y el 29 de noviembre de 2002.

⁴² En la Sentencia T-616/10, la Corte Constitucional Colombiana retoma la tesis de conexidad determinando que el derecho al agua tiene un carácter fundamental en tanto que la carencia de agua pone en grave peligro la realización de la dignidad, la vida y la salud.

consideraciones de la sentencia, la Corte recuerda que, por mandato constitucional, los derechos establecidos en la Constitución se deben interpretar de acuerdo con los Tratados internacionales sobre derechos humanos. En este sentido, señala la Corte, en tanto que el PIDESC forma parte del bloque de constitucionalidad, las Observaciones Generales emitidas por el Comité DESC,

[...] se constituyen en criterio válido de interpretación del Pacto, cumpliendo así una función de complementariedad del marco normativo de los derechos fundamentales que se consideran vulnerados”. Establecido lo anterior, la Corte retoma la Observación General Núm. 15 sobre el derecho humano al agua para establecer que “el agua debe tratarse como un bien social y cultural, y no fundamentalmente como un bien económico⁴³ [...] y que] los Estados partes del Pacto tienen la obligación especial de facilitar agua y garantizar el suministro de agua a quienes no disponen de medios suficientes.⁴⁴

Con fundamento en todo ello, el máximo tribunal colombiano determina que no es posible suspender el servicio público de agua a una persona sujeto de especial protección, a pesar de tener una elevada deuda con la empresa prestadora del servicio.

En la Sentencia T-740-11 la Corte Constitucional de Colombia emite un pronunciamiento rotundo sobre el agua como derecho fundamental. En un caso similar al resuelto por la sentencia T-270/2007, la Corte se propone responder a la pregunta sobre si la Junta Administradora del Acueducto JUAN XXIII, empresa pública de servicio de agua potable, vulneró los derechos fundamentales al acceso a los servicios públicos, a la dignidad humana, a la vida, a la salud y a la igualdad de la señora María Isabel Ortiz y su familia al negarse a prestarle el servicio de acueducto, debido al incumplimiento en los pagos por el servicio.

Parte de la relevancia de esta sentencia es que en ella la Corte Constitucional de Colombia se pronuncia sobre diversos tópicos relevantes del derecho humano al

⁴³ Comité DESC, *Op. Cit.*, párr.11.

⁴⁴ *Idem*, párr. 27.

agua tales como: concepto y fundamento del derecho; su reconocimiento a nivel internacional y en el derecho comparado, el contenido del derecho y las obligaciones del Estado de conformidad con el bloque de constitucionalidad. En tanto que en Colombia se han avanzado procesos de privatización del servicio de distribución del agua, y el Estado ha cedido la responsabilidad de distribuir el agua a empresas de distinta naturaleza, en sus razonamientos la Corte plantea que el agua tiene una doble connotación, como servicio público y como derecho fundamental. A partir de ello el tribunal emprende un ejercicio de ponderación entre intereses reconocidos constitucionalmente —derecho al agua y otorgamiento de un servicio a cambio de un precio— para determinar que,

respecto del corte del servicio de acueducto a los sujetos de especial protección constitucional, como se comprobará más adelante, la medida se torna especialmente desproporcionada, ya que aunque ésta persigue un fin constitucionalmente legítimo, que es la garantía de la prestación eficiente, continua e ininterrumpida de los servicios públicos a todos los usuarios y es idónea para alcanzar el objetivo perseguido, los beneficios obtenidos con su aplicación son menores que los sacrificios a que son expuestos los titulares del derecho fundamental al agua. [...] resalta la Corte que la privación del servicio de agua potable conlleva una grave vulneración de las obligaciones que emanan del derecho fundamental al agua, específicamente las de disponibilidad y accesibilidad, por cuanto en primer lugar, restringe la posibilidad de que este sector de la población, que se encuentra en una circunstancia de debilidad manifiesta, acceda a los servicios e instalaciones del recurso hídrico y en segundo lugar que se limite la disponibilidad de aquel para la satisfacción de las necesidades personales y domésticas, como la preparación de alimentos, la higiene personal y del hogar.

Con base en dichos razonamientos, la Corte le ordena a la Junta Administradora del Acueducto JUAN XXIII tres acciones: a) reestablecer el flujo de agua potable en la vivienda de la demandante; b) revisar los acuerdos de pago realizados entre la demandante y la entidad prestadora del servicio de agua potable, con el objetivo de implementar una fórmula por la cual la actora, de acuerdo con su capacidad económica, pueda ponerse al día en sus obligaciones, y c) en caso de que ésta manifieste y pruebe que no cuenta con los recursos económicos para sufragar la deuda, instalar un reductor de flujo que garantice por lo menos 50 litros

de agua por persona al día o proveer una fuente pública del recurso hídrico que asegure el suministro de igual cantidad de agua.⁴⁵

En Costa Rica, al igual que en Colombia, la Constitución no reconoce explícitamente el derecho humano al agua. Sin embargo, ello no ha impedido que la Sala Constitucional de la Suprema Corte de Justicia se haya pronunciado en múltiples ocasiones, reconociendo este derecho para obligar a las autoridades a que cumplan con su contenido y obligaciones. Por ejemplo, en la Sentencia No. 2008-017620 se resolvió un amparo presentado contra el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados debido a vecinos del Barrio El Carmen de San Antonio Escazú, que consideraban violado su derecho al agua en tanto que el agua que recibían a través de las tuberías no contaba con la calidad requerida por tener tierra y un olor muy desagradable. En relación con ello, la Sala reconoció

como parte del Derecho de la Constitución, un derecho fundamental al agua potable, derivado de los derechos fundamentales a la salud, la vida, al medio ambiente sano, a la alimentación y la vivienda digna, entre otros, tal como ha sido reconocido también en instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos aplicables en Costa Rica.⁴⁶

⁴⁵ En la Sentencia T-179/13 de la Corte Constitucional de Colombia también se analizó la situación de impago de las cuotas por servicios de distribución de agua por parte de una familia en la que varios de sus trece integrantes podían ser considerados sujetos de especial protección constitucional —niños, personas con discapacidad y adultos mayores—. En este caso, la demandante exigió la protección del derecho humano al agua y, con base en él, la reconexión al servicio domiciliario a pesar de tener una deuda considerable con la empresa pública. En la sentencia la Corte reconoce la iusfundamentalidad del derecho al acceso al agua potable “[...] cuando se destina al consumo humano y, en general, cuando constituye un presupuesto para la realización de otras garantías fundamentales...” Además, recuerda que en reiterados pronunciamientos de ese mismo tribunal “la suspensión de los servicios públicos domiciliarios no puede tener lugar, pese al incumplimiento sucesivo en el pago de los servicios, si la suspensión se efectúa en cualquiera de dos clases de hipótesis: i) con la violación de las garantías del derecho al debido proceso o ii) bajo el respeto del debido proceso pero con la consecuencia aneja de suponer el desconocimiento de derechos constitucionales de sujetos especialmente protegido”. Del análisis de los hechos del caso, la Corte determina que “[...]no cabe duda de que en el caso *sub examine*, la garantía eficaz del derecho al agua constituye presupuesto esencial para el goce efectivo de otros derechos fundamentales, cuyo menoscabo al ponderarse frente al beneficio que le genera a la empresa accionada la suspensión del servicio, resultaría desproporcionado y prevaeciente”.

⁴⁶ V., Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sentencia Núm. 2008-017620.

Este mismo criterio ha sido utilizado en otras resoluciones⁴⁷ para evitar la suspensión del servicio de agua potable por falta de pago,⁴⁸ o ante la denegación de la instalación del servicio de suministro de agua potable a un ciudadano por no existir la red del servicio.⁴⁹ De las actuaciones emprendidas por la Sala, y los informes enviados de las autoridades, el máximo tribunal costarricense determinó que “podría afirmarse que la autoridad recurrida ha lesionado los derechos fundamentales de los amparados, no por suministrarles un servicio de agua contaminada, sino por prestarles un deficiente servicio público.” Si bien es cierto—reconoce la Sala— que

la Subgerencia de Gestión de Sistemas-GAM ha incluido dentro del Plan Operativo y como Proyectos de Inversión, la implementación de una estación de bombeo en la planta potabilizadora de Escazú, que lleve el agua hasta el sitio de tanque de las fuentes de La Mora, así como la ampliación de las redes de distribución, a juicio de la Sala no resulta suficiente para impedir la infracción del derecho fundamental.

A partir de ello, la Sala ordena al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados que le informe en un plazo de tres meses las medidas adoptadas para brindar un servicio adecuado de agua potable a los vecinos de Escazú.⁵⁰

En Israel, donde no existe una Constitución escrita —por ser herederos de la tradición jurídica de *common law*—, el derecho al agua tiene rango constitucional implícito gracias a la intervención de la Suprema Corte, quien ha emitido importantes pronunciamientos sobre la materia. En el caso C.A. 9535/06, *Abdullah Abu Musaâ (et al.) vs. The Water Commissioner and the Israel Lands Administration*, se acudió al máximo tribunal para revisar la sentencia de una corte distrital que avaló la decisión del comisionado del agua de no proveer del vital líquido a cientos de familias palestinas, árabes beduinas, que viven en villas informales en el Naqab. El objetivo de la decisión del comisionado de agua era apoyar la política del gobierno israelí, interesado en desplazar a los beduinos árabes de sus tierras,

⁴⁷ *Idem*, Sentencia Núm. 2003-04654; Sentencia Núm. 2005-14523.

⁴⁸ *Idem*, Sentencia Núm. 1108-96.

⁴⁹ *Idem*, Sentencia Núm. 2009-02304.

⁵⁰ *Idem*, Sentencia Núm. 2008-017620.

trasladándolos a ciudades planeadas por el gobierno. Para lograrlo, la estrategia consistía en negarles servicios básicos como el acceso al agua potable. La Corte reconoció que el derecho al agua está implícito dentro de las leyes fundamentales, fundando el derecho en la dignidad humana, y obligó a las autoridades a dotarles del líquido.⁵¹

En México, el reconocimiento jurídico del derecho humano al agua ocurrió por primera ocasión a partir de un conjunto de amparos presentados por cuatro mujeres habitantes de la Colonia Tres de Mayo en el Municipio de Alpuyecá, Morelos. Ellas cuatro, al igual que todos los demás habitantes de la colonia, se veían obligadas bajar a un río con aguas de dudosa calidad para acarrear el líquido hasta sus hogares, debiendo subir una pendiente escarpada. Una fuente menos peligrosa, pero con problemas de asequibilidad, eran las pipas privadas con precios elevados, difíciles de pagar por personas con empleos informales. En la primera fase del proceso de litigio, el Juzgado Segundo de Distrito del Décimo Octavo Circuito,⁵² recurrió a la OG 15 para reconocer por primera ocasión en el país, antes de la reforma al artículo 4º constitucional del 12 de febrero de 2012, que el derecho humano al agua estaba implícitamente reconocido en el ordenamiento jurídico mexicano. Sin embargo, en ese mismo fallo decidió que al no haber demostrado la quejosa la propiedad de la vivienda en la que habitaba, no podía decidir sobre la violación del derecho.⁵³ En otro amparo presentado de manera paralela al anterior⁵⁴ se decretó el sobreseimiento frente a lo cual se presentó un recurso de revisión ante Tribunales Colegiados,⁵⁵ cuya sentencia se dictó poco tiempo después de que se hubiera agregado el párrafo sexto al artículo 4º constitucional para reconocer el derecho humano al agua en México. En dicha sentencia, además de reconocer el derecho, el Tribunal Colegiado, obliga al organismo municipal del

⁵¹ Cf., Suprema Corte de Israel, caso C.A. 9535/06, *Abdullah Abu Musaâ (et al.) vs. The Water Commissioner and the Israel Lands Administration*.

⁵² V., Juzgado Segundo de Distrito del Décimo Octavo Circuito, Sentencia recaída en el Amparo Indirecto 1967/2010.

⁵³ Lo anterior constituyó toda una sorpresa para los litigantes en tanto que el Juez estaba condicionando el ejercicio de un derecho fundamental, del que son titulares todas las personas, al hecho de ser propietario.

⁵⁴ V., Juzgado Cuarto de Distrito del Décimo Octavo Circuito, Sentencia recaída en el Amparo Indirecto 1922/2010.

⁵⁵ V., Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Octavo Circuito, Expediente 381/2011.

agua a tomar las medidas oportunas para dotar de agua a la quejosa, estableciendo medidas concretas y advirtiendo que no podía alegarse falta de recursos para evadir el cumplimiento.⁵⁶ Las autoridades cumplieron parcialmente la decisión judicial, otorgando agua a la quejosa sólo durante cuatro horas, una vez a la semana. A pesar de que ello no cumplía con el estándar de disponibilidad —flujo suficiente y constante—, el Juzgado Cuarto de Distrito dio por cumplida la sentencia. Frente a ello se presentó un recurso de inconformidad que fue atraído por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación,⁵⁷ quien analizó por primera ocasión un caso relativo al derecho humano al agua, resolviendo que

[...] para tener por cumplido el fallo protector no basta con acreditar que existe una toma de agua en el domicilio de la quejosa, pues con ello se llegaría al extremo de considerar cumplimentado el derecho al agua de las personas, únicamente con proveer un minuto de agua a la semana el vital líquido.

De acuerdo con la sentencia de la Corte, el Juzgado debió analizar con exhaustividad las constancias para poder determinar si la distribución del agua se hacía de manera equitativa y apegada a las directrices de la Organización Mundial de la salud.⁵⁸

Además de avanzar en el reconocimiento del derecho humano al agua dentro de ordenamientos jurídicos en los que no se ha establecido a nivel constitucional, o de haber contribuido al proceso de constitucionalización del derecho, los tribunales también han dictado sentencias a través de las cuales se ha avanzado en la determinación del contenido del derecho en relación con los factores de disponibilidad, calidad, acceso y no discriminación, y han establecido criterios relevantes en torno a los deberes tanto de los Estados como de las empresas privadas prestadoras de los servicios públicos de agua potable.

⁵⁶ Una exposición detallada de todo el proceso de litigio y de las resoluciones que se obtuvieron, incluyendo una sentencia de la Primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, V, Emanuelli, “Ampliación Tres de Mayo: un barrio construido por sus pobladores abre camino a la justiciabilidad del derecho humano al agua y al saneamiento” en Del Pozo, Martínez, *Caminos desde abajo: organización social y usos del derecho en la defensa del territorio en México*.

⁵⁷ V., SCJN, Sentencia recaída en el Recurso de Inconformidad 49/2014.

⁵⁸ Cf., Emanuelli, *op. cit.*, p. 323.

2. Garantizando la disponibilidad

El 24 de mayo de 2008 ocurrió un fuerte temblor en el Departamento de Meta, Colombia, que destruyó el pozo del cual se abastecía la población indígena Achagua y provocó la quema de la bomba de agua con la que se surtía del líquido al Pueblo Indígena Piapoco. Para resolver la emergencia las comunidades exigieron reunirse con el Alcalde de Puerto López, quien se comprometió a proveer una solución definitiva al problema y de manera transitoria suministrarles agua mediante pipas. Sin embargo, pasados 45 días, se suspendió el servicio de suministro de agua con carros tanques, sin ningún avance en cuanto a la solución definitiva. Esa situación obligó a los integrantes del Pueblo Achagua a abastecerse de una fuente de agua —caño humapo— sin condiciones de salubridad: la fuente era utilizada por el ganado para beber agua y los pobladores la usaban para bañarse y lavar la ropa. Frente a ello, la comunidad decidió iniciar diversos procesos jurisdiccionales que en última instancia fueron abordados por la Corte Constitucional a través de un proceso de tutela. En la Sentencia T-143 de 2010, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia determinó que existía una vulneración al componente *disponibilidad* del derecho humano al agua, en tanto la Administración Municipal del Departamento de Meta no llevó a cabo las acciones necesarias y por el tiempo suficiente, para superar la emergencia de acceso al agua, causada por el temblor ocurrido. Frente ello la Corte ordenó al Alcalde del Municipio de Puerto López y al Gobernador del Meta que en el término de las cuarenta y ocho brindaran a los miembros de los Pueblos Indígenas Achagua y Piapoco cantidades de agua potable suficientes para satisfacer las necesidades de consumo diario. Asimismo, ordenó que en el curso de dos meses a partir de la notificación, adoptaran un plan real y concreto a través del cual se pudiera identificar las circunstancias de tiempo, modo y lugar del proyecto de política pública para resolver la situación de forma definitiva. En tercer lugar, la sentencia ordenó a las autoridades mencionadas adoptar las medidas necesarias para garantizar la participación real y efectiva de los Pueblos Indígenas Achagua y Piapoco en la elaboración, implementación y evaluación de la política pública diseñada para solucionar de forma definitiva la emergencia por la cual atravesaban por la escasez de agua potable.

3. La protección del factor calidad

Un caso relevante y precursor sobre el tema de la contaminación de las aguas es el de la Comunidad Paynemil, en la provincia de Neuquén en Argentina.⁵⁹ En este caso la Defensora Oficial de Menores de la Provincia de Neuquén, interpuso una acción de amparo para defender a jóvenes y niños, pertenecientes a la comunidad indígena Mapuche, afectados por el consumo de agua contaminada con plomo y mercurio. A través del amparo se exigió a las autoridades dotar de agua suficiente y de calidad a la población, así como realizar diagnósticos médicos y tratamiento a quienes hubieran sufrido enfermedades producto de la contaminación. El fallo fue apelado ante la Sala II de la Cámara de Apelaciones de Neuquén, la cual no sólo confirmó la sentencia de la primera instancia, sino que obligó al Ejecutivo provincial, en un plazo de 45 días, a dotar a cada persona con 250 litros de agua potable al día; a emprender las acciones, en un plazo de 7 días, para determinar si existían daños a la salud por contaminación y, en caso de verificarlo, a iniciar los tratamientos médicos correspondientes. Debido al cumplimiento parcial de la sentencia, el caso se llevó ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, quien celebró un acuerdo con el Estado Argentino para que este emprendiera las medidas necesarias para tratar a los niños afectados, y se permitiera a las propias comunidades Mapuches monitorear las plantas de tratamiento de agua que debían construirse para sanear las aguas.⁶⁰

La Sentencia T-410 de 2003 de la Corte Constitucional Colombiana determinó que se estaba vulnerando el factor calidad del derecho humano al agua, debido a que la Empresa de Servicios Públicos de Versalles, Departamento del Valle del Cauca, no llevaba a cabo ningún tipo de tratamiento para el agua de consumo doméstico, además de no efectuar labores de mantenimiento y limpieza de los tanques de almacenamiento —lo que hacía que el agua que llegaba a la población no cumpliera con las características de ser potable—.

⁵⁹ V., Cámara de Apelaciones en lo Civil de Neuquén, *Menores Comunidad Panyemil*.

⁶⁰ V., Falaschi, Osés, CIDH: *La causa Núm. 12.010. Comunidades Mapuche, Paynemil y Kaxipayiñ, Neuquén, Argentina*. Disponible en: <http://www.escri-net.org/es/docs/i/400620>

La Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires, Argentina, resolvió el 30 de octubre de 2008 el expediente 5 84-08 que se inició con una demanda interpuesta contra la empresa Aguas Bonaerenses S.A, pretendiendo que esta última diera cumplimiento a las normas del Código Alimentario Nacional relativas a la potabilidad del agua de la red de la ciudad de Lincoln. Los actores solicitaron como medida cautelar el suministro de agua de uso domiciliario a través de bidones con los que se pudiera garantizar la calidad del líquido. Aunque la medida cautelar fue rechazada en primera instancia, fue concedida en segunda instancia. Por lo que toca al centro de la demanda, esta fue declarada inadmisibile en primera instancia por considerar que la vía de amparo utilizada por los demandantes no era la apropiada. Después de pasar por la Cámara de Apelaciones —que se declaró incompetente—, la causa llega a la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, quien se declaró competente revocando el fallo apelado —argumentando que la acción de amparo resultaba admisible— y reenviando las actuaciones a la primera instancia. Esta última resolvió, en defensa del interés colectivo de la población de Lincoln, ordenar a la empresa Aguas Bonaerenses S.A realizar los trabajos para adecuar la calidad y potabilidad del agua de uso domiciliario en Lincoln a los parámetros establecidos por el Código Alimentario Argentino en un plazo de 180 días, y en tanto ello se cumplía, suministrar de forma gratuita agua potable a toda persona o entidad con domicilio en la Ciudad de Lincoln que lo requiriera formalmente en las oficinas de la empresa siempre que dicha agua se destinara a personas menores de 3 años o mayores de 70.

Otro caso relevante sobre calidad del agua fue resuelto por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, a través de la Sentencia no. 09040. En octubre de 2007, un conjunto amplio de personas de las comunidades de Cairo, La Francia y Luisiana, ubicadas en el Cantón de Siquirres, presentaron un recurso de amparo para denunciar que el Ministerio de Salud había otorgado un permiso sanitario de funcionamiento a la empresa Hacienda Ojo de Agua, quien emprendió una plantación de piña en 20 hectáreas que posteriormente se expandió a 300. Dicha plantación se encontraba sobre el acuífero que nutría el acueducto de El Cairo y Luisiana y era permanentemente fumigada con agrotóxicos —bromacil— que contaminaban los flujos superficiales y subterráneos de agua, obligando a las personas a consumir agua contaminada con productos clasificados

como probablemente cancerígenos, superando los límites establecidos por las normas. Todo lo anterior fue demostrado con estudios e información científica, probando que las personas de las comunidades habían estado expuestas a los peligros potenciales del efecto de dichas sustancias por cerca de 7 años —debido a lo cual presentaban una frecuencia persistente de enfermedades tales como pérdida de visión, mareos, vómitos, pérdida de pelo, diarreas, frecuencia de abortos con alta incidencia de malformaciones mutagénicas y muertes extrañas sin diagnóstico claro—. Frente a la evidencia, la Sala Constitucional ordenó a las autoridades tomar las acciones que correspondan para eliminar la causa de la contaminación y sanear las referidas fuentes de agua.⁶¹

4. Garantizando el acceso físico al agua potable

Un caso emblemático relativo a la accesibilidad física del derecho humano al agua es *Mosetlhanyane y otros vs. Procurador General del Estado de Botswana*.⁶² Los hechos del caso se relacionan con la empresa minera Beers, que en 1985 perforó un pozo de agua dentro de la reserva de caza Kalahari. Parte de esa agua fue utilizada para proveer del líquido a asentamientos humanos ubicados dentro de la Reserva. Años más adelante, el gobierno desalojó a la Comunidad Basarwa de la reserva por considerar que su desarrollo no era compatible con la flora y la fauna del lugar. El pozo fue desmantelado más adelante con el objetivo de evitar que la comunidad regresara a sus tierras, siendo la única fuente de abastecimiento de agua en 40 kilómetros a la redonda. La comunidad presentó un recurso contra el gobierno para poder acceder al agua. Dado que en un caso anterior⁶³ ya se había reconocido que el desalojo emprendido por el gobierno era inconstitucional y los Basarwa ocupantes legales de la reserva, en este caso la Corte de Botswana afirmó que la comunidad tiene el derecho de utilizar los pozos de agua ya existentes para acceder al agua de uso doméstico. La Corte fundó parte de su decisión a un

⁶¹ V., Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sentencia Núm. 2009-009040.

⁶² V., Corte de Apelación de la República de Botswana, caso *Matsipane Mosetlhanyane and Ors v The Attorney General*.

⁶³ Tribunal Superior de Botswana, caso *Sesana and Others v Attorney General*.

Informe del Comité DESC y a la Resolución 64/292 de la Asamblea de la ONU para afirmar que el agua es un derecho humano, que frente a ese derecho los estados tienen la obligación de prevenir la invasión y contaminación de las tierras de los pueblos indígenas, y que estos últimos tienen el derecho a controlar su acceso al agua.

V. Conclusiones

Durante las últimas décadas, los derechos sociales han adquirido el máximo rango y la máxima fuerza jurídica,⁶⁴ al igual que todos los demás derechos humanos reconocidos en las constituciones y en el derecho internacional de los derechos humanos. Los avances teóricos y dogmáticos en la materia han logrado construir un consenso sobre el carácter vinculante de sus contenidos, así como sobre el tipo de las obligaciones —legales generales y legales específicas— que derivan de ellos hacia todas las autoridades del Estado.

El derecho humano al agua no es la excepción en dichas discusiones. Durante las primeras dos décadas del siglo XXI, el avance progresivo de su reconocimiento constitucional en el derecho comparado, así como el desarrollo de los estándares internacionales que han ido construyendo diversos organismos especializados en la materia, han creado un *corpus iuris* lo suficientemente sólido para que el contenido esencial del derecho pueda ser reclamado en sede judicial.

Ha sido con base en dichos estándares que diversos tribunales estatales e internacionales —incluyendo a tribunales federales en México— han ido avanzando criterios y sentencias a través de las cuales se obliga a las autoridades a respetar, proteger y garantizar tanto la disponibilidad del agua, como su accesibilidad —física y económica— y su calidad. La riqueza que hoy existe en el debate jurisprudencial comparado sobre la materia es más que suficiente para que en futuros casos que sean judicializados, los tribunales encuentren orientaciones relevantes para seguir avanzando en la clarificación del contenido del derecho al agua y el alcance de las obligaciones estatales.

⁶⁴ Alexy, *op. cit.*, pp. 33-35.

En todo caso, a pesar de los avances, aún quedan enormes retos por enfrentar como es el hecho de que muchas de las violaciones sistemáticas del derecho humano al agua se deben a la desigualdad en las relaciones de poder y a patrones estructurales de discriminación. Así lo subrayó la Relatora Especial sobre el Derecho Humano al Agua Potable en su informe de 2014 ante el Consejo de Derechos Humanos:

Las violaciones de los derechos humanos al agua y al saneamiento suelen ser complejas y estar interrelacionadas. Por ejemplo, las víctimas del incumplimiento de la obligación de respetar los derechos, como los habitantes de los asentamientos irregulares, suelen estar en una situación precaria debido al incumplimiento de la obligación de hacer efectivos los derechos. Muchas violaciones obedecen en última instancia a la desigualdad en las relaciones de poder y a los patrones sistémicos de discriminación. [...] En consecuencia, hacen falta remedios transformadores que permitan no solo subsanar las violaciones directas sino también las condiciones estructurales subyacentes, para poder remediar de modo integral las violaciones estructurales y sistémicas. Ejemplo de tales remedios transformadores son las órdenes judiciales de intervención estructural participativa que exigen al Estado adoptar un plan para subsanar una violación estructural con la participación significativa de los interesados e informar al tribunal sobre las medidas adoptadas. Ello permite a los tribunales supervisar los progresos realizados y dictar órdenes suplementarias para asegurarse de que tanto el proceso como sus resultados sean compatibles con los derechos al agua y al saneamiento.⁶⁵

Bibliografía

Libros

Abramovich, Víctor y Curtis Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.

⁶⁵ ONU, Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial sobre el Derecho Humano al Agua Potable y el Saneamiento 2014, párrs. 77 y 78.

Alexy, Robert, “Los derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático” en Carbonell, M. (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003.

Courtis, Christian, *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires, 2006.

Emanuelli, Silvia, “Ampliación Tres de Mayo: un barrio construido por sus pobladores abre camino a la justiciabilidad del derecho humano al agua y al saneamiento” en Del Pozo, E. y Martínez, J. C., *Caminos desde abajo: organización social y usos del derecho en la defensa del territorio en México*, Gedisa, Barcelona, 2019.

García, Aniza, *El Derecho Humano al Agua*, Trotta, Madrid, 2008.

Holmes, Stephen y Sunstein, Cass R., *El costo de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011.

Langford, Malcolm y King, Jeff, “Comité de derechos económicos, sociales y culturales: pasado, presente y futuro” en Langford, M. (ed.) *Teoría y jurisprudencia de los derechos sociales. Tendencias emergentes en el derecho internacional y comparado*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2013.

Revistas

Gómez Arias, Wilfrido y Moctezuma, Andrea. “Los millonarios del agua. Una aproximación al acaparamiento del agua en México.” *Revista Argumentos*, Universidad Autónoma Metropolitana, Año 33, Núm. 93, México, 2020. pp. 17-38.

Fernández de Castro, Hugo. “El derecho fundamental al agua potable: jurisprudencia constitucional en Costa Rica y Colombia.” *Revista Jurídica IUS Doctrina*, Universidad de Costa Rica, Vol. 11 Núm. 1, 2018.

Gutiérrez, Rodrigo. “El derecho fundamental al agua en México; un instrumento de protección para las personas y los ecosistemas.” *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Núm. 18, 2016.

Moura Do Carmo, Valter, y Maia Melo, Álisson. “El reconocimiento de los derechos humanos al agua y al saneamiento básico por las Naciones Unidas.” *Summa Iuris*, Vol. 7, Núm. 1, 2019.

Jurisprudencia y normas

Comisión Internacional de Juristas, Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Maastricht. *Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1997.*

_____, *Principios de Limburgo sobre la aplicación de Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1987.*

Consejo de Derechos Humanos, Resolución 27/7, *El derecho humano al agua potable y el saneamiento*, 2014.

_____, Resolución 24/18, *El derecho humano al agua potable y el saneamiento*, 2013.

_____, Resolución 15/9, *Los Derechos humanos y el acceso al agua potable y al saneamiento*, 2010.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-578/92, 03/11/1992, sentencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero.

_____, Sentencia T-140/94, 23/03/1994, sentencia del Magistrado Vladimiro Naranjo Mesa.

_____, Sentencia T-207/95, 12/05/1995, sentencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero.

_____, Sentencia T-616/10, 05/08/2010, sentencia del Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva.

_____, Sentencia T-179/13, 02/04/2013, sentencia del Magistrado Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte de Apelación de la República de Botswana, *Matsipane Moseilhanyane and Ors v The Attorney General*. Apelación Civil núm. CACLB-074-10, 27/01/2011, sentencia del ponente Ramodibedi, JA.

Corte IDH, Caso de las *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Indígena Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) v. Argentina* (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 6 de febrero de 2020.

ONU, Asamblea General, Resolución 64/292. El derecho humano al agua y el saneamiento.

_____, Asamblea General, Resolución 68/157. El derecho humano al agua potable y el saneamiento.

PJF, Juzgado Segundo de Distrito del Décimo Octavo Circuito, Amparo Indirecto 1967/2010, Juez José Leovigildo Martínez Hidalgo, México, 2011.

_____, Juzgado Cuarto de Distrito del Décimo Octavo Circuito, Amparo Indirecto 1922/2010, México, 2011.

_____, Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Octavo Circuito, Amparo en Revisión 381/2011, México, 2012.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, sentencia Núm. 2009-009040, 29/05/2009, juez redactor Luis Paulino Mora Mora.

_____, sentencia Núm. 2009-02304, 13/02/2009, juez redactor Gilbert Armijo Sancho.

_____, sentencia Núm. 2008-017620, 5/12/2008, juez redactor Presidente.

_____, sentencia Núm. 2005-14523, 21/10/2005, juez redactor Luis Paulino Mora Mora.

_____, sentencia Núm. 2003-04654, 27/05/2003.

_____, sentencia Núm. 1996-1108, 5/03/1996.

SCJN, Primera Sala, Recurso de Inconformidad 49/2014, ponente: Ministro José Ramón Cossío Díaz, México, 2014.

Suprema Corte de Israel, caso CA 9535/06, *Abadallah Abu Massad and Others v. Water Commissioner and Israel Lands Administration*, 06/06/2011, ponente: Adalah.

Tribunal Superior de Botswana, *Sesana and Others vs Attorney General*, (52/2002) [2006] BWHC 1 (13/12/2006), ponente: Dibotelo, J.

Otros

Comité DESC, Observación General Núm. 15, El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

_____, Observación General Núm. 3, La índole de las Obligaciones de los Estados Partes.

CONAGUA, SEMARNAT, *Estadísticas del Agua en México*, México, CONAGUA/SEMARNAT, 2013.

Falaschi, Carlos y Osés, Nara, *CIDH: La causa Núm. 12.010. Comunidades Mapuche Paynemil y Kaxipayiñ, Neuquén, Argentina*. Disponible en <http://www.escri-net.org/es/docs/i/400620>

ONU, Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial sobre el Derecho Humano al Agua Potable y el Saneamiento, 11 de julio de 2013.

Apuntes sobre el sentido y alcance del derecho a un nivel de vida adecuado

Dorothy Estrada Tanck*

* Doctora en Derecho por el Instituto Universitario Europeo de Florencia. Profesora de Derecho Internacional Público en la Universidad de Murcia, España. Miembro de Grupo de Trabajo de Naciones Unidas sobre la Discriminación contra las Mujeres y las Niñas.

Apuntes sobre el sentido y alcance del derecho a un nivel de vida adecuado.

I. Introducción; II. El derecho a un nivel de vida adecuado como parte de los DESCAs; III. Contenido del derecho a un nivel de vida adecuado; IV. Aplicabilidad práctica: jurisprudencia y estándares normativos e interpretativos; V. Algunas reflexiones finales.

I. Introducción

Desde la fundación de las Naciones Unidas —ONU—, la Carta de la ONU de 1945 expresaba ya en su Preámbulo el compromiso de los Estados Parte, entre ellos México, de “promover el progreso social y elevar *el nivel de vida* dentro de un concepto más amplio de la libertad”. Tradicionalmente el *nivel de vida*, en cuanto a su relación con los derechos humanos, se ha asociado con los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales —DESCA—, como elementos esenciales de las condiciones colectivas para que las personas disfruten de un nivel de vida digno. Los DESCAs conforman una serie de derechos relacionados con el amplio concepto de *nivel de vida* en su dimensión socioeconómica y, en particular, con el “derecho a un nivel de vida adecuado”.

El derecho a un nivel de vida adecuado está contemplado explícita o implícitamente en la Declaración Universal de Derechos Humanos —DUDH— y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —PIDESC—, así como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos —CADH— y el Protocolo Adicional a la CADH en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —Protocolo de San Salvador—, todos ellos instrumentos internacionales jurídicamente vinculantes para México. Asimismo, los elementos centrales del derecho a un nivel de vida adecuado se comprenden también en el resto de

los principales tratados y estándares internacionales, tanto en el sistema universal como en el sistema interamericano de derechos humanos, conformando un *corpus iuris* que sirve de base y guía para la interpretación y modos de aplicación concreta de este derecho.

Si bien la Constitución mexicana de 1917 fue pionera en reconocer derechos sociales —considérese el artículo 3º sobre derecho a la educación, el 27 sobre propiedad de la tierra, y el 123 sobre derechos de los trabajadores—, la Constitución no incluye expresamente el derecho a un nivel de vida adecuado. Su reconocimiento se infiere del artículo 4 de la Constitución que contempla los derechos a la alimentación, al agua y a la vivienda; la obligatoriedad del derecho a un nivel de vida adecuado se deriva también de la pertenencia de México a los tratados internacionales de derechos humanos y del respaldo a estos tratados vía el artículo 1º Constitucional.

De modo general, puede afirmarse que el derecho a un nivel de vida adecuado incluye la alimentación, el agua potable y el saneamiento, el vestido y la vivienda adecuados y una mejora continua de las condiciones de vida de las personas.

Este derecho se relaciona de manera directa con las situaciones de pobreza y desigualdad socioeconómica que viven millones de personas en el mundo y, notoriamente, en nuestra región de América Latina. Pensemos además en las circunstancias actuales de la pandemia del COVID-19. Si bien el coronavirus puede afectar a todas las personas, independientemente de nacionalidad, raza, grupo étnico, religión, idioma, género, o cualquier otra condición, la pandemia también ha exhibido en toda su crudeza la desigualdad no sólo en el acceso a la salud en muchas partes del mundo, sino también la desigualdad socioeconómica en su sentido más amplio. En ese sentido, “es un virus ‘democrático’ pero que profundiza las desigualdades”.¹ En efecto, la pandemia y la crisis que comporta impactan más gravemente a las personas en situación de pobreza, como se ha revelado al considerar el número de personas sin vivienda —o sin una vivienda adecuada— y sin

¹ Bohoslavsky, *COVID-19 y derechos humanos: La pandemia de la desigualdad*, p. 134.

agua y, por tanto, en condiciones de difícil o imposible confinamiento y lavado de manos, como se ha exigido o recomendado en gran parte del mundo.

Por lo tanto, abordar la extrema pobreza y la desigualdad socioeconómica, entre otras vías, mediante la exigibilidad judicial de los derechos humanos y, en particular, del derecho a un nivel de vida adecuado, no podría ser más oportuno. Las cifras del Banco Mundial —BM— indican que, durante casi 25 años, la pobreza extrema —entendida por el BM como las personas que viven por debajo de 1,90 dólares al día— estaba disminuyendo constantemente. Ahora, por primera vez en una generación, la lucha para poner fin a la pobreza ha sufrido su peor regresión. La pobreza extrema mundial aumentó en 2020 por primera vez en más de 20 años, ya que la perturbación que significó la pandemia del COVID-19 se suma a las fuerzas de los conflictos y el cambio climático, que de por sí estaban frenando la reducción de la pobreza.² El informe del BM también concluye que, como resultado de la pandemia, la desigualdad aumentará y se profundizará, —lo que hará que las personas que ya viven en situación de pobreza y en condiciones de vulnerabilidad no puedan recuperarse de la crisis—, y disminuirá la capacidad de recuperación y resiliencia ante futuros choques.³ América Latina y el Caribe son las regiones en desarrollo más afectadas por la pandemia. Lo anterior se suma a los enormes retos que ya se enfrentaban en dichas regiones donde se sufre la mayor desigualdad en términos de distribución del ingreso.⁴ Si bien todas las personas están enfrentando dificultades sin precedentes, las mujeres están soportando el peso mayor de los efectos socioeconómicos de la COVID-19. Especialmente en América Latina, la pandemia ha magnificado la injusta división sexual del trabajo y organización social del cuidado que implicó un retroceso de una década en términos de inclusión laboral de las mujeres jóvenes y en trabajos informales.⁵

Con este telón de fondo, este capítulo analiza el sentido, alcance y aplicabilidad práctica del derecho a un nivel de vida adecuado. En la sección II, se aborda el

² V., Banco Mundial, 'Poverty'. Disponible en <https://www.worldbank.org/en/topic/poverty>

³ The World Bank, "Poverty and Shared Prosperity 2020: Reversals of Fortune", pp. 2, 4, 5 y 8.

⁴ CEPAL, *Panorama Social de América Latina 2016*, (LC/PUB.2017/12-P), p. 47, y CEPAL, *Panorama Social de América Latina 2020*, presentación. Disponible en <https://www.cepal.org/files/presentation/files>

⁵ *Ibidem*.

derecho al nivel de vida adecuado como parte de los DESCAs y, como tal, las obligaciones que conlleva. En la sección III se aborda el concepto y contenido más detallado del *nivel de vida adecuado* como derecho. En esta sección se observa que este derecho puede plantearse en realidad como una especie de derecho-síntesis o *derecho paraguas*, más que como un derecho autónomo. En efecto, como se estudiará en la sección IV de este capítulo, el Comité de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales —Comité DESC—, órgano intérprete y supervisor del cumplimiento del PIDESC, ha articulado este derecho como una puerta de entrada para derivar otros derechos —como los derechos a la alimentación, a la vivienda y al agua— más que como un derecho en sí mismo. En esta sección, la aplicabilidad del derecho a un nivel de vida adecuado se conecta también con las interpretaciones jurisprudenciales del sistema interamericano de derechos humanos sobre vida digna y violación a la igual protección de la ley por razón de pobreza, así como con la labor interpretativa de los órganos judiciales y la Suprema Corte de Justicia de la Nación —SCJN— en México, —la cual en años recientes ha creado nuevas posibilidades de desarrollo y justiciabilidad de este derecho que, como se presenta en las reflexiones de la sección V, aun siendo evolutivo y cultural, se asocia íntimamente con el principio universal de dignidad humana—.

II. El derecho a un nivel de vida adecuado como parte de los DESCAs

El primer punto relevante por abordar sobre el derecho a un nivel de vida adecuado es que, como se ha referido, este derecho se ubica dentro de los DESCAs. Cabe por lo tanto, reservar algunas palabras para comprender la naturaleza de este tipo de derechos y entonces poder abordar las obligaciones concretas que encierra el derecho en cuestión para los Estados —y otros actores—.

A este respecto, una afirmación crucial que nos sirve de punto de partida es que, como se observaba desde la DUDH de 1948 y se reiteró en la Declaración de Viena de 1993, “todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes”.¹⁰

Aun así, históricamente se han citado varias diferencias para distinguir la naturaleza jurídica dispar de los DESC y los derechos civiles y políticos. Algunos autores, sobre todo hasta los años noventa del siglo pasado, sugerían que los DESC no eran justiciables, no sólo porque no eran inmediatamente realizables, sino también siguiendo el argumento de que su aplicación requería fondos y recursos que las partes del PIDESC podían no poseer. Por lo tanto, la escasez de recursos se ha alegado por algunos Estados como un impedimento importante para el cumplimiento de los DESC, así como una justificación por parte de aquellos Estados que no estaban dispuestos a invertir dinero en servicios de bienestar social, —especialmente hacia las personas en situación de vulnerabilidad socioeconómica, marginación o indigencia—. ⁶

Sin embargo, como se destaca a lo largo de la presente obra, actualmente los DESC se encuentran en pie de igualdad con los derechos civiles y políticos, tanto a nivel conceptual como, en varias dimensiones de la práctica jurídica. De hecho, muchos de estos últimos derechos carecen de sentido sin los DESC. A modo de ejemplo, el derecho a la vida —derecho civil y político— depende en cierta medida de una alimentación y agua adecuados, de una vivienda digna y de la atención sanitaria. Igualmente, una educación integral —derecho socioeconómico— es una buena plataforma para el ejercicio informado de la libertad de expresión —derecho civil y político—. Hoy en día, los DESC no encierran obligaciones vagas, sino que en gran medida son susceptibles de medición cualitativa y cuantitativa. ⁷

El alcance de las obligaciones generales del Estado en relación con los DESC es claro. A este respecto, el órgano encargado de interpretar el Pacto, el Comité DESC de Naciones Unidas, ⁸ ha indicado que el Estado tiene, como mínimo, deberes

⁶ V., por ejemplo, Asbjorn Eide, “Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights”, en *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook*, Dordrecht-Boston, pp. 21-22; para analizar la justiciabilidad de los DESC y las obligaciones correlativas de los Estados. Sobre las ideas contrarias a o escépticas de la justiciabilidad de los derechos sociales, sobre todo en los años noventa, V., Cruz Parcerro, “Historia y porvenir de los derechos sociales en México”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, p. 46.

⁷ V., en este sentido Bantekas, Oette “Economic, social and cultural rights”, en *International Human Rights Law and Practice*, pp. 399-447.

⁸ El Comité se estableció en virtud de la resolución 1985/17 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas —ECOSOC—, de 28 de mayo de 1985, para llevar a cabo las funciones de vigilancia

respecto a estos derechos que son inmediatamente exigibles: i) la obligación de tomar medidas para aplicar todas las disposiciones del Pacto observando los principios de progresividad y no regresividad;⁹ y ii) la obligación de no discriminación en la aplicación e implementación de los derechos del Pacto.

El concepto del *continuum* de las obligaciones en materia de derechos humanos es particularmente útil para la realización práctica de los DESCAs, pues abarca una serie de obligaciones jurídicas, que van desde las negativas —abstención del Estado— hasta las positivas —acción del Estado— en relación con todos los derechos humanos. Por lo tanto, reafirma el carácter interdependiente de todos esos derechos: civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales.¹⁰ La propia SCJN acepta este *continuum* de obligaciones con base en la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011 y el reconocimiento del artículo 1º de los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de todos los derechos humanos. Así, la Suprema Corte afirma en tesis de jurisprudencia que el principio de progresividad irradia a la totalidad de los derechos humanos reconocidos por el Estado mexicano —y no sólo de los DESCAs—, lo cual se relaciona no solamente con la prohibición de regresividad del disfrute de los derechos fundamentales, sino también con la obligación positiva de promover los mismos de manera progresiva y gradual. Esto es, que el Estado tiene el mandato constitucional de “realizar todos los cambios y transformaciones necesarias en la estructura económica, social, política y cultural del país, de tal manera que se garantice que todas las personas puedan disfrutar de sus derechos humanos”.¹¹

A este respecto, y especialmente en el contexto actual de lucha contra el COVID-19 y los esfuerzos paralelos de recuperación económica en todo el mundo, cabe

asignadas al ECOSOC en la Parte IV del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en particular los artículos 16.1 y 16.2.a), 17.1, y 18-22.

⁹ Sobre estas dos obligaciones y principios, V., Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, Observación general Núm. 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (art. 2, párr. 1), párrs. 2 y 9; y la contribución de Christian Courtis en este mismo volumen.

¹⁰ V., Sepúlveda, *The nature of the obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, especialmente el capítulo V; y Koch, “Dichotomies, trichotomies or waves of duties?”, en *Human Rights Law Review*, Núm. 5/1, p. 81.

¹¹ SCJN, Tesis: 2a./J. 35/2019 (10a.), Libro 63, Tomo I, página 980, registro digital: 2019325.

recordar que los Estados tienen la obligación jurídica, según el artículo 2 del PIDESC, de utilizar el máximo de sus recursos disponibles para asegurar los derechos del Pacto, privilegiando a las personas y grupos más vulnerables y a quienes tienen necesidades más urgentes. A este respecto, no se puede presumir la diligencia del Estado en la adopción de esas medidas y más bien los Estados deben demostrar las acciones y políticas concretas que están tomando para dar prioridad a la protección de, por lo menos, el núcleo mínimo de esos derechos, incluso en tiempos de crisis o de limitaciones de recursos.¹²

También se puede subrayar que la falta de plena justiciabilidad de los DESC es en sí misma un riesgo para su pleno disfrute. En este sentido, el Comité DESC ya afirmaba desde 1998 que colocar la exigibilidad de los DESC dentro del alcance de los órganos judiciales “contribuye a la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad”.¹³

Sin embargo, gran parte de este riesgo ha sido superado por la adopción en 2008 y la entrada en vigor en 2013 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —PF-PIDESC—,¹⁴ y el reconocimiento de todos o algunos de los derechos del Pacto en varias constituciones del mundo —por ejemplo, Sudáfrica, India, Brasil, Argentina, Colombia, Reino Unido, Israel, Nepal, Egipto y Canadá—.¹⁵ El PF-PIDESC incluye un mecanismo de denuncia individual ante el Comité DESC de las violaciones de los DESC que los equipara al nivel de la justiciabilidad internacional de los derechos civiles y políticos, que ya contaban desde los años setentas con un mecanismo de comunicaciones individuales basado en el tratado internacional ‘hermano’, el Pacto In-

¹² V., PIDESC, párrafo 1 del artículo 2 y Comité DESC de la ONU, Observación General Núm. 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), párrs. 10-13. V., también Comité DESC, Observación General Núm. 9, La aplicación interna del Pacto, E/C.12/1998/24, sobre la carga de la prueba en relación con el deber de dar efecto al Pacto en el ordenamiento jurídico interno, párr. 3. 3.

¹³ *Idem*, párr. 2, 10.

¹⁴ Protocolo Facultativo del PIDESC, adoptado por la Asamblea General de la ONU, 10 de diciembre de 2008, AR/63/117, el cual entró en vigor el 5 de mayo de 2013.

¹⁵ V., por ejemplo, Liebenberg, “South Africa: Adjudicating Social Rights Under a Transformative Constitution”, en *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, en particular las pp. 82 a 95; y Cruz Parceró, *op. cit.*, pp. 48-49.

ternacional de Derechos Civiles y Políticos —PIDCP, adoptado al igual que el PIDESC en 1966, y ambos en vigor desde 1976—.

El Protocolo Facultativo incluye también el mecanismo de procedimiento de investigación que el Comité DESC puede iniciar cuando recibe información fiable sobre violaciones *graves o sistemáticas* por un Estado Parte —como se ve en el artículo 11—. Ese procedimiento puede ofrecer ventajas respecto de las comunicaciones individuales para abordar situaciones de violaciones estructurales de los DESC. La adopción del Protocolo y la inclusión de ambos mecanismos de aplicación, pusieron fin a una brecha histórica sobre la jerarquía entre los derechos y abrieron la puerta a una nueva etapa de la normatividad internacional de derechos humanos en la que todos los derechos gozan de igual condición jurídica y protección. Así pues, como se revela en la línea conceptual de la presente obra, no debemos quedarnos detenidos en el debate anticuado sobre la división entre diferentes “tipos” de derechos humanos y la pertinencia de los DESC, una discusión a todas luces superada en la actualidad.

Ciertamente, como hace notar Juan Antonio Cruz Parceró, los debates de hace algunos lustros apuntaban a una defensa conceptual de los derechos sociales y pugnan por su justiciabilidad; ahora la justiciabilidad ya es un hecho y lo que debe buscarse es analizarla y comprenderla. Como él lo plantea,

[A]hora también tenemos que volver la mirada a la dimensión política de los derechos sociales y comprender su relación con la justiciabilidad. Las razones históricas de este cambio conceptual y de movimiento, tanto académico como social, apenas comenzamos a descifrarlas. El cambio, sin duda, estuvo de la mano de una nueva concepción de los derechos humanos y del rol que comenzó a tener este discurso al nivel de ciertas instancias internacionales.¹⁶

¹⁶ *Idem*, p. 48. En una línea similar, V., Young, *The future of economic and social rights*. Disponible en <https://lawdigitalcommons.bc.edu/lfsp/1223/>, quien señala que el Comité DESC tradicionalmente había sostenido que los DESC eran ideológicamente neutros, esto es, en resumidas cuentas, que ‘daba igual’ capitalismo o socialismo. Pero en los últimos 10 o 15 años eso ha cambiado: el Comité ha argumentado que la obligación del art. 2.2. del PIDESC de progresividad y no-regresividad abre la puerta a discutir sobre los instrumentos específicos que tienden más o menos a la protección de los DESC, por ejemplo, permite analizar las decisiones sobre austeridad o fiscalidad en diferentes materias que producen impacto social.

La postura de México respecto del PF-PIDESC ha sido un tanto ambivalente. A pesar de que, en los primeros años de este siglo, México fue de los Estados promotores cardinales del PF-PIDESC en el seno del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas —el principal foro internacional donde se discutió y negoció su texto y adopción—, a la fecha de escribir el presente capítulo, México aún no se ha adherido a este instrumento, y ni siquiera ha realizado el primer paso de firmarlo. La Oficina en México del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos ha señalado que adherirse al PF-PIDESC sería una clara muestra del compromiso de México por robustecer la cooperación con los organismos internacionales de derechos humanos y por reforzar el régimen de protección internacional de los DESC frente a los retos que se enfrentan para garantizar, de forma igualitaria, el pleno goce de estos derechos en el país, y daría a las víctimas la posibilidad de denunciar las violaciones a sus DESC frente al organismo de Naciones Unidas especializado en la materia.¹⁷

Incluso sin ser México aún Estado Parte del PF-PIDESC, los estándares normativos desarrollados por el Comité DESC a través de su procedimiento de comunicaciones individuales, resultan de utilidad como guía para la aplicación práctica del derecho a un nivel de vida adecuado en México, en tanto que constituyen interpretaciones auténticas del PIDESC, —del cual México es Estado Parte desde 1981— y que por lo tanto, sirven de punto de referencia esencial para la mejor comprensión e implementación de dicho derecho.

III. Contenido del derecho a un nivel de vida adecuado

De acuerdo con el artículo 25.1 de la DUDH,

Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la

¹⁷ OACNUDH, “La ONU-DH exhorta al Estado mexicano a ratificar el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”. Disponible en <https://hchr.org.mx/comunicados/la-onu-dh-exhorta-al-estado-mexicano-a-ratificar-el-protocolo-facultativo-del-pacto-internacional-de-derechos-economicos-sociales-y-culturales/> Cf., también, Sandoval Terán, “Se acumulan exhortos al Estado mexicano para que se adhiera al Protocolo Facultativo del PIDESC”, en *Red DESC*.

vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

Así, puede observarse que en un inicio la DUDH de 1948 contemplaba ciertos derechos, como el derecho a la salud y el derecho a la seguridad social, como parte del derecho a un nivel de vida adecuado. Sin embargo, años más tarde con la adopción en 1966 del PIDESC, estos dos derechos adquirieron vida propia y se contemplaron en artículos separados como derechos en sí mismos: el derecho a la salud, en el artículo 12 del PIDESC y el derecho a la seguridad social en el artículo 9 del mismo instrumento, aunque ambos derechos se siguen relacionando cercanamente con el derecho a un nivel de vida adecuado en distintas legislaciones e interpretaciones judiciales, incluyendo la de la SCJN en México, como se verá en el siguiente apartado.

Así, el artículo 11.1 del PIDESC se dedica al derecho a un nivel de vida adecuado, retomando algunos de los elementos esenciales de la definición de la DUDH, dejando fuera a la salud y la seguridad social, e incorporando la dimensión de la cooperación internacional como medida relevante para la realización de este derecho, al establecer que:

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

Como se mencionaba al inicio del capítulo, el derecho a un nivel de vida adecuado se trata de una especie de derecho-síntesis o meta-derecho, más que un derecho autónomo como otros derechos humanos —libertad de expresión, educación o salud, por ejemplo, para los cuales se reservó un artículo específico en el PIDCP o en el PIDESC—. Entonces, podemos concluir que el derecho a un nivel de vida

adecuado en realidad resume el sentido del PIDESC a manera de *derecho paraguas* que cruza de modo transversal todos los derechos en él contenidos. El Comité DESC de la ONU, por ejemplo, lo ha abordado más que como si tratara de un derecho en sí mismo, como un medio para desarrollar o contextualizar otros derechos —como el derecho a la alimentación o a la vivienda—, o bien, para derivar otros derechos, como el derecho al agua, —que no se menciona expresamente en el PIDESC, y que inició como aspecto del derecho a la alimentación para convertirse en este siglo en un derecho autónomo,¹⁸ como se reflejó también en las reformas constitucionales de 2011 y 2012 en México—. ¹⁹

Cabe enfatizar que cada uno de estos derechos, que son expresión y concreción del derecho a un nivel de vida adecuado, —los derechos a la alimentación, a la vivienda y al agua y al saneamiento— además de contar con la protección del Comité DESC, también se ven moldeados por los estándares interpretativos aportados por los Procedimientos Especiales creados a tal efecto por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU: a saber, la Relatoría Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, y sobre el derecho a la no discriminación en este contexto; la Relatoría Especial sobre el derecho a la alimentación; y la Relatoría Especial sobre los derechos humanos al agua potable y al saneamiento. Asimismo, como *Procedimiento Especial puente* de estos derechos, debe mencionarse la Relatoría Especial sobre Extrema Pobreza y Derechos Humanos. Aunque el estudio detallado de todos ellos excede

¹⁸ En 2002, el Comité DESC adoptó la Observación General Núm. 15 sobre el derecho al agua. El artículo I.1 establece que “El derecho humano al agua es indispensable para una vida humana digna”. El 28 de julio de 2010, a través de la Resolución 64/292, la Asamblea General de Naciones Unidas reconoció explícitamente el derecho humano al agua y al saneamiento, reafirmando que un agua potable limpia y el saneamiento son esenciales para la realización de todos los derechos humanos. Asimismo, por sus características distintivas, en 2015 el derecho humano al agua potable y el derecho humano al saneamiento fueron designados como derechos separados por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución A/RES/70/169. Para mayor análisis, V., Estrada Tanck, “Los derechos humanos al agua y al saneamiento: una visión desde el Derecho Internacional, Europeo y Español”, en *Anuario Español de Derecho Internacional*, pp. 229-268.

¹⁹ V., también, Comité DESC, Observación General Núm. 23 sobre el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, en la que el Comité vincula la idea de un salario mínimo con “unas condiciones de existencia dignas para los trabajadores y sus familias”, párr. 22.

el objeto del presente capítulo, debe entenderse que, para una comprensión integral del derecho a un nivel de vida adecuado, habría que tener en cuenta también los estándares normativos desarrollados por estos Procedimientos Especiales del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas en la labor interpretativa judicial.

En el ámbito regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Convención Americana o CADH— no incluye explícitamente el derecho a un nivel de vida adecuado. Aun así, puede entenderse comprendido en su artículo 26, que establece que:

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos... en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Por otro lado, el Protocolo de San Salvador también reafirma, desde su preámbulo, la cercana relación que existe entre la vigencia de los DESC y la de los derechos civiles y políticos, y reconoce en su artículo 12 uno de los tres derechos expresión del derecho a un nivel de vida adecuado, a saber, el derecho a la alimentación. Sin embargo, el artículo 19.6 del Protocolo dispone que sólo dos de los derechos reconocidos en el tratado —los derechos sindicales en el artículo 8.a y el derecho a la educación en el artículo 13— pueden dar lugar a la aplicación del sistema de comunicaciones individuales previsto por la CADH.

Aun así, como se verá en la siguiente sección, existen algunas líneas jurisprudenciales recientes y esperanzadoras que servirán para una nueva etapa de la comprensión e implementación de los DESC, y del derecho a un nivel de vida adecuado en la región. Asimismo, se creó una Relatoría sobre DESC por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que comenzó a ejercer sus funciones

en 2017,²⁰ y que corrobora el perfil más destacado y profundo que quiere darse a estos derechos en el sistema interamericano.

En el ámbito nacional, debe señalarse que aunque la Constitución mexicana no reconoce explícitamente el derecho a un nivel de vida adecuado, del artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se infiere un derecho fundamental de toda persona a disfrutar de un nivel de vida adecuado, pues se contempla el derecho de “toda familia [...] a disfrutar de una vivienda digna y decorosa” —párrafo séptimo, incluido en 1983—,²¹ el derecho de toda persona “a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad” —párrafo tercero, incluido en 2011—²² y el derecho al agua y al saneamiento —párrafo sexto, incluido en 2012—.²³ No obstante, el derecho a un nivel de vida adecuado, sí ha sido reconocido como tal judicialmente y, de acuerdo al criterio expuesto por la Primera Sala de la SCJN, tiene como característica distintiva “[...] la íntima relación que mantiene este con otros derechos fundamentales, tales como el derecho a la vida, alimentación, vestido, vivienda, educación y salud, pues es claro que para que una persona se encuentre en condiciones de alcanzar un determinado nivel de bienestar requiere que todas sus necesidades básicas se encuentren adecuadamente satisfechas.”²⁴

IV. Aplicabilidad práctica: jurisprudencia y estándares normativos e interpretativos

En esta sección, se proporciona a la lectora o lector el análisis de algunos casos y estándares paradigmáticos para una mejor comprensión del derecho a un nivel de vida adecuado.

²⁰ V., CIDH, Relatoría sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales. Disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/desca/mandato/origen.asp>

²¹ Adicionado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación —DOF— el 7 de febrero de 1983.

²² Adicionado mediante Decreto publicado en el DOF el 13 de octubre de 2011.

²³ Adicionado mediante Decreto publicado en el DOF el 8 de febrero de 2012.

²⁴ SCJN, Primera Sala, *tesis aislada 1a. XCVIII/2007*, Novena Época, Tomo XXV, página 793.

1. Estándares en Naciones Unidas: el Comité DESC y los Procedimientos Especiales

En cuanto a la competencia del Comité DESC de emitir Observaciones Generales que interpretan el sentido y alcance del PIDESC, es de hacerse notar que mientras el Comité ha formulado Observaciones Generales sobre los tres derechos reflejo del derecho a un nivel de vida adecuado, esto es, sobre el derecho a la alimentación, a la vivienda,²⁵ y al agua, no ha elaborado una Observación General dedicada exclusivamente al derecho a un nivel de vida adecuado. Ello parece indicar una postura más flexible y transversal sobre el entendimiento de este derecho, pero también invita a poder profundizar el contenido del mismo.

Como se apuntaba en la sección II, con la entrada en vigor del PF-PIDESC en 2013, se habilita un procedimiento de comunicaciones de individuos y grupos de individuos en relación con la violación de los DESC, similar al que existía en el PIDCP desde su adopción. También se instituye un procedimiento de investigación frente a violaciones graves o sistemáticas de esos derechos, análogos a aquellos procedimientos ejercidos por el Comité contra la Tortura o el Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer —un procedimiento aún sin utilizarse en el Comité DESC a la fecha de redacción del presente capítulo—.

La mayor parte de los dictámenes adoptados por el Comité DESC como resultado del procedimiento de comunicaciones individuales se refieren al derecho a la vivienda y se han resuelto en casos contra España, —algunos más contra Ecuador y contra Italia— siendo España uno de los Estados pioneros del PF-PIDESC en 2010 y el primer Estado Miembro de la Unión Europea en adherirse. Los siguientes casos que abordan principalmente el derecho a la vivienda, en correlación con los derechos de igualdad y no discriminación, produjeron algunas interpretaciones novedosas e ilustran, con claridad, el potencial del Comité DESC

²⁵ V., Comité DESC: Observación General Núm. 4: El derecho a una vivienda adecuada; Observación General Núm. 15 El derecho al agua; y Observación General Núm. 12 El derecho a una alimentación adecuada.

para desarrollar mayores criterios interpretativos sobre el derecho a un nivel de vida adecuado y los derechos en él comprendidos.

En el caso de *Mohamed Ben Djazia y Naouel Bellili (MBD y NB) vs España*, decidido en 2017, el Comité revisó el caso de los solicitantes y sus dos hijos menores —de uno y tres años—, de origen marroquí, quienes fueron desalojados del cuarto que rentaban en Madrid, después de que expiró su contrato privado de arrendamiento. MBD había solicitado vivienda social en repetidas ocasiones, durante 12 años, y se le había negado en cada ocasión. El Comité encontró una violación al derecho a una vivienda adecuada y concluyó que cualquier desalojo de inquilinos de un alojamiento de arrendamiento privado debería cumplir con el derecho a una vivienda adecuada, en especial en el contexto de vulnerabilidad, como este caso que involucraba a dos niños.²⁶

El Comité también señaló que los Estados deben de poder justificar las medidas más amplias que hayan tomado y que impacten el derecho a la vivienda, incluyendo en ese caso, la venta por parte de la Comunidad de Madrid de viviendas sociales existentes a fondos de inversión privados en medio de una severa crisis económica, lo cual dejó a las personas de bajos recursos sin opciones de acceder a una vivienda.²⁷ En otras palabras, el Comité cuestionó la política económica del Estado y revocó la carga probatoria: no era el solicitante quien debería probar la violación, sino el Estado quien debería probar su cumplimiento con el PIDESC.

Un rasgo interesante, no muy común entre los órganos de derechos humanos de la ONU, es que las reparaciones determinadas por el Comité en este caso, fue además de seguir la forma de reparación tradicional en cuanto a determinar la restitución —proporcionar o facilitar a los solicitantes una vivienda— y la indemnización —compensación económica—, el Comité también concluyó que España necesitaba adoptar *garantías de no repetición*, como forma de reparación general y que estas trascendieran la violación individual sufrida por los deman-

²⁶ Comité DESC, *Mohamed Ben Djazia y Naouel Bellili (MBD y NB) vs. España*, Dictamen aprobado por el Comité en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales respecto de la comunicación núm. 5/2015, E/C.12/61/D/5/2015.

²⁷ *Idem.*, párrs. 12.2, 13.2, 14.2, 17.5 y 17.6.

dantes y abordaran las condiciones estructurales nivel colectivo que permitieron que ocurriera dicha violación.²⁸

Asimismo, en *Maribel López Albán vs España*, decidido en octubre de 2019, el Comité revisó el caso de la Sra. López Albán, una ciudadana española de origen ecuatoriano, que vivía con sus seis hijos e hijas en un departamento de Madrid. Después de pagar regularmente la renta durante un año, la Sra. López Albán dejó de pagar cuando descubrió que el supuesto dueño era un estafador. La entidad financiera que realmente era propietaria del departamento la denunció por ocupación ilegal y, derivado de eso, se le negó la vivienda social. Finalmente, la familia fue desalojada sin facilitársele otra vivienda adecuada. Notablemente, el Comité en este caso reconoció cómo las normas de acceso a una vivienda social causaron “una estigmatización y una discriminación sistemática a aquellas personas viviendo en situación de pobreza.”²⁹

Estas decisiones se emitieron en un contexto de intensa movilización social por el derecho a la vivienda en España y algunas propuestas de reforma legislativa en la materia, tema interesante para México a nivel comparativo. Las posiciones del Comité DESC han desencadenado un debate jurídico en España respecto a la naturaleza jurídica de los dictámenes emitidos por órganos de supervisión de tratados de derechos humanos, como resultado del procedimiento de comunicaciones individuales. Especialmente habida cuenta de una sentencia de 2018 del Tribunal Supremo español que concluyó que un dictamen del Comité CEDAW —análogo a cualquier dictamen de órganos de tratados, incluyendo el Comité DESC—, gozaba de carácter jurídicamente vinculante.³⁰ También se discute la interrogante de si las medidas provisionales solicitadas por órganos de derechos humanos durante el proceso para evitar daños irreparables —por ejemplo, una

²⁸ *Idem.*, párr. 21.

²⁹ Comité DESC, *Maribel Viviana López Albán vs. España*, Dictamen adoptado por el Comité en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales respecto de la comunicación núm. 37/2018, E/C.12/66/D/37/2018, 29, párr. 10.1. El patrón de estas decisiones fue observado también en el caso de *El Goumari y otros*, también sobre derecho a la vivienda contra España, decidido por el Comité DESC el 18 de febrero de 2021.

³⁰ V., Gutiérrez Espada, “La aplicación en España de los dictámenes de comités internacionales: la STS 1263/2018, un importante punto de inflexión”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, pp. 836-851.

suspensión del desalojo—, son obligatorias o no bajo el ordenamiento jurídico interno.³¹

A nivel de Procedimientos Especiales, además de las Relatorías específicamente dedicadas a alimentación, agua y vivienda, —y que se estudian a detalle en distintos capítulos de la presente obra— puede subrayarse el impacto del género en las violaciones al derecho a un nivel de vida adecuado —como se ilustra en el segundo dictamen analizado del Comité DESC—, el cual se ha agudizado en el contexto del COVID-19, como se describe en la Introducción del presente capítulo. Basta referir aquí, a manera de ejemplo la labor combinada con otros Procedimientos Especiales: las recomendaciones concretas de los Estados por parte del *Grupo de Trabajo sobre Discriminación contra las Mujeres y las Niñas* en la materia. Entre ellas, la labor de “[r]evisar y ampliar significativamente los sistemas de protección social para tener en cuenta las necesidades y vulnerabilidades específicas de las mujeres, que incluyen, entre otras, la licencia por enfermedad remunerada, mayor apoyo para el cuidado de la niñez y de las personas mayores, subsidios de vivienda y alimentos”.³² Ello es una muestra de lo que pueden aportar los Procedimientos Especiales en situaciones particulares, los cuales sirven de guía para la política pública y la interpretación judicial del derecho a un nivel de vida adecuado, en paralelo a la actividad de los Comités de tratados, y Estándares regionales: sistema interamericano de derechos humanos

Este último es el sistema regional de derechos humanos del que forma parte México. Al respecto debe enfatizarse, como contexto general, el patrón iniciado con la sentencia del caso *Lagos del Campo vs. Perú*, de 2017, que marcó un cambio jurisprudencial en materia de justiciabilidad de los DESC, donde por primera vez al Corte Interamericana de Derechos Humanos —CIDH— determinó

³¹ V., el análisis en Benito Sánchez, “Los pronunciamientos del Comité DESC sobre derecho a la vivienda relativos a España. Respuestas jurisprudenciales y Legislativas”, *Lex Social. Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, pp. 579-603.

³² V., OACNUDH, *Declaración del Grupo de trabajo sobre la discriminación contra las mujeres y niñas*. Disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25808&LangID=S>

una violación autónoma y directa del artículo 26 de la Convención Americana por violaciones a derechos sociales protegidos por esta norma.³³

En relación concretamente con el derecho a un nivel de vida adecuado, probablemente el rasgo más destacable en el sistema interamericano es la interpretación sobre el derecho a la vida en el sentido de *vida digna*. Dicho concepto genera en el Estado obligaciones positivas que garanticen al menos las condiciones mínimas para esa vida con dignidad y autonomía. Por tanto, encontramos en esa interpretación novedosa una conexión directa con el derecho a un nivel de vida adecuado.

En esta línea jurisprudencial de casos, la Corte defiende el “derecho a la vida digna”, comprendida la vida en su acepción más integral que incorpora las condiciones socioeconómicas esenciales para vivir con dignidad. Esta interpretación expansiva del derecho a la vida englobando también los derechos sociales, se ha desarrollado a través de distintos casos ante la CIDH y representa una concepción evolutiva del derecho a la vida. Esta evolución interpretativa inicia con la sentencia seminal *Villagrán Morales vs. Guatemala*, de 1999, con la cual la CIDH comenzó a ampliar el significado del derecho a la vida —artículo 4 de la Convención Americana— para incluir ciertos DESC. En ese caso, conocido como el *Caso Niños de la Calle*, la Corte consideró a los niños como especialmente vulnerables, y calificó a los niños y niñas que viven en la calle como *niños en riesgo*, situación que obligaba al Estado a tomar medidas positivas para una protección reforzada en virtud de su obligación general de respetar los derechos —artículo 1.1. de la Convención Americana— en relación con el derecho a la vida y con los derechos de los niños, entre otros, incluyendo las condiciones mínimas de una existencia digna.³⁴ Así, la Corte ha constatado violaciones del artículo 4 cuando las personas o las comunidades —principalmente las comunidades indígenas o tradiciona-

³³ Para un análisis detallado, V., Serrano Guzmán, “Comentarios sobre el giro jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientes a la luz de seis sentencias emitidas entre 2017 y 2019”, en *Interamericanización de los DESC. El caso Cuscul Pivaral de la Corte IDH*, pp. 95-152.

³⁴ CIDH, *Villagrán Morales, et al. (“Niños de la Calle”) vs. Guatemala*, Sentencia, Serie C, Núm. 63, en especial, párrs. 191 y 79.

les— carecían de agua, nutrición, atención sanitaria, vivienda o educación adecuadas.³⁵

La CIDH ya había desarrollado el estudio de la extrema vulnerabilidad en su jurisprudencia.³⁶ Sólo que, en esta línea argumentativa en torno a la vida digna, la CIDH se ocupa abiertamente de la vulnerabilidad socioeconómica y proporciona criterios para evaluar los riesgos provocados por dicha vulnerabilidad y abordarlos desde el lente de los derechos humanos. Véase el ejemplo ilustrativo del caso de 2010 de la *Comunidad Xakmok Kásek c. el Paraguay*, en este existe un párrafo esclarecedor referido a la situación extrema de muerte de varios miembros de una comunidad indígena empobrecida, incluidos niños y niñas, en el que la Corte destacó que

el hecho de que el Estado preste actualmente ayuda de emergencia no lo exime de responsabilidad internacional por no haber adoptado en el pasado medidas para evitar que se *materialice el riesgo* de una violación del derecho a la vida. Por consiguiente, la Corte debe examinar cuáles de las muertes son atribuibles al Estado por no haber cumplido con su deber de prevenirlas.³⁷

Es preciso subrayar también el reciente caso de *Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus Familiares vs. Brasil*, resuelto en 2020, en el que la CIDH analiza explícitamente la pobreza como base de la discriminación, una dimensión que había sido abordada en casos previos,³⁸ pero yendo un paso más

³⁵ Para un análisis detallado de esta evolución y los casos concretos en los que se ha desarrollado, V., Antkowiak, “A ‘Dignified Life’ and the Resurgence of Social Rights”, en *Northwestern Journal of Human Rights*. Disponible en: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njihr/vol18/iss1/1>

³⁶ En efecto, casos como *Comunidad Moiwana vs. Surinam*, *Comunidad Plan de Sánchez vs. Guatemala*, *Mapiripán vs. Colombia e Ituango vs. Colombia*, *Barrios Altos vs. Perú* y *La Cantuta vs. Perú*, conforman todo un ciclo de jurisprudencia sobre masacres, que ilustra no sólo la vulnerabilidad ante la amenaza de muerte, sino incluso un estado agudo de indefensión.

³⁷ CIDH, *Comunidad Indígena Xakmok Kásek c. Paraguay*, párr. 227. V., también los casos similares de 2005 y 2006, respectivamente, de *Yakye Axa vs. Paraguay*, y *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*.

³⁸ V., p. Ej. el propio caso contra México de *Campo Algodonero* en el que se reconoce la situación de pobreza de las mujeres y niñas víctimas que eran “de origen humilde” como una condición que facilita, agrava y profundiza las violaciones sufridas, *González y otros (“Campo Algodonero”) vs. México*, párrs. 165-168; y de forma similar en un caso sobre violaciones en materia de salud sexual y reproductiva de una mujer, en *Caso I.V. vs. Bolivia*, Serie C Núm. 329, párrs. 317-323; y en el antecedente directo del caso *Fábrica de Fuegos, Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil*, Serie C No. 318, párrs. 25-27.

allá y por primera vez, considera que esa discriminación constituye una violación al artículo 24 de la CADH sobre igual protección de la ley. En este caso, la Corte revisó la situación de la explosión de una fábrica de fuegos ocurrida el 11 de diciembre de 1998, en la que murieron 64 personas y seis sobrevivieron, entre ellas 22 niños y niñas. La Corte dio peso a la situación de pobreza y vulnerabilidad socioeconómica en la que vivían las personas, de forma similar al Comité DESC de Naciones Unidas, situación que les orillaba a aceptar trabajos precarios, de alto riesgo e insuficientes medidas de seguridad como el de la fábrica de fuegos, aunado a la escasa o nula supervisión e inspección de las autoridades. En consecuencia, determinó que habían sufrido discriminación estructural e interseccional, esto es, producida por varias condiciones —raza, origen étnico, sexo, edad y estado de pobreza— que en combinación provocaron la discriminación sufrida. De forma novedosa, la CIDH concluyó que el Estado era responsable, entre otras violaciones, por la violación de la igual protección de la ley, a la prohibición de discriminación y al trabajo, contenidos en los artículos 24 y 26, en relación con el artículo 1.1 de la CADH, en perjuicio de las personas fallecidas y las sobrevivientes de la explosión.³⁹

Además de los casos de vida digna y de discriminación por razones socioeconómicas estructurales como violación a la igual protección de la ley, cabe mencionar una línea abierta a mayor exploración e investigación futura. Se trata de la posibilidad de determinación de violaciones a los derechos concretos comprendidos dentro del derecho a un nivel de vida adecuado, esto es, al derecho al agua, a la alimentación o a la vivienda, abordada recientemente de forma incipiente por la CIDH y abierta a mayor desarrollo.⁴⁰

2. Estándares nacionales: labor judicial y la SCJN

En el ámbito nacional, encontramos algunas resoluciones judiciales que abordan el derecho a un nivel de vida adecuado en su carácter de *derecho síntesis*, así como

³⁹ Cf., CIDH, *Caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus Familiares Vs. Brasil*.

⁴⁰ *Idem*, *Caso de las Comunidades Indígenas de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*. Serie C Núm. 400, donde se aborda y protege explícitamente el derecho a la alimentación.

otras que analizan algunos de los derechos comprendidos dentro del derecho a un nivel de vida adecuado, por ejemplo, el derecho a la vivienda. Se analizan en este apartado las más representativas y útiles a fin de profundizar en la comprensión del derecho en cuestión y ejemplificar su aplicabilidad práctica.

Ya desde 2007, la Primera Sala de la SCJN estableció, en la ejecutoria que dio origen a la *Tesis aislada 1a. XCVIII/2007*, que el objeto del derecho al mínimo vital abarca todas las medidas positivas o negativas imprescindibles para evitar que la persona se vea inconstitucionalmente reducida en su valor intrínseco como ser humano, por no contar con las condiciones materiales que le permitan llevar una existencia digna.⁴¹

Siguiendo la misma línea de razonamiento, el Noveno Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito determinó en 2015 que “[e]l derecho al mínimo vital se fundamenta en la dignidad humana, la solidaridad, la libertad, la igualdad material y el Estado social, al considerar que las personas, para gozar plenamente de su libertad, necesitan un mínimo de seguridad económica y de la satisfacción de sus necesidades básicas”, y que, por tanto, está dirigido a salvaguardar los derechos fundamentales de las personas físicas y no de las jurídicas, pues “deriva del principio de dignidad humana”. Afirma este órgano judicial que “en el ámbito internacional podemos encontrar algunas normas que incluyen el derecho al mínimo vital, aunque no con esa denominación”.⁴² El Tribunal llega a esta conclusión con base en el artículo 25,1 de la DUDH y el artículo 11 del PIDESC, —esto es, el derecho a un nivel de vida adecuado— y a través del artículo 23,3 de la DUDH —que prevé el derecho de los trabajadores a una remuneración equitativa y satisfactoria, que asegure a la persona y a su familia una existencia conforme a la dignidad humana, y que dicha remuneración debe completarse con cualquier otro medio de protección social—. De forma creativa e interesante, el Tribunal parte de una medida de política pública muy concreta, el ingreso mínimo vital, y lo articula como derecho inherente a la dignidad de las personas, equipa-

⁴¹ V., SCJN, Primera Sala, *Tesis aislada 1a. XCVIII/2007*, p. 793.

⁴² Noveno Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, *Tesis I.9o.A.1 CS*, AD. 261/2015.

rándolo al derecho a un nivel de vida adecuado —entendido en conjunción con los derechos laborales y de protección social—.

Regresando a las posturas sostenidas por el máximo tribunal, una tesis de jurisprudencia de la Primera Sala de la SCJN de 2016 que sí hace referencia expresa al derecho a un nivel de vida adecuado, concluye en una interpretación expansiva, que la obligación de asegurar la plena eficacia de este derecho recae tanto en los poderes públicos como en los particulares. Lo anterior considerando que de este derecho emanan obligaciones tanto para el Estado en el ámbito del derecho público —régimen de seguridad social— como para los particulares en el ámbito del derecho privado —obligación de alimentos— derivándose de la interacción y complementación de ambos aspectos la plena eficacia del derecho fundamental.⁴³

La reflexión sobre la responsabilidad de los particulares en la realización de los derechos humanos, incluido el derecho a un nivel de vida adecuado, puede conectarse con el debate en torno a las empresas transnacionales y su rol en el tejido económico y social de un país y, por tanto, en su nivel de vida. La forma en que las empresas y las industrias realizan actividades económicas a escala mundial en ocasiones dista mucho de ser el ideal de la sostenibilidad. Al respecto, cabe recordar el marco de corresponsabilidad, auspiciado por la *Agenda 2030* y los *17 Objetivos de Desarrollo Sostenible*, que se basa en una alianza entre los sectores público y privado. Así, es crucial que las corporaciones con control efectivo o influencia en diferentes ámbitos sociales garanticen que la protección laboral no retroceda y que, como actores económicos, las corporaciones más poderosas sean corresponsables jurídicamente de la realización del derecho a un nivel de vida adecuado.

Al igual que en el sistema interamericano, la SCJN en años recientes ha tomado una postura activa para aplicar la exigibilidad judicial de los derechos específicos contenidos en el derecho a un nivel de vida adecuado —agua, vivienda y alimen-

⁴³ SCJN, Primera Sala, *Tesis 1a./J. 40/2016*.

tación—⁴⁴ y con ello delimitar con mayor claridad las obligaciones del Estado y otros actores, así como tender puentes para la articulación y la valoración de las políticas públicas al respecto desde una perspectiva de derechos humanos.

V. Algunas reflexiones finales

Como se ha reflejado en el presente capítulo, el derecho a un nivel de vida adecuado como derecho paraguas —materializado en los derechos a la vivienda, la alimentación y el agua potable y el saneamiento— se relaciona de manera directa con la pobreza y desigualdad socioeconómica que viven millones de personas en el mundo —en especial en nuestra región de América Latina y en el actual contexto del COVID-19—. Ciertamente, este análisis se vuelve particularmente importante considerando las profundas asimetrías socioeconómicas tanto al interior de cada Estado, como entre los Estados miembros de la comunidad internacional. Esta circunstancia afecta no sólo al derecho a un nivel de vida adecuado en sí mismo, sino que produce un *efecto dominó* de perjuicio o violación a muchos otros derechos y demuestra la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos. Así, “una sociedad con grandes desigualdades en las propiedades, los recursos y los ingresos tendrá muy probablemente menos igualdad en la asignación y la distribución de poder y, por ello, peores instituciones, que tiendan a replicar y propagar las condiciones iniciales”.⁴⁵

Es en este contexto que la labor interpretativa y de adjudicación judicial cobra particular relevancia. Los estándares normativos y las recientes decisiones del Comité DESC de la ONU, el sistema interamericano y los órganos judiciales en México, sirven para mostrar que la obligación de implementar los DESC y la

⁴⁴ V., por ejemplo, SCJN, AR 635/2019, *Un Techo para mi País México vs. Instituto Nacional de Estadística y Geografía*, donde la Corte consideró que el INEGI, al haber omitido los datos censales de los asentamientos informales, no demostró haber ejercido adecuadamente su facultad de generar información estadística para el desarrollo nacional con el fin de verificar la protección del derecho a la vivienda adecuada y evitar impactos negativos en las poblaciones vulnerables, específicamente en los asentamientos informales.

⁴⁵ V., MacNaughton, ‘Beyond a Minimum Threshold: The Right to Social Equality’, en Minkler, Lanse (editor), *The State of Economic and Social Human Rights: A Global Overview*, p. 290.

obligación de no discriminación son inmediatamente procedentes —y no progresivamente comprendidas— en relación con todos los DESC, incluido el derecho a un nivel de vida adecuado.

Asimismo, estos desarrollos en la justiciabilidad del derecho a un nivel de vida adecuado trazan la ruta para que los derechos humanos, especialmente los DESC, puedan alimentar la interpretación judicial, así como los debates legislativos y la articulación política pública con perspectiva de derechos humanos —un desarrollo al que sería deseable que México pudiera sumarse de manera más activa y comprometida mediante su adhesión al Protocolo Facultativo al PIDESC—.

Algunos de los puntos relevantes abordados a considerar en la aplicabilidad práctica del derecho a un nivel de vida adecuado son: i) el reforzamiento de la obligación de prevención de violaciones este derecho, por parte del Estado y otros actores, como los agentes económicos y sociales, a través de medidas activas para evitar, por ejemplo, los desalojos sin alternativa de vivienda, así como la situación de personas en situación de calle —punto que podría aplicarse igualmente para evitar la falta de agua o la inseguridad alimentaria—, y el deber reforzado de protección de personas o grupos en situación de vulnerabilidad, como las personas en situación de pobreza —particularmente las mujeres, los niños y niñas o los pueblos indígenas—; ii) la afirmación de la carga de la prueba para el Estado en cuanto a demostrar su debida diligencia en la adopción de tales medidas; y iii) la determinación de garantías de no repetición como forma de reparación paradigmática para las afectaciones al derecho a un nivel de vida adecuado, que encuentra su materialización concreta en las políticas públicas sociales y económicas.

Asimismo, las resoluciones y jurisprudencia recientes enfatizan cómo la vulnerabilidad socioeconómica extrema puede violar el derecho a una vida digna y reflejan la forma en que la pobreza puede generar violaciones a DESC concretos. Dicha vulnerabilidad también constituye una base para la discriminación y puede a su vez traducirse en una violación a la igual protección de la ley. Este avance acredita que, aunque el derecho a un nivel de vida adecuado es evolutivo y contextualizado culturalmente, al mismo tiempo se asocia íntimamente con el principio universal de dignidad humana. Este principio es fundamental para todos los instru-

mentos jurídicos analizados y debe constituir la inspiración de cualquiera que tenga la vocación y la obligación de proteger los derechos humanos y contribuir a su realización en la vida diaria de las personas, especialmente de aquellas en situación de mayor vulnerabilidad y marginación.

Bibliografía

Libros

Asbjorn Eide, 'Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights', en Eide, *et al.* (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook*, Dordrecht-Boston, Martinus Nijhoff, 1995.

Bantekas, Ilias y Oette, Lutz 'Economic, social and cultural rights', en BANTEKAS, Ilias y OETTE, Lutz (editores), *International Human Rights Law and Practice*, segunda edición, Cambridge University Press, Cambridge, 2016.

Bohoslavsky, Juan Pablo (editor), *COVID-19 y derechos humanos: La pandemia de la desigualdad*, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2020.

Liebenberg, Sandra, 'South Africa: Adjudicating Social Rights Under a Transformative Constitution', en Langford, Malcolm (editor), *Social Rights Jurisprudence. Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

Macnaughton, Gillian, 'Beyond a Minimum Threshold: The Right to Social Equality', en Minkler, Lanse (ed.), *The State of Economic and Social Human Rights: A Global Overview*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

Sepúlveda, Magdalena, *The nature of the obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Intersentia, Amberes, 2003.

Serrano Guzmán, Silvia, 'Comentarios sobre el giro jurisprudencial de la Corte Interamericana en materia de justiciabilidad de los derechos económicos,

sociales, culturales y ambientes a la luz de seis sentencias emitidas entre 2017 y 2019’, en Morales Antoniazzi, Mariela, Liliana Ronconi y Laura Clérico (coordinadoras), *Interamericanización de los DESCAs: El caso Cuscul Pivaral de la Corte IDH*, Heidelberg-Querétaro, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional Público, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2020.

Young, Katharine G., ‘The future of economic and social rights: Introduction’, en Young, Katharine G. (editora), *The future of economic and social rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, disponible en <https://lawdigitalcommons.bc.edu/lsp/1223/>

Revistas

Antkowiak, Thomas M., ‘A “Dignified Life” and the Resurgence of Social Rights’, *Northwestern Journal of Human Rights*, Vol. 18, No. 1, 2020, disponible en <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njihr/vol18/iss1/1>

Benito Sánchez, Juan Carlos, ‘Los pronunciamientos del Comité DESC sobre derecho a la vivienda relativos a España. Respuestas jurisprudenciales y legislativas’, *Lex Social. Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, Vol. 9, No. 2, 2019, pp. 579-603.

Cruz Parcero, Juan Antonio, “Historia y porvenir de los derechos sociales en México”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Año III, núm. 5, Centro de Estudios Constitucionales de la SCJN, Julio-diciembre 2017.

Gutiérrez Espada, Cesáreo, “La aplicación en España de los dictámenes de comités internacionales: la STS 1263/2018, un importante punto de inflexión”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, núm. 2, 2018, pp. 836-851.

Jurisprudencia y normas

Comité DESC, *Mohamed Ben Djazia y Naouel Bellili (MBD y NB) v. España*, 5/2015, E/C.12/61/D/5/2015, 21 de julio de 2017.

_____, *Maribel Viviana López Albán v. España*, Dictamen, 37/2018, E/C.12/66/D/37/2018, 29 de noviembre de 2019.

_____, caso de *El Goumari y otros*.

CIDH, *Villagrán Morales, et al. “Niños de la Calle” vs. Guatemala*, Sentencia, Serie C, Núm. 63.

_____, *Comunidad Moiwana vs. Surinam*.

_____, *Comunidad Plan de Sánchez vs. Guatemala*.

_____, *Mapiripán vs. Colombia e Ituango vs. Colombia*.

_____, *Barrios Altos vs. Perú y La Cantuta vs. Perú*.

_____, *Comunidad Indígena Xákmok Kásek c. Paraguay*, 24 de agosto de 2010, Fondo, reparaciones y costas.

_____, *Yakye Axa vs. Paraguay*, Sentencia del 17 de junio de 2005, Fondo, reparaciones y costas.

_____, *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, Sentencia del 29 de marzo de 2006, Fondo, reparaciones y costas.

_____, *Campo Algodonero vs. México*, Sentencia del 16 de noviembre de 2009, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

_____, *Caso I.V. vs. Bolivia*, Sentencia de 30 de noviembre de 2016, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Núm. 329.

_____, *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil*, Sentencia de 20 de octubre de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 318.

_____, *Caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus Familiares Vs. Brasil*, Sentencia de 15 de julio de 2020, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

_____, *Caso de las Comunidades Indígenas de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) v. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2020, Serie C Núm. 400.

Noveno Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, Tesis I.9o.A.1 CS, Décima Época. Amparo directo 261/2015. Astro Gas, S.A. de C.V. 13 de agosto de 2015.

OACNUDH, 'La ONU-DH exhorta al Estado mexicano a ratificar el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales', Mensaje del 10 de diciembre, Día de los Derechos Humanos, Ciudad de México, 9 de diciembre de 2015, disponible en <https://hchr.org.mx/comunicados/la-onu-dh-exhorta-al-estado-mexicano-a-ratificar-el-protocolo-facultativo-del-pacto-internacional-de-derechos-economicos-sociales-y-culturales/>

_____, Declaración del Grupo de trabajo sobre la discriminación contra las mujeres y niñas, 20 de abril de 2020, disponible en: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25808&LangID=S>

SCJN, Tesis: 2a./J. 35/2019 (10a.), Décima Época, Libro 63, Tomo I, febrero de 2019, página 980, registro digital: 2019325.

_____, primera Sala, tesis aislada 1a. XCVII/2007, Novena Época, Tomo XXV, mayo de 2007, página 793.

_____, primera Sala, Tesis 1a./J. 40/2016, Décima Época; *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Septiembre de 2016.

_____, amparo en Revisión 635/2019, *Un Techo para mi País México vs. Instituto Nacional de Estadística y Geografía*, 15 de junio de 2020.

Otros

Banco Mundial, 'Poverty', disponible en <https://www.worldbank.org/en/topic/poverty>

Comisión Económica para América Latina (CEPAL), *Panorama Social de América Latina 2016*, (LC/PUB.2017/12-P), Naciones Unidas, Santiago, 2017.

_____, *Panorama Social de América Latina 2020*, presentación, disponible en <https://www.cepal.org/files/presentation/files>

Comité DESC, Observación general Núm. 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (art. 2, párr. 1), 14 de diciembre de 1990.

_____, Observación General Núm. 9, La aplicación interna del Pacto, E/C.12/1998/24, párr. 2, 10.

_____, Observación General Núm. 3 La índole de las obligaciones de los Estados Parte, E/1991/23.

_____, Observación General Núm. 15, El derecho al agua.

_____, Observación General Núm. 23.

_____, Observación General Núm. 4, El derecho a una vivienda adecuada.

_____, Observación General Núm. 12, El derecho a una alimentación adecuada.

Sandoval Terán, Areli, 'Se acumulan exhortos al Estado mexicano para que se adhiera al Protocolo Facultativo del PIDESC', Red DESC, 2013.

The World Bank, 'Poverty and Shared Prosperity 2020: Reversals of Fortune', Washington DC, The World Bank Group, 2020.

Protección judicial del derecho
al ambiente sano en México:
avances y desafíos
para el Poder Judicial

Astrid Puentes Riaño*

* Abogada experta en derechos humanos, ambiente y cambio climático, con maestría en derecho comparado de la Universidad de Florida y en derecho ambiental de la Universidad del País Vasco. Consultora independiente, Co-directora ejecutiva de la Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente (AIDA) hasta agosto de 2021.

Protección judicial del derecho al ambiente sano en México: avances y desafíos para el Poder Judicial. I. Introducción; II. Definición y marco legal del derecho al ambiente sano; III. Elementos del derecho al ambiente sano; IV. Desafíos para la efectividad del derecho al ambiente sano en el poder judicial.

I. Introducción

Para proteger el ambiente sano judicialmente, el primer paso a considerar es por qué y para qué esto es importante. Primero, como seres humanos, vivimos y somos parte de la naturaleza, estamos vinculados y dependemos directamente de ésta. Por ende, como ha reconocido la Suprema Corte en México, los “derechos humanos y medio ambiente se encuentran íntimamente relacionados entre sí”.¹ Segundo, la situación ambiental en México es grave en todo el territorio y en varios aspectos; esto implica que nuestras vidas se ven afectadas por ello, y que las acciones en curso son ineficientes para revertir el grado de impacto y garantizar efectivamente los derechos. Tercero, la desigualdad estructural actual implica que las personas y comunidades en mayor situación de desigualdad son quienes más sufren las consecuencias, a pesar de ser quienes menos responsabilidad tienen en crearlas. Por ello, esta discusión es importante para resolver asuntos que lleguen a las cortes y que directa o indirectamente, nos benefician o afectan.

Esto es particularmente vital hoy en día, ante las crisis climática y de biodiversidad que atraviesa a México de manera significativa, siendo uno de los países

¹ SCJN, Segunda Sala, Sentencia recaída en el AR 610/2019, p. 19, Ponente Ministro Alberto Pérez Dayán, resuelto por mayoría de cuatro votos.

más vulnerables a estos impactos.² Como concluyó recientemente el IPCC, “el cambio climático es generalizado, rápido y se está intensificando”, por lo cual es urgente reducir las emisiones de gases de efecto invernadero, así como contaminantes climáticos de vida corta.³ Especialmente dado que los impactos del cambio climático ya están evidenciándose con las sequías, inundaciones, huracanes y tormentas tropicales, como las que destruyeron miles de hectáreas en Holpechén, Campeche, afectando el territorio maya en 2020.⁴ La seguridad alimentaria del país está amenazada por la crisis climática, por la falta de agua así como por la desertificación e incluso el impacto del aumento de ozono que afecta la productividad de los cultivos. Cada año mueren miles de personas prematuramente por razones derivadas de la contaminación del aire, y otros millones de personas ven su salud afectada por esta contaminación,⁵ que se agrava por la falta de control, así como por la mayor emisión de contaminantes y empeoramiento por la crisis climática. Éstas son algunos ejemplos, pues de acuerdo con SEMARNAT “reducir la pérdida y la degradación de sus ecosistemas terrestres y acuáticos, conservar su biodiversidad, asegurar la disponibilidad y calidad del recurso hídrico, reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero, avanzar en su adaptación a los efectos del cambio climático y mejorar la calidad del aire en muchas zonas urbanas del país” son las mayores prioridades ambientales en el país.⁶

Por otra parte, México es uno de los países con mayor biodiversidad en el planeta,⁷ lo cual le ha permitido también ser un país diverso en múltiples aspectos,

² INECC, *México ante el cambio climático, acción climática*. Disponible en: <http://cambioclimatico.gob.mx:8080/xmlui/handle/publicaciones/327>.

³ IPCC, “Summary for Policymakers”, en *Climate Change 2021: The Physical Science Basis*. Disponible en: <https://www.ipcc.ch/report/sixth-assessment-report-working-group-i/>.

⁴ Canul, “México: esto sucede cuando se tumba selva en el territorio maya”, en *Revista Mongabay*. Disponible en: <https://es.mongabay.com/2020/11/mexico-esto-sucede-cuando-se-tumba-selva-en-el-territorio-maya/>.

⁵ Para 2015 se estimó que cerca de 29,000 personas murieron por razones vinculadas a la contaminación del aire, SEMARNAT, Instituto Nacional de Ecología y Cambio Climático, *Estimación De Impactos En La Salud Por Contaminación Atmosférica En La Región Centro Del País Y Alternativas De Gestión*. Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/208105/INECC_CAME_Final_14022017.pdf.

⁶ SEMARNAT, *Informe de la Situación del Medio ambiente en México*. Disponible en: https://apps1.semarnat.gob.mx:8443/dgeia/informe18/tema/pdf/Informe2018GMX_web.pdf.

⁷ Comisión Nacional para el Conocimiento y Uso de la Biodiversidad, *México biodiverso*. Disponible en: <https://www.biodiversidad.gob.mx/pais/quees>.

desarrollando una economía y agricultura fuertes, así como prosperar en otros sectores, incluyendo el turismo. Al mismo tiempo es el país con mayor cantidad de especies en vías de extinción en el mundo, con lo cual las riquezas y diversidad nacional están amenazadas.

De esto hablamos cuando nos referimos a la importancia del ambiente sano. Es indispensable poder analizar el fondo de los asuntos en litigio, para aportar las soluciones estructurales que el país requiere. En este ejercicio, los aspectos procesales deberían estar al servicio del fondo de las decisiones y no, como en muchas ocasiones, ser obstáculos para la justicia. Este es un elemento central de la discusión, y el principal reto existente en México para la protección efectiva del derecho al ambiente sano. Cuando en el país los jueces y las juezas puedan priorizar lo sustancial sobre lo procesal, entonces podremos comenzar a ver avances significativos en decisiones judiciales que ayuden a resolver los conflictos de fondo, hacia una justicia material efectiva.

Este es un proceso complejo y no por ello falta de importancia, pues es evidente que las barreras procesales para la garantía de los derechos son *per se* violatorias de los derechos mismos. Para solucionarlo existen diversas herramientas. En Colombia, por ejemplo, uno de los avances más importantes de la Corte Constitucional desde su creación fue la determinación de que lo sustancial debería primar sobre lo procesal y por ende, la exigencia a la interpretación flexible de las normas para avanzar y garantizar la justicia material.⁸ En consecuencia esta Corte por décadas, ha contribuido con decisiones a avanzar la protección efectiva de los derechos humanos, en muchos casos limitadas por elementos procesales que impedían el avance efectivo del derecho.

Esto es particularmente importante en México, uno de los países con mayor desigualdad a nivel mundial. Lo anterior está intrínsecamente relacionado con la justicia, e implica sistemáticamente que quienes están en mayores condiciones de vulnerabilidad, tienen menor acceso al poder judicial y a las cortes. Por ende,

⁸ Corte Constitucional de Colombia, T-415/1992. Disponible en: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/>>; *Idem*, T-622/2016, Disponible en: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/>>.

cuando además las exigencias procesales se aplican con rigidez, se convierten en un obstáculo mayor para el avance de las acciones y, por ende, de la justicia.

En México, más de 61 millones de personas están en situación de pobreza, del cual casi el 70% son personas de pueblos indígenas.⁹ Además, son estas mismas comunidades quienes viven en áreas donde la naturaleza está mejor protegida, puesto que “el 39% de los bosques en el país y el 60% de las selvas están en regiones indígenas”.¹⁰ Muchas de estas comunidades son quienes llegan a las cortes pidiendo soluciones y el respeto de sus derechos, incluidos el ambiente, por lo cual el análisis de si y cómo las cortes pueden dar un resultado efectivo a estos reclamos es de vital importancia.

La protección del ambiente, la tierra y el territorio, está directamente relacionada con las amenazas e incluso asesinatos de quienes trabajan por ello, siendo México uno de los países más peligrosos para quienes defienden los derechos humanos, especialmente los que versan sobre el ambiente y el territorio. Solo en 2020, 18 personas fueron asesinadas, y hubo al menos 90 agresiones.¹¹ Ello se suma a los cientos de amenazas, judicialización y ataques que quienes defienden el ambiente sufren, en especial mujeres y personas de pueblos indígenas. Por ende, una efectiva protección judicial del derecho al ambiente sano es esencial para la justicia y ayudaría a fortalecer el estado de derecho y la democracia.

Considerando lo anterior, este artículo busca analizar e identificar elementos acerca del contenido del derecho al ambiente sano, así como elementos jurisprudenciales tanto en la jurisdicción mexicana, como interamericana y de derecho comparado, que pueden ayudar a quienes tienen ante sí la importante labor de resolver asuntos relacionados con el derecho al ambiente sano. En esa medida, la misión

⁹ CONEVAL, *Informe de situación de pobreza en México*. Disponible en: <<https://www.coneval.org.mx/Medicion/Paginas/PobrezaInicio.aspx>>.

¹⁰ Suárez, *Las comunidades indígenas, custodias de los bosques y la biodiversidad*, citando a la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas. Disponible en: <<https://www.ccmss.org.mx/las-comunidades-indigenas-custodias-los-bosques-la-biodiversidad/>>.

¹¹ CEMDA, *Informe sobre la Situación de Personas Defensoras de los Derechos Humanos Ambientales en México*. Disponible en: <<http://miranoscemda.org.mx/>>.

es contar con elementos que contribuyan al progresivo avance de la justicia ambiental, parte vital de la justicia y de la democracia en México.

II. Definición y marco legal del derecho al ambiente sano

1. Marco legal mexicano

La Constitución de los Estados Unidos Mexicanos reconoce el derecho al ambiente sano:

Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley.¹²

La constitucionalización del derecho se da como “una forma de demostrar la preocupación social que sobre el tema prevalece [...] responde también a la tendencia de constitucionalización de las instituciones, pues pareciera que elevarlas a rango constitucional, es per se, la solución para lograr su tutela efectiva”.¹³

La propuesta inicial de inclusión del derecho constitucional incluía la referencia a que el legislador debería también desarrollar y garantizar las acciones judiciales propias para garantizar el derecho, propuesta que no prosperó, en parte por opinión de la autoridad ambiental de la época. Ello tuvo como resultado que, la eficacia del derecho fuera muy limitada¹⁴ o que la situación no haya variado sustancialmente.

¹² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 1; SCJN, Centro de Estudios Constitucionales, *Cuadernos de Jurisprudencia Núm. 3, Contenido y alcance del derecho humano a un medio ambiente sano*, p. 2. Disponible en <<https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/biblioteca-virtual/contenido-y-alcance-del-derecho-humano-un-medio-ambiente-sano>>.

¹³ Anglés Hernández, *Derecho a un medio ambiente sano en México: de la constitucionalización a la convencionalidad*, p. 38. Disponible en <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4038/5.pdf>>.

¹⁴ *Idem*, p. 41.

En México el reconocimiento normativo del derecho se produjo en 1988, cuando fue incorporado en la Ley General de Equilibrio Ecológico —LGEEPA—, que establece: “Toda persona tiene derecho a disfrutar de un ambiente adecuado para su desarrollo, salud y bienestar. Las autoridades en los términos de esta y otras leyes, tomarán las medidas para garantizar ese derecho”.¹⁵

Posteriormente, en 1999 se aprobó una reforma constitucional para incorporar este artículo, luego de la ratificación del Protocolo de San Salvador, que lo incluye. La Constitución entonces estableció que: “Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar”. Si bien esta reforma fue un importante paso, la definición de medio ambiente *adecuado* complicó su interpretación, pues quedaba abierta a la determinación de ser adecuado, ¿para quién o para qué?

El cambio de “adecuado” por medio ambiente “sano” fue un gran avance de la reforma de 2011, que facilita la interpretación y reduce la subjetividad en la definición. Dicha redacción hizo parte del proceso de reforma constitucional de derechos humanos, que en 2011 incorporó el concepto de derechos humanos constitucionalmente. Posteriormente, en 2012, se aclaró y modificó el artículo relacionado con el ambiente sano.¹⁶

2. Marco legal internacional

El reconocimiento del ambiente sano se ha desarrollado internacionalmente en diversos tratados, declaraciones y resoluciones desde los años 70, cuya consideración es importante para México por dos razones fundamentales. Primera, porque a partir de la reforma constitucional de 2011, se reconoce que “todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección”.¹⁷ Por ello, el contenido e interpretación de

¹⁵ Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, artículo 15, fracción XII.

¹⁶ Diario Oficial de la Federación, 8 de febrero de 2012, Disponible en <http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5232952&fecha=08/02/2012>.

¹⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 1.

los tratados hace parte del marco normativo mexicano, así que su inclusión e interpretación es obligatoria, por mandato constitucional.

En segundo lugar, dichos contenidos e interpretaciones son una herramienta útil para quienes en el poder judicial aplican e interpretan estos derechos a casos que lleguen a las cortes. De esa manera, al incluir el contenido y estándares de interpretación del derecho internacional, las cortes mexicanas cuentan con herramientas adicionales para complementar, fortalecer argumentos y llenar posibles vacíos normativos. Este capítulo aborda los elementos principales desarrollados en decisiones de cortes mexicanas, así como internacionales y de otros países, para evidenciar procesos interpretativos y, la evolución del contenido del derecho.

Así, mencionamos a continuación los principales tratados e instrumentos jurídicos internacionales que se refieren al derecho al ambiente sano y que, al haber sido ratificados por México, son vinculantes.¹⁸

El Estado ratificó el Protocolo de San Salvador, en agosto de 1996, protocolo que entró en vigor en 1999, una vez que once Estados en total también lo ratificaron.¹⁹ Este Protocolo a la Convención Americana de Derechos Humanos fue adoptado en San Salvador en 1988 y establece:

Artículo 11 Derecho a un Medio Ambiente Sano

1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos.
2. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.

¹⁸ Para una lista histórica de declaraciones, resoluciones e hitos, V., CEMDA, *Derecho a un medio ambiente sano, una mirada hacia los mecanismos legales de defensa*, Disponible en: <https://piensadh.cd hdf.org.mx/images/publicaciones/investigacion_y_analisis/2008_Derecho_medio_ambiente_sano-comprimido.pdf>; V., *Llamado global urgente al Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas para que reconozca el derecho al ambiente seguro, limpio, sano y sostenible*, Disponible en: <<https://www.ciel.org/wp-content/uploads/2020/09/Global-Call-for-the-UN-to-Recognize-the-Right-to-a-Healthy-Environment-Spanish.pdf>>.

¹⁹ OEA, Protocolo de San Salvador, disponible en: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-52.html>>.

Este reconocimiento fue un hito interamericano y global, siendo la primera vez que se reconoció este derecho regionalmente. Ello marcó además un avance en la tendencia internacional, después de que en 1981, la Carta Africana lo incluyera: “todas las personas deberán tener el derecho a un ambiente general satisfactorio para su desarrollo”.²⁰ Ambos instrumentos regionales del derecho internacional de los derechos humanos evidenciaron, desde hace cuarenta años, la intrínseca vinculación del ambiente con la garantía y el disfrute de todos los derechos humanos.

En el Sistema Interamericano, el derecho al ambiente sano se consagró como uno de los derechos económicos, sociales y culturales, estableciendo que la obligación de los Estados de garantizarlos era progresiva, y condicionando su exigibilidad ante la Comisión y la Corte, en su artículo 19. Esto generó una falsa concepción: que el ambiente sano, como otros derechos de este tipo, son de una jerarquía inferior a los demás derechos consagrados en la Convención Americana. Dicha concepción ha sido interpretada para concluir, como se explicará más adelante, que el ambiente sano es un derecho autónomo. Por lo tanto, el Estado tiene la obligación de respetar, proteger y garantizarlo para todas las personas, dada también la evidente vinculación directa con otros derechos humanos, como son la vida, la salud, la integridad, la dignidad y la igualdad.

De forma paralela y complementaria con el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional ambiental ha contribuido también al reconocimiento, la definición y al contenido del derecho humano al ambiente sano. En la Convención de Estocolmo de 1972, por primera vez se reconoció que las personas tienen “el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar”.²¹

²⁰ Unión Africana, Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, artículo 24, Disponible en: <<https://www.achpr.org/legalinstruments/detail?id=49>>.

²¹ ONU, Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, Principio 1, Disponible en: <<https://undocs.org/es/A/CONF.48/14/Rev.1>>.

Posteriormente, la Declaración de Río en 1992 reconoció en el Principio 1 que “Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza”.²² Incorporando también como principios el derecho al desarrollo “en forma que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo de las generaciones presentes y futuras” —principio 3—; y la noción de desarrollo sostenible, que exige además la protección ambiental —principio 4—.

La Declaración de las Naciones Unidas de Pueblos Indígenas de Naciones Unidas, aprobada también por el Estado mexicano, expresamente reconoció desde 2007 que “Las comunidades indígenas tienen el derecho a la conservación y protección del ambiente y la capacidad productiva de sus tierras, recursos y territorios”.²³

Así mismo, el Sistema Interamericano reconoce expresamente este derecho para los pueblos indígenas, en la Declaración de Pueblos Indígenas de la OEA que establece: “los Estados reconocen y respetan, el derecho de los pueblos indígenas a su actuar colectivo; [... a sus tierras, territorios y recursos. Los Estados promoverán con la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas la coexistencia armónica de los derechos y sistemas de los grupos poblacionales y culturas”.²⁴

Dicha Declaración, también aprobada por México, expresamente menciona en relación con el derecho al ambiente sano de los pueblos indígenas —artículo XIX—:

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a vivir en armonía con la naturaleza y a un ambiente sano, seguro y sustentable, condiciones esenciales para el pleno goce del derecho a la vida, a su espiritualidad, cosmovisión y al bienestar colectivo.

²² *Idem*, Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Disponible en: <<https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>>.

²³ Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Disponible en: <https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf>.

²⁴ OEA, Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo VI. Disponible en: <<https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>>.

2. Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar, restaurar y proteger el medio ambiente y al manejo sustentable de sus tierras, territorios y recursos.
3. Los pueblos indígenas tienen el derecho de ser protegidos contra la introducción, abandono, dispersión, tránsito, uso indiscriminado o depósito de cualquier material peligroso que pueda afectar negativamente a las comunidades, tierras, territorios y recursos indígenas.
4. Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación.

Posteriormente, la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Campesinos y Otras Personas que Trabajan en Zonas Rurales de 2018 determinó:

Art 18. Los campesinos y otras personas que trabajan en las zonas rurales tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras, así como de los recursos que utilizan y gestionan.²⁵

El Acuerdo de Escazú, instrumento regional adoptado en 2018, que abordaré posteriormente en detalle, también reconoce el “derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible” —art. 1—.

Por su parte, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas y los Comités encargados del seguimiento de los tratados en derechos humanos han resalado en varias resoluciones elementos esenciales relacionados con el derecho al ambiente sano, incluyendo la importancia de la labor de las personas que

²⁵ ONU, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Campesinos y de Otras Personas que Trabajan en las Zonas Rurales, artículo 18.

defienden los derechos humanos y el ambiente,²⁶ el reconocimiento de la importancia del ambiente para los niños, niñas y adolescentes²⁷ y respecto de las mujeres y la importancia de reducir los riesgos en situaciones de desastre.²⁸

El Consejo de Derechos Humanos, en sus resoluciones más recientes, incluyendo aquella mediante la cual creó y renovó el mandato especial acerca de los derechos humanos y el ambiente, se refiere al “derecho al ambiente sano, seguro, limpio y sostenible”.²⁹ El término *sano* refiere a que los ecosistemas y la biodiversidad sean saludables, pudiendo proveer a los seres humanos y a la naturaleza el bienestar y servicios requeridos; “limpio” implica que todos los elementos, incluyendo el aire, el suelo, el agua y los ecosistemas estén libres de contaminación; el término *seguro*, entendido como libre de riesgos; y el término *sostenible* a que sea garantizado para las generaciones presentes y futuras.

III. Elementos del derecho al ambiente sano

El reconocimiento del derecho al ambiente sano es un paso inicial para su garantía, cuyo proceso en México, como mencionamos, lleva ya más de veinte años. La efectiva garantía del derecho requiere del adecuado entendimiento del contenido del mismo, así como de su interpretación y aplicación. Para ello a continuación se mencionan los elementos fundamentales que constituyen este derecho, a partir de la interpretación realizada por las cortes, complementada por jurisprudencia

²⁶ Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Resolución 40/11, Reconocimiento de la contribución que hacen los defensores de los derechos humanos relacionados con el medio ambiente al disfrute de los derechos humanos, la protección del medio ambiente y el desarrollo sostenible.

²⁷ *Idem*, Resolución acerca de los Derechos del Niño: hacer efectivos los derechos del niño a través de un medio ambiente saludable. Disponible en: <<https://undocs.org/es/A/HRC/45/L.48/Rev.1>>, donde cita además otras resoluciones del Consejo resaltando la importancia del ambiente para niños, niñas y adolescentes.

²⁸ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General Núm. 37 sobre las dimensiones de género de la reducción del riesgo de desastres en el contexto del cambio climático.

²⁹ Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Resolución 46, Los derechos humanos y el medio ambiente. Disponible en: <<https://undocs.org/es/A/HRC/46/L.6/Rev.1>>; V., *Idem*, Resolución 19/10; *Idem*, Informe del Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, John H. Knox. Disponible en: <<https://undocs.org/es/A/HRC/22/43>>.

del Sistema Interamericano y por decisiones y desarrollo en el Sistema Universal de Derechos Humanos, incluyendo los *Principios Marco del derecho al ambiente sano, seguro, limpio y sostenible*, desarrollados por el Relator Especial de Derechos Humanos y Ambiente de las Naciones Unidas.³⁰

Este derecho se constituye por tres aspectos fundamentales, el ambiente como derecho humano de todas las personas, el ambiente como obligación del Estado, y el deber de todas las personas de contribuir a protegerlo. En palabras de la Suprema Corte: “(i) existe un reconocimiento al derecho a un medio ambiente sano; (ii) el Estado está vinculado a establecer medidas que protejan y permitan el desarrollo del derecho; y (iii) los ciudadanos están vinculados en la protección del medio ambiente”.³¹ El contenido e implicaciones de estos aspectos se analizarán a continuación, considerando tanto su núcleo, como las consecuencias y obligaciones derivadas de cada uno.

Para facilitar el entendimiento del derecho, así como determinar los elementos esenciales, consideramos primero los elementos sustanciales del derecho y de las obligaciones, para luego abordar los elementos procesales. Esta clasificación ha sido adoptada por la doctrina, así como por el Relator Especial de los Derechos Humanos y Ambiente, y la consideramos útil para entender los elementos constitutivos del derecho y aportar en la implementación y garantía de los mismos. La garantía efectiva del derecho requiere el abordaje de estos elementos de manera integral, recordando que los elementos procedimentales son herramientas fundamentales para asegurar que el derecho pueda verdaderamente ser garantizado. Los elementos aquí mencionados no tienen jerarquía unos sobre otros: su consideración en detalle dependerá del caso a caso, y su protección conjunta conforma la garantía efectiva del derecho.

³⁰ *Idem*, Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. Disponible en: <<https://undocs.org/es/A/HRC/37/59>>

³¹ SCJN, Primera Sala, ADR 5452/2015, p. 24. Haciendo referencia a decisión del pleno: Tribunal Pleno de la SCJN, Controversia constitucional 95/2004, respecto a la obligación de las autoridades de vigilar, conservar y garantizar y de todas las personas de cuidar el ambiente.

1. Elementos Sustantivos

A. Derecho humano al ambiente sano como derecho autónomo

El derecho al ambiente sano es un derecho humano autónomo, como lo han reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Suprema Corte de la Nación. Por ende, la garantía y protección del mismo debe ser efectiva por sí misma, y para su protección se aplican los principios de universalidad, interdependencia e indivisibilidad respecto de los demás derechos humanos, —sin exigir o depender de la conexión que pueda haber con éstos, no obstante, puede existir dicha vinculación—. ³²

Así, el derecho al ambiente sano protege tanto el ambiente en relación con las personas y con los derechos humanos, así como a la naturaleza misma, incluso cuando no haya o no pueda evidenciarse una relación directa entre los componentes ambientales y los demás derechos de las personas.

En este orden de ideas, si bien su reconocimiento fue posterior al de otros derechos como los derechos civiles y políticos, en virtud de la indivisibilidad e interdependencia de todos los derechos humanos, el momento histórico no implica una jerarquía de importancia. Por lo cual este derecho tiene el mismo nivel de otros derechos, como la vida e integridad personal, entre otros. ³³ Al mismo tiempo, en el caso de situaciones en que haya un posible conflicto entre diferentes derechos, habrá que hacer la evaluación del caso determinado, empleando un *test* de proporcionalidad, para solucionar el conflicto existente. ³⁴

³² Corte IDH, OC-23/2017, párr. 62 y 87; *Idem*, Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina, párr. 203.

³³ *Idem*, OC-23/17, párr. 57.

³⁴ Para una revisión detallada de los criterios de la SCJN acerca del *test* de proporcionalidad, V. Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *El Test de Proporcionalidad en la Suprema Corte*.

De acuerdo con la Suprema Corte, “el Estado mexicano está obligado a garantizar *ambas dimensiones* del derecho al medio ambiente sano, o, lo que es lo mismo, a velar por una *protección autónoma del medioambiente que no esté* sujeta a la *vulneración de otros derechos*”.³⁵ Dada esta claridad, el poder judicial debe asegurar que, en la medida en que el derecho al ambiente sano es autónomo, también debería garantizar la efectiva protección judicial del mismo.

B. **Ámbito de protección:** **enfoques: antropocéntrico, ecocéntrico** **y derechos de la naturaleza**

Cuando hablamos del ambiente uno de los aspectos que más se ha discutido es su ámbito de protección. Es decir, qué se protege, para quién, si debe o no tener relación con los seres humanos y quién puede ejercer dicha protección. Además de la dimensión filosófica, dichos aspectos son de vital importancia práctica, puesto que determinan el sujeto y titular del derecho, así como su ámbito de aplicación. Esta discusión refleja además la visión del derecho respecto de la naturaleza y es una de las aristas que más han evolucionado, en particular en América Latina. En esta región se ha alcanzado un abordaje y protección más amplio de la naturaleza y del ambiente, reflejando además el pluralismo cultural existente y la importante influencia de visiones diversas de la relación de los seres humanos con la naturaleza.

Así, existen tres aproximaciones jurídicas a la naturaleza y al ambiente: una antropocéntrica, de acuerdo con la cual, el ser humano es el centro y la única razón de ser del sistema legal, donde el ambiente y sus elementos están al servicio de los seres humanos. Una visión biocéntrica, también llamada ecologista, que contempla la protección del ambiente como un bien en sí mismo, reconociendo la dependencia de los seres humanos con éste, incluso cuando no pueda evidenciarse claramente esta relación. Y, en tercer lugar, una visión ecocéntrica, que “concibe la

³⁵ SCJN, Primera Sala, Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 307/2016, párr. 84-85, Ponente Ministra Norma Lucía Piña Hernández, resuelto por unanimidad de cinco votos.

naturaleza como un auténtico sujeto de derechos y que respaldan cosmovisiones plurales y alternativas”.³⁶

En el Sistema Interamericano, la Corte hace referencia a dichas aproximaciones, adoptando las dos primeras como parte de las obligaciones de los Estados vinculadas con el ambiente.

Esta Corte considera importante resaltar que el derecho al medio ambiente sano como derecho autónomo, a diferencia de otros derechos, protege los componentes del medio ambiente, tales como bosques, ríos, mares y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aún en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales. Se trata de proteger la naturaleza y el medio ambiente no solamente por su conexidad con una utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos de las personas, como la salud, la vida o la integridad personal, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos. En este sentido, la Corte advierte la tendencia a reconocer personería jurídica y, por ende, derechos a la naturaleza no solo en sentencias judiciales sino incluso en ordenamientos constitucionales.³⁷

De esta manera, si bien la Corte toma nota del existente y creciente reconocimiento constitucional de los derechos de la naturaleza, como en Bolivia y Ecuador, y jurisprudencialmente, como en Colombia, India y Nueva Zelanda, no hace un reconocimiento expreso aún para el sistema interamericano.

En México la Suprema Corte ha mencionado que se reconocen las dos primeras aproximaciones jurídicas como parte del derecho al ambiente sano, es decir, la antropocéntrica y la ecocéntrica. En palabras de la Primera Sala de la SCJN existen estas dos dimensiones:

una primera que pudiéramos denominar objetiva o ecologista, que protege al medio ambiente como un bien jurídico fundamental en sí mismo, que atiende a la defensa

³⁶ Corte Constitucional de Colombia, T-622 de 2016, p. 41.

³⁷ Corte IDH, *op. cit.*, párr. 62.

y restauración de la naturaleza y sus recursos con independencia de sus repercusiones en el ser humano; y la subjetiva o antropocéntrica, conforme a la cual la protección de este derecho constituye una garantía para la realización y vigencia de los demás derechos reconocidos en favor de la persona... la vulneración a cualquiera de estas dos dimensiones constituye una violación al derecho humano al medio ambiente.³⁸ [Resaltado original].

En este orden de ideas, a partir de la interpretación de la Suprema Corte, así como del desarrollo de la Corte Interamericana, para el caso de México el derecho al ambiente sano contempla las dimensiones antropocéntrica y ecocéntrica. De acuerdo con ello, se deberá proteger el derecho en tanto esté directamente relacionado y tenga una afectación a los seres humanos, así como cuando esto no lo sea, o al menos no haya conciencia de dicha conexión, pero se afecten los elementos del ambiente, por ser un bien jurídico a proteger en sí mismo. Debemos recordar en todo caso que cuando la naturaleza pierde su equilibrio esencial, puede llegarse a un nivel de afectación en el que incluso esté en riesgo la sobrevivencia humana, como evidencian las crisis de biodiversidad³⁹ y la crisis climática.⁴⁰ Cuya solución exige medidas urgentes para proteger especialmente a las generaciones presentes, en particular personas y comunidades en mayor situación de vulnerabilidad, así como a las generaciones futuras. Por lo tanto, incluso a pesar de la falta de reconocimiento jurídico, la realidad evidencia la profunda relación de los seres humanos con la naturaleza y el estado de ésta.

Teniendo claras las dimensiones de protección es importante entender los elementos que se incluyen dentro de la concepción del ambiente. De acuerdo con la LGEEPA se entiende ambiente como “El conjunto de elementos naturales y artificiales o inducidos por el hombre que hacen posible la existencia y desarrollo de los seres humanos y demás organismos vivos que interactúan en un espacio y tiempo determinados”.⁴¹ Según la Suprema Corte “el bien jurídico protegido por

³⁸ SCJN, Amparo en Revisión 307/2016, párr. 76-77.

³⁹ IPBES, *Global Assessment Report on Biodiversity and Ecosystem Services*. Disponible en: <<https://ipbes.net/es/node/35274>>.

⁴⁰ IPCC, *Special Report, Global Warming of 1.5°C*. Disponible en: <<https://www.ipcc.ch/sr15/>>.

⁴¹ Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, artículo 3.1.

el derecho humano al medio ambiente en términos de nuestro texto constitucional es precisamente el ‘medio natural’, entendido como el entorno en el que se desenvuelve la persona, caracterizado por el conjunto de ecosistemas y recursos naturales que permiten el desarrollo integral de su individualidad”.⁴² Dichas concepciones y elementos, a pesar de la mención a la visión ecologista del ambiente, continúan partiendo de una visión antropocéntrica, a partir de la cual los elementos ambientales se definen en virtud de las relaciones con los seres humanos, evidenciando la oportunidad existente aún de desarrollar la visión no antropocéntrica de protección del derecho, independiente de la relación con los seres humanos.

Otro aspecto significativo a resaltar respecto del ámbito de aplicación es la incorporación del concepto de desarrollo sostenible que según la Suprema Corte “constituye un principio rector establecido por la propia Constitución y por diversos tratados internacionales de los que nuestro país es parte”.⁴³ Dicho concepto incorporado por primera vez a nivel internacional en la *Declaración de Río* en 1992, está vinculado con la idea de solidaridad y responsabilidad en la protección ambiental e incluye el considerar la afectación a los derechos de las generaciones presentes y futuras.⁴⁴ Por ende, la protección del ambiente deberá considerar la situación actual, de manera equitativa, así como las de las generaciones futuras, constituyéndose en un elemento fundamental tanto para decisiones del caso por caso como un pilar de las políticas públicas, como también lo mencionó la Corte.

Por otra parte, en virtud de la conexión del ambiente, la naturaleza y la biodiversidad con la cultura, es fundamental considerar también la relación del ambiente con estos elementos. Si bien dicha relación existe para todas las personas, los elementos culturales y la vinculación del territorio y la biodiversidad con la cultura, la vida y la forma de vida es particularmente importante para pueblos

⁴² SCJN, *op. cit.*, párr. 84.

⁴³ *Idem*, Segunda Sala, Sentencia recaída en el AR 610/2019, sumario.: V, Primera Sala de la SCJN, AR 307/2016, párr. 87.

⁴⁴ Declaración de Río, Principios 1, 3, y 4.

indígenas, afrodescendientes y otros grupos locales que tienen una vinculación más cercana con la naturaleza. Dicha relación particular de estos pueblos con su territorio ha sido reconocida por la Corte IDH de manera reiterada, incluyendo en el sentido que “Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica”.⁴⁵

Si bien los derechos de los pueblos indígenas y afrodescendientes exceden este capítulo y serán abordados en otro,⁴⁶ vale mencionar que, respecto del derecho al ambiente sano, justamente por la intrínseca relación de los pueblos con la naturaleza y su entorno, al evaluar la garantía de los derechos, es esencial considerar dicha relación. Al respecto es pertinente citar a la Corte Constitucional colombiana que considera que,

el medio ambiente desde un punto de vista constitucional: [...] involucra aspectos relacionados con el manejo, uso, aprovechamiento y conservación de los recursos naturales, el equilibrio de los ecosistemas, la protección de la diversidad biológica y cultural, el desarrollo sostenible, y la calidad de vida del hombre entendido como parte integrante de ese mundo natural.⁴⁷

Este reconocimiento de la conexión entre la conservación de la biodiversidad y derechos humanos es particularmente importante en países megadiversos como México, puesto que, “*la conservación de la biodiversidad conlleva necesariamente a la preservación y protección de los modos de vida y culturas que interactúan con ella*”.⁴⁸

⁴⁵ Corte IDH, caso *Lakha Honhat*, cit., párr. 93, reiterando *Idem*, Caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awast Tigni vs. Nicaragua y otros*.

⁴⁶ V., al respecto, la contribución de Rodrigo Gutiérrez y Daniela Sánchez Carro, en este mismo volumen.

⁴⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622 de 2016, *op. cit.*, p. 36. Reiterando la decisión de *idem*, Sentencia T-254. Disponible en: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/>>.

⁴⁸ *Idem*, Sentencia T-622, p. 44, Disponible en: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/>>.

Finalmente, dentro del ambiente y del entorno, hoy en día es esencial también considerar expresamente el clima, que es un elemento fundamental cuya afectación como lo evidencia la crisis climática, tiene impactos negativos en todos los aspectos de la vida. Por ende, la consideración y el asegurar un clima seguro es también un elemento fundamental del derecho al ambiente sano.⁴⁹

C. Titularidad: derecho individual y colectivo

El derecho al ambiente sano es un derecho tanto individual como colectivo. De un lado, se refiere al derecho de cada persona de conservar y de gozar de un ambiente sano, en el cual pueda desarrollarse y garantizar sus otros derechos. Además, implica el interés difuso del ambiente que, por definición, es de naturaleza colectiva, ya que se trata de un bien indivisible. Esta doble titularidad es una de las razones que ha dificultado su protección efectiva. Al respecto es crucial entender que los ordenamientos jurídicos pueden y deben abordar el reconocimiento de este derecho en sus dos dimensiones y, por lo tanto, garantizar también las acciones judiciales efectivas para su protección.

Ello exige la diferenciación entre la titularidad de los derechos, con la de las acciones y con la exigencia de legitimación activa para acciones judiciales. En este apartado abordaremos el primer elemento, es decir, la titularidad del derecho, y en la siguiente sección haremos referencia a los elementos procedimentales relacionado con la legitimación.

En América Latina la consideración del ambiente como bien público indivisible permitió la garantía del derecho en su dimensión colectiva,⁵⁰ así como individual. La Corte Interamericana considera el ambiente en su doble dimensión, concepto adoptado también por la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

⁴⁹ Asamblea General de Naciones Unidas, Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. Disponible en: <<https://undocs.org/es/A/74/161>>.

⁵⁰ AIDA, *Guía de Defensa Ambiental*, p. 121.

El derecho humano a un medio ambiente sano se ha entendido como un derecho con connotaciones tanto individuales como colectivas. En su dimensión colectiva, el derecho a un medio ambiente sano constituye un interés universal, que se debe tanto a las generaciones presentes y futuras. Ahora bien, el derecho al medio ambiente sano también tiene una dimensión individual, en la medida en que su vulneración puede tener repercusiones directas o indirectas sobre las personas debido a su conexidad con otros derechos, tales como el derecho a la salud, la integridad personal o la vida, entre otros. La degradación del medio ambiente puede causar daños irreparables en los seres humanos, por lo cual un medio ambiente sano es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad.⁵¹

Respecto su carácter colectivo “este derecho hace relación no a una persona en particular por lo que no se puede sectorizar o parcelar, sino que la situación ambiental es comunicante y extensiva, es decir se va extendiendo a través del aire, sin que encuentre barreras o diques que pongan término a su propagación”.⁵² Por ello, el reciente reconocimiento e interpretación de la Suprema Corte reviste de particular importancia, pues hasta hace poco, México era el único país en el continente americano que solo lo consideraba un derecho de carácter individual.⁵³ Este es uno de los elementos que requiere una continua evolución, para consolidar la verdadera garantía: la dimensión colectiva del ambiente como derecho humano.

En cuanto a la exigibilidad de éste, la acción de amparo o de tutela, ha sido la acción establecida para la protección de los derechos humanos, incluyendo la del ambiente. Además, se han establecido otras acciones, como las acciones colecti-

⁵¹ Corte IDH, OC-23/2017, párr. 59, citada por Primera Sala de la SCJN, Sentencia recaída en el AR 307/2016, párr. 79.

⁵² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia de Unificación de Jurisprudencia No. SU-442/1997, p. 23; *idem*, Sentencia T-341-16. Disponible en: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/>>.

⁵³ En América Latina se reconoce el derecho individual y colectivo al ambiente sano a nivel constitucional y mediante desarrollo jurisprudencial en Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela. V., Propuesta de Reforma Constitucional en México en materia de derechos humanos, elaborada por las organizaciones de la sociedad civil y por académicas, académicos y especialistas de derechos humanos, p. 55.

vas en México y las acciones populares en Colombia, concebidas para la protección de intereses difusos.⁵⁴

D. Obligaciones del Estado

El derecho al ambiente sano implica también la obligación del Estado de garantizarlo: asegurando que sus políticas, planes, programas y normativa consideran dicho derecho, y haciéndolas cumplir mediante un adecuado control y monitoreo de actividades de actores estatales y privados que puedan afectar este derecho. Los *Principios Marco del Relator de Derechos Humanos y Ambiente de Naciones Unidas* afirman que, “las obligaciones de los Estados de respetar los derechos humanos implican proteger el disfrute de tales derechos frente a injerencias perjudiciales y hacerlos cumplir esforzándose para darles plena efectividad se aplican en el contexto medioambiental”.⁵⁵

De manera amplia y detallada, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 23 de 2017 abordó integralmente las obligaciones de los Estados respecto al ambiente, que se resumen en obligaciones de:⁵⁶

- respetar y garantizar los derechos humanos, en particular respecto a la vida y la integridad, que en relación con el ambiente implica para los Estados la obligación de “prevenir daños ambientales significativos, dentro o fuera de su territorio;
- cumplir con la obligación de prevención, para lo cual Estados deben regular, supervisar y fiscalizar las actividades bajo su jurisdicción que puedan producir un daño significativo al medio ambiente; realizar estudios de impacto ambiental cuando exista riesgo de daño significativo al medio ambiente;

⁵⁴ Sarmiento, Palacio, *Las Acciones Populares en el Derecho Privado Colombiano; Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, artículo 88; V., Courtis, “El derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo frente a afectaciones colectivas de derechos humanos”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, pp. 33-65.

⁵⁵ ONU, Principios marco de relator, Anexo, numeral 5.

⁵⁶ Corte IDH, OC-23, *cit.*, párr. 242.

establecer un plan de contingencia, a efecto de tener medidas de seguridad y procedimientos para minimizar la posibilidad de grandes accidentes ambientales; y mitigar el daño ambiental significativo que se hubiere producido, aun cuando hubiera ocurrido a pesar de acciones preventivas del Estado;

- actuar conforme al principio de precaución [...] frente a posibles daños graves o irreversibles al medio ambiente, aún en ausencia de certeza científica;
- cooperar, de buena fe, para la protección contra daños al medio ambiente, intercambiando información derivada de los estudios de impacto ambiental para actividades que puedan causar daños en otras jurisdicciones, así como notificar a los demás Estados potencialmente afectados cuando tengan conocimiento que una actividad planificada bajo su jurisdicción podría generar un riesgo de daños significativos transfronterizos y en casos de emergencias ambientales, así como consultar y negociar, de buena fe, con los Estados potencialmente afectados por daños transfronterizos significativos;
- velar por que su territorio no sea utilizado de modo que se cause un daño significativo a otro Estado o zonas fuera de los límites de su territorio;⁵⁷
- respecto de las obligaciones de procedimiento, los Estados deben garantizar los derechos de todas las personas: al acceso a la información relacionada con posibles afectaciones al medio ambiente [...]; a la participación pública, y; al acceso a la justicia.

Se hará referencia a las más relevantes, con la invitación de ahondar en lo que sea pertinente tanto en la explicación de la Corte IDH en la Opinión Consultiva y demás jurisprudencia, así como en las decisiones de la jurisdicción nacional.

En el caso mexicano “la tutela ambiental ha abarcado distintas perspectivas —propiedad privada, aprovechamiento de recursos, prevención y control de la

⁵⁷ *Idem*, párr. 104.

contaminación, desarrollo económico y, recientemente, desarrollo sostenible—”.⁵⁸ La Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que este derecho es:

un mandato directo a las autoridades del Estado para garantizar la conservación de los ecosistemas y sus servicios ambientales y, en general, para impedir que factores como la contaminación del agua, el suelo o el aire, o el cambio climático global, afecten el desarrollo y bienestar de las personas e impidan el ejercicio de otros derechos fundamentales como el acceso a los niveles más altos posibles de salud o a la disposición de agua suficiente, segura y asequible.⁵⁹

En relación con las entidades obligadas, “Tal mandato vincula tanto a los gobernados como a todas las autoridades legislativas, administrativas y judiciales, quienes deben adoptar, en el marco de sus competencias, todas aquellas medidas necesarias para la protección del ambiente”.⁶⁰ Así, haciendo eco también de lo dicho por la Corte Interamericana y de los estándares internacionales de derechos humanos y de derecho ambiental, es:

deber del Estado de ofrecer protección contra los descuidos cometidos por agentes no estatales... y dicho deber exige que el Estado asuma una función esencial de regulación y arbitraje de las conductas de los particulares que afecten indebidamente el medio ambiente, por ejemplo, adoptando medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar esos abusos mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia.⁶¹

En este orden, es obligación de todas las autoridades ejercer sus competencias, y reglamentar, controlar y monitorear las actividades que puedan afectar o amenacen el ambiente sano, tanto si son llevadas a cabo por actores estatales, como no estatales.

⁵⁸ Anglés Hernández, *op. cit.*, p. 39.

⁵⁹ SCJN, Centro de Estudios Constitucionales, *op. cit.*, p. 2; V, Segunda Sala de la SCJN, Sentencia recaída en el AR 610/2019, p. 138, citando Tesis aislada 1a. CCXLVIII/2017 (10a.).

⁶⁰ SCJN, Segunda Sala, Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 888/2018, p. 138, Ponente Ministro Alberto Pérez Dayán, resuelto por unanimidad de cinco votos, citando tesis aislada 1a. CCXLVIII/2017 (10a.).

⁶¹ *Idem*, p. 139.

También debe considerarse el impacto que puedan tener las normas y sus modificaciones para los derechos al ambiente, incluyendo la salud, la vida y el cambio climático, y no solo considerar los impactos económicos o de otra índole. Así concluyó la Suprema Corte, en una decisión analizando el aumento del porcentaje de etanol en las gasolinas, autorizado por la autoridad federal, que fue declarado inconstitucional, debido a la falta de consideración de los impactos en la calidad de aire, los ecosistemas, la salud humana y el ambiente.⁶² La Corte resaltó la importancia de considerar la información científica, misma que fue presentada en el proceso de revisión normativa, sin que fuera considerada para la decisión final.

i) Principio de prevención

Hay actividades humanas que pueden causar daños graves, incluso irreversibles, pero que, de implementarse medidas adecuadas, pueden evitarse. Ésta es la base del principio de prevención, consagrado en el Principio 4 de la *Declaración de Río*. En consecuencia, los Estados reconocen la obligación de proteger el ambiente y, por ende, la importancia de implementar acciones previas para evitar daños ambientales, incluyendo en la biodiversidad, el medio marino, la atmósfera, el aire y el suelo. La aplicación del Principio de Prevención requiere que se conozcan los daños que las actividades a implementar puedan ocasionar, así como la forma de prevenir, evitar o mitigar dichos daños. Entonces, los Estados pueden y deben exigir la implementación de las medidas del caso, para evitar la concreción de los daños conocidos.

Este es el principio base para la reglamentación de protección ambiental en México y como se describe más adelante, para solicitar evaluaciones de impacto ambiental y exigir condiciones y medidas para implementar actividades que puedan causar daños ambientales.

⁶² *Idem*, Sentencia recaída en el AR 610/2019, p. 61.

ii) Principio de precaución

El principio de precaución establece que, “[c]uando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”.⁶³

Elementos del principio de precaución:

1. peligro o riesgo de daño para la salud humana o el ambiente,
2. que el riesgo de daño sea grave o irreversible,
3. incertidumbre científica respecto de: ocurrencia, magnitud y/o medidas para evitar el riesgo



medidas para impedir la degradación del ambiente o de la salud humana

Dicho Principio fue incorporado a la legislación mexicana a partir de la suscripción de la Declaración de Río y ha sido adoptado por la Suprema Corte en varias decisiones, considerándolo como obligatorio. En línea con éste, se requiere tomar en cuenta efectos a corto, mediano y largo plazo de las actividades que se estén evaluando, considerando también los impactos en las futuras generaciones.⁶⁴ Según la SCJN, este principio opera como “pauta interpretativa” para la administración pública, implica “el deber de advertir, regular, controlar, vigilar o restringir ciertas actividades que son riesgosas para el medio ambiente”, e involucra también al operador jurídico, que debe aplicarlo cuando haya incertidumbre científica, para considerarlo en sus decisiones.⁶⁵

⁶³ Declaración de Río, Principio 15.1.

⁶⁴ SCJN, Segunda Sala, Sentencia recaída en el AR 610/2019, p. 26.

⁶⁵ *Idem*, Primera sala, Sentencia recaída en el AR 307/2016, p. 93.

Adicionalmente y con relación a la expedición o modificación de normas, el principio de precaución está vinculado con el derecho a la información y a la participación y la obligación del Estado a garantizarlos, debido a que el implementar procesos “de la forma más informada posible” puede ayudar a evitar la concreción de los daños, así como fortalece los procesos democráticos, consolidando las obligaciones estatales.⁶⁶

La efectividad del principio de precaución requiere la inversión de la carga de la prueba, es decir, que quien tenga el interés de implementar la actividad, deberá probar que esta no representa un riesgo de daño grave o irreversible para la salud o para el ambiente.⁶⁷ Es decir, deberá probar científicamente que la actividad es segura. Mientras esto no ocurra, las medidas precautorias que las autoridades implementen deberán continuar, a fin de evitar la concreción del daño o riesgo grave o irreversible que se trate.

iii) Estudios de Impacto Ambiental

La herramienta fundamental para tomar decisiones respecto de actividades que pueden causar daños ambientales es la Evaluación de Impacto Ambiental —EIA— que en México se conoce como la Manifestación de Impacto Ambiental —MIA—. Dicha herramienta es reconocida como norma internacional y parte fundamental de las obligaciones de los Estados, incluida en la Declaración de Río⁶⁸ y prácticamente en todos los tratados ambientales. También está reconocida por la jurisprudencia internacional, puesto que esta herramienta permite prevenir los daños y aplicar una perspectiva precautoria, cuando no haya certeza de éstos. Dicha obligación es parte de los principios marco del Relator de Derechos Humanos y Ambiente, como elemento fundamental para la protección efectiva de derechos.⁶⁹

⁶⁶ SCJN, Segunda Sala, Sentencia recaída en el AR 610/2019, p. 49.

⁶⁷ Puentes, Riaño, “Opciones del Derecho Ambiental Internacional para Proteger los Derechos de los Pueblos Indígenas”, en *Revista de la Fundación para el Debido Proceso Legal*; UICN, *El Principio de Precaución en la Conservación de la Biodiversidad y la Gestión de los Recursos Naturales*, p. 6.

⁶⁸ Declaración de Río, principio 17.

⁶⁹ “Principio Marco 8. A fin de evitar emprender o autorizar actividades con impactos ambientales que interfieran en el pleno disfrute de los derechos humanos, los Estados deben exigir la evaluación previa

Incluso, según la Corte Internacional de Justicia, “podría ahora considerarse un requisito bajo el derecho internacional general el implementar estudios de impacto ambiental cuando haya un riesgo que la actividad industrial propuesta pueda tener un impacto adverso significativo en un contexto transfronterizo, particularmente, en un recurso compartido”.⁷⁰

En México, a partir de la LGEEPA y de acuerdo con la SCJN, existe la obligación de preparar y contar necesariamente con autorización de impacto ambiental, para proyectos que puedan causar impactos ambientales considerables, incluyendo en zonas de humedales, manglares y costeras.⁷¹ Ha dicho además la Suprema Corte, respecto a la importancia de las MIA, que son necesarias para actividades “que puedan causar desequilibrio ecológico o rebasar los límites y condiciones establecidos en las disposiciones aplicables para proteger el ambiente y preservar y restaurar los ecosistemas, con objeto de evitar o reducir al mínimo sus efectos negativos sobre el medio ambiente”.⁷²

Existen estándares internacionales aplicables a los estudios de impacto ambiental, que sistemáticamente resaltan, como lo hizo la Corte Interamericana en su jurisprudencia, que éstos deben ser realizados por entidades independientes y técnicamente capaces, que deben ser procesos realmente previos, que analicen de manera independiente y objetiva los posibles impactos del proyecto o actividad en el corto, mediano y largo plazo, las alternativas posibles, los impactos acumulativos, que aseguren la adecuada información y participación a las personas y comunidades afectadas, y que deben incluir seguimiento, evaluación y monitoreo de proyectos y medidas cautelares.⁷³ La exigencia y adecuado cumplimiento

de los posibles impactos ambientales de los proyectos y políticas propuestos, incluidos sus posibles efectos en el disfrute de los derechos humanos.” A/HRC/37/59.

⁷⁰ CIJ, *Caso de las Papeleras en el río Uruguay, Argentina c. Uruguay*, párr. 204.19.

⁷¹ SCJN, Primera Sala, Sentencia recaída en el AR 307/2016, párr. 250.

⁷² *Idem*, Segunda Sala, Sentencia recaída en el AR 839/2019, párr. 361, Ponente Ministro Luis María Aguilar Morales resuelto por unanimidad de tres votos.

⁷³ Corte IDH, *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, párr. 129.2; *Idem*, OC-23/2017, párrs. 156 ss; ONU, Principios Marco del Relator, Principio 8; V, AIDA, *Buenas Prácticas a Nivel Mundial para los Estudios de Impacto Ambiental*. Disponible en: <<https://aida-americas.org/es/buenas-practicas-a-nivel-mundial-para-los-estudios-de-impacto-ambiental>>.

de las MIA son aplicables tanto para el Estado, como para las empresas y particulares que ejerzan actividades que impliquen impactos ambientales.⁷⁴

Finalmente, en virtud del principio de progresividad y no regresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, la Suprema Corte reconoce la obligación de “no retroceder ni afectar los umbrales de protección ambiental ya adquiridos o modificar la normativa vigente”.⁷⁵ De acuerdo con la Corte, este principio implica que una vez se ha llegado a un nivel de protección, este no puede debilitarse, estando relacionado con la inclusión de las generaciones futuras; así como con espacios y áreas naturales protegidas. Se entiende nivel de protección tanto fáctico como jurídico.

E. Obligación de empresas y particulares

Como se mencionó, el derecho al ambiente sano implica también, el deber de las personas, incluyendo de las personas morales y a las empresas, de protegerlo. Desde la fundación del Estado mexicano y en concreto, a partir de la Constitución de 1917, se hace referencia a la importancia de considerar el interés público, al cual se subordinó desde un comienzo, la propiedad privada. La protección del ambiente es un elemento esencial del interés público y como tal, desde los inicios, ha sido marco de interpretación de todos los derechos, incluso la propiedad privada, siendo estos desarrollos más claros a partir de las reformas constitucionales en 1983.⁷⁶

En este orden de ideas y en línea con la Suprema Corte, el derecho al ambiente sano implica un mandato de las autoridades “y los particulares también” de abstenerse de afectar negativamente el ambiente.⁷⁷ Así, también los particulares tienen

⁷⁴ ONU, Principios Marco del Relator, en aplicación del principio 8, párr. 20.

⁷⁵ SCJN, Primera Sala, Sentencia recaída en el AR 307/2016, párrs. 116 ss; V., la contribución de Christian Courtis, en este mismo volumen.

⁷⁶ Anglés, *op. cit.*, p. 39.

⁷⁷ SCJN, Segunda Sala, Sentencia recaída en el AR 888/2018, p. 138, citando Segunda Sala ha sostenido, en la tesis aislada 2a. III/2018 (10a.).

obligaciones ambientales, “máxime si los particulares se encuentran involucrados en actividades que pueden impactar en el desarrollo del medio ambiente, tal y como son las actividades que desarrolla la empresa quejosa: verificación de emisiones de fuentes móviles y que generan residuos urbanos o de manejo especial”.⁷⁸ Es decir que, si por causa del incumplimiento de dichas obligaciones ambientales un particular causare el impacto en los derechos humanos, podría evaluarse la derivación de su responsabilidad correspondiente, misma que el Estado debe monitorear y controlar de forma adecuada.

En caso en que actividades económicas deriven en daños ambientales, en virtud del principio de “quien contamina paga”: “*las personas asumen los costos ambientales que generan sus actividades económicas*”.⁷⁹ Dicho principio está vinculado además al mandato constitucional contenido en el artículo 4o. que, de acuerdo con la Suprema Corte, implica también responsabilidad fiscal y la obligación de contribuir a compensar los daños. Ello considerando impactos derivados de las emisiones que puedan afectar el aire, el cambio climático, así como la producción de residuos sólidos.

La obligación de los particulares también está referenciada en derecho internacional, incluyendo en los *Principios Marco*,⁸⁰ así como en los *Principios Rectores de Empresas y Derechos Humanos de Naciones Unidas* en relación con la obligación de respetar los derechos humanos y actuar con debida diligencia.⁸¹ Otras jurisdicciones, como Colombia, se han referido igualmente al deber de los particulares de protección del ambiente, aun ante la limitación de su actividad económica,⁸² que en dicho país está vinculada con la función ecológica de la propiedad.

⁷⁸ *Idem*, Primera Sala, Sentencia recaída en el AR 5452/2015, pp. 25-26, Ponente Ministro Arturo Saldivar resuelto por unanimidad de cuatro votos.

⁷⁹ *Idem*, Segunda Sala, Sentencia recaída en el AR 888/2018, p. 145.

⁸⁰ ONU, Principios Marco del Relator, Principio 8, párr. 20.

⁸¹ *Idem*, Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos. Disponible en: https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf.

⁸² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-341-16, Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/>.

F. No Discriminación y protección especial a personas y comunidades en especial situación de vulnerabilidad

Otro de los principios fundamentales en la protección del derecho al ambiente sano es la no discriminación. Este aspecto, si bien no es automático del derecho, reviste de importancia fundamental dada la realidad mexicana, por lo cual quienes están en condiciones de vulnerabilidad sufren de manera más intensa los riesgos o violaciones a su derecho. Así lo reconoció la Corte Interamericana en cuanto a la región, reconociendo que “la afectación a estos derechos puede darse con mayor intensidad en determinados grupos en situación de vulnerabilidad. Se ha reconocido que los daños ambientales se dejarán sentir con más fuerza en los sectores de la población que ya se encuentran en situaciones vulnerable”, por lo cual, con base en “la normativa internacional de derechos humanos, los Estados están jurídicamente obligados a hacer frente a esas vulnerabilidades, de conformidad con el principio de igualdad y no discriminación”.⁸³

De la misma manera, el Relator de Derechos Humanos y Ambiente incluyó éste en sus *Principios Marco*, dado que hay poblaciones que pueden sufrir impactos particulares por degradación ambiental, debido por ejemplo a la autorización de proyectos que afecten los ecosistemas de los cuales dependen o por la instalación de proyectos que puedan afectar las zonas donde viven, así como generar condiciones que impacten tanto el ambiente, como la salud y la vida.⁸⁴ Analizando la situación de afectación de la crisis climática, el Relator de Naciones Unidas acerca de Pobreza Extrema y Derechos Humanos, alertó al mundo acerca de los graves impactos de la crisis climática, mencionando que de no actuar de manera rápida y abordando las desigualdades estructurales, el mundo podría estar yendo hacia un *apartheid climático*, donde quienes tienen dinero, se salven de los impactos, y quienes menos tienen y son menos responsables, asumen las consecuencias.⁸⁵

⁸³ Corte IDH, OC-23, *cit.*, párr. 67, citando jurisprudencia reiterada de la Corte.

⁸⁴ ONU, Principio Marco 3 del Relator de Derechos Humanos y Ambiente.

⁸⁵ Informe del Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, El cambio climático y la pobreza.

2. Elementos Procedimentales

En México las obligaciones de procedimiento derivadas del derecho al ambiente sano incluyen “el deber de: (i) evaluar el impacto ambiental y hacer pública la información relativa al medio ambiente; (ii) facilitar la participación pública en la toma de decisiones ambientales; y (iii) dar acceso a recursos efectivos para la tutela de los derechos al medio ambiente”.⁸⁶ Así lo ha resumido la Suprema Corte, haciendo eco de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, y del desarrollo de los derechos a la información, a la información y al acceso a la justicia, contenidos en la Convención Americana.

Específicamente en relación con los aspectos procesales del derecho analizado, el Estado mexicano ratificó recientemente el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, conocido como el Acuerdo de Escazú, por el sitio en Costa Rica donde se firmó.⁸⁷ Dicho Acuerdo establece el marco de los aspectos procesales en materia ambiental, que será de gran utilidad para llenar de contenido los aspectos analizados a continuación. Dentro de los elementos de procedimiento, también mencionados en dicho Acuerdo, es el “deber de respetar y proteger los derechos a la libertad de expresión, asociación y reunión pacífica en relación con las cuestiones ambientales”.⁸⁸

A. Información en materia ambiental

La Suprema Corte se ha referido al derecho a la información, como elemento fundamental para asegurar además la participación ciudadana de manera eficaz, que a su vez es requisito para la revisión de políticas públicas y normativa.⁸⁹

⁸⁶ SCJN, Segunda Sala, Sentencia recaída en el AR 610/2019, p. 34.

⁸⁷ El Estado mexicano firmó el Acuerdo de Escazú el 27 de septiembre de 2018, que fue ratificado por el Senado el 5 de noviembre de 2020, y depositado ante la Secretaría el 22 de enero de 2021, entrando en vigor el 22 de abril siguiente.

⁸⁸ ONU, Principio Marco 5 del Relator de Derechos Humanos y Ambiente.

⁸⁹ SCJN, Amparo en Revisión 610/2019, *cit.*, p. 31, citando el Informe del Experto Independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible John H. Knox, párr. 59.

Adicionalmente y haciendo referencia a instrumentos internacionales, la Corte reconoce que:

toda persona debe tener acceso adecuado a la información medioambiental, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones desde las primeras etapas, con objeto de tener una influencia real en la toma de medidas que puedan tener por objeto afectar su derecho a un medio ambiente sano.⁹⁰

El artículo 5 del Acuerdo de Escazú, define los aspectos atinentes al derecho de acceso de información ambiental, incluyendo la accesibilidad; condiciones y requerimientos para su denegación, las condiciones para la entrega de la información, así como los mecanismos de revisión independientes. La obligación estatal implica brindar información de manera asequible, oportuna y efectiva, cuando las personas así la soliciten, mientras que el artículo 6 se refiere a la obligación del Estado de generar, publicar y poner a disposición la información relativa al ambiente. Es una obligación de carácter activo, en el sentido de que le corresponde al Estado proactivamente generar, producir, solicitar y poner a disposición información importante de carácter ambiental. Esto incluye, por ejemplo, inventarios de residuos tóxicos, químicos, mapas de riesgos, inventarios de emisiones a cambio climático, entre otros.

El derecho humano a la información está consagrado también en la Convención Americana en su artículo 13; dicho derecho fue interpretado por la Corte Interamericana de manera específica en materia ambiental. Según esta, los Estados están obligados a entregar información ambiental por ser de interés público, aclarando, además, que la negación a esta debe ser por excepción legal, brindando los mecanismos judiciales adecuados de defensa.⁹¹

Dado que la información ambiental es de interés público, varias jurisdicciones consideran que los actores privados también tienen la obligación de brindar esta

⁹⁰ *Idem*, p. 29.

⁹¹ Corte IDH, *Caso Claude Reyes y Otros vs Chile*.

información, tanto al Estado para que éste pueda difundirla, como a los particulares en caso de solicitarla. Es el caso de Argentina, donde la legislación y la jurisprudencia han sido claras al exigir que también las empresas tienen la obligación de proveer información ambiental, cuando esta está vinculada con el ambiente, por ser de interés general. De acuerdo con la jurisprudencia “esta Corte ha sostenido que aun cuando la persona a la que se requiere información no revista carácter público o estatal, se encuentra obligada a brindarla si son públicos los intereses que desarrolla y gestiona”.⁹²

B. Participación

Con respecto al derecho a la participación, como se mencionó, está intrínsecamente relacionado con el de información, como ha sido reconocido por la Suprema Corte, y se deriva de la interpretación de los derechos civiles y políticos. Según la Corte:

*el derecho fundamental a un medio ambiente sano no se limita a ser una norma programática, sino que contara con plena eficacia legal, es decir, que se traduzca en un mandato concreto para la autoridad, consistente en garantizar a la población un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar, lo cual acontece, como ya se vio, cuando se asegura la participación de la sociedad en la conservación, la protección y el mejoramiento del medio ambiente.*⁹³

De acuerdo con el máximo Tribunal, la participación contribuye además a la implementación de los principios de precaución y de participación ciudadana, dado que “no puede ser una sola voz, ni una sola valoración”⁹⁴ que determine importantes decisiones de política pública o reglamentaria, como fue el caso de la decisión citada, relacionada con el etanol en las gasolinas.

⁹² Juzgado Contencioso Administrativo Federal 8, Expediente 64727/2018, *Fundación Ambiente y Recursos Naturales c/ YPF SA s/VARIOS*, p. 8, citando fallos de la Corte Suprema de Justicia. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/juzgado-contencioso-administrativo-federal-nro-8-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-fundacion-ambiente-recursos-naturales-ypf-sa-varios-fa19100006-2019-07-03/123456789-600-0019-1ots-eupmocsollaf>

⁹³ SCJN, Amparo en Revisión 610/2019, *Cit.*, p. 29.

⁹⁴ *Idem*, p. 74.

Incluso, llenando un importante vacío legal, la Corte hizo referencia a las *Directrices de Bali*⁹⁵ mencionando que Los Estados deberían garantizar que “se tomen debidamente en cuenta las observaciones formuladas por el público en el proceso de adopción de decisiones y que esas decisiones se den a conocer”.⁹⁶ Considerar este aspecto es fundamental, por ejemplo, en procesos de evaluación ambiental, cuando personas o comunidades solicitan participar y acercan información a dichos procesos. También en audiencias públicas de información, los datos y comentarios deben ser tenidos en cuenta debidamente, pero que en muchas ocasiones no es el caso. Así lo ha incorporado también el Relator de derechos humanos y ambiente, como *Principio Marco 9*.

C. Acceso a la Justicia

El acceso a la justicia y al debido proceso, si bien son derechos autónomos, son también pilares fundamentales del derecho al ambiente sano, debiendo ser dicho acceso efectivo, es decir, garantizado tanto en su dimensión individual como colectiva. Este es precisamente uno de los mayores retos en México, analizado a continuación a partir de los avances jurisprudenciales y de decisiones en derecho comparado que podrían ayudar en la evolución.

De conformidad con la Suprema Corte, para acceder a un juicio de amparo en material ambiental debe acreditarse el interés legítimo,⁹⁷ que se logra cuando:

existe un vínculo entre quien alega ser titular del derecho ambiental y los servicios ambientales que presta el ecosistema presuntamente vulnerado; vínculo que puede demostrarse —como uno de los criterios de identificación, mas no el único— cuando el accionante acredita habitar o utilizar el “entorno adyacente” del ecosistema, entendiéndolo éste como su área de influencia a partir de los servicios ambientales que presta.⁹⁸

⁹⁵ Consejo de Gobierno del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, *Directrices para la elaboración de legislación nacional sobre el acceso a la información, la participación del público y el acceso a la justicia en asuntos ambientales*.

⁹⁶ *Idem*, p. 28.

⁹⁷ V., contribución de Juan Cruz Parceró, en este volumen.

⁹⁸ SCJN, Primera Sala, Sentencia recaída en el AR 307/2016, párr. 170.

Así, determina que cualquier persona, grupo de personas o asociación civil que quiera acceder a la justicia para proteger su derecho al ambiente sano, deberá evidenciar su interés legítimo, para el cual se exige la demostración del vínculo con el entorno adyacente, por ejemplo, estar domiciliado en la zona a proteger,⁹⁹ así como el beneficio que pudiera tener.¹⁰⁰

Sin embargo, la Suprema Corte requiere además una “afectación cualificada”, referida como una afectación real, de índole de salud pública u otra, exigiendo “acreditar un agravio diferenciado [...] interés cualificado, actual, real, jurídicamente relevante”.¹⁰¹ Este requisito adicional puede ser problemático, ya que enfatizar en la dimensión individual de la afectación, puede desdibujar su dimensión colectiva. Sería importante, por ende, que la evaluación de esta “afectación cualificada” sea flexible en lugar de rígida, considerando la posibilidad que afectaciones al medio ambiente de carácter colectivo queden excluidas de tutela judicial. Por lo cual la exigencia de “afectación cualificada” deberá contemplar aspectos individuales y colectivos.

Respecto a la determinación del interés legítimo, se ha dicho también que debe hacerse con “flexibilidad y razonabilidad” y “realizarse a la luz de los principios *pro actione*, *pro persona* y, por supuesto, del principio de *precaución* en materia ambiental conforme al cual, para que proceda la protección al medio ambiente basta con un indicio de prueba”.¹⁰² La Suprema Corte ha mencionado de forma reiterada la necesidad que los juzgadores tengan una interpretación amplia de la legitimación activa,¹⁰³ para garantizar la naturaleza individual y colectiva del derecho, pues de no hacerlo, se le dejaría falto de vigencia, “sin que esto rompa el equilibrio antes mencionado”.¹⁰⁴

⁹⁹ *Idem*, Segunda Sala, Sentencia recaída en el AR 659/2017, Ponente Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos.

¹⁰⁰ *Idem*, Sentencia recaída en el AR 839/2019.

¹⁰¹ *Idem*, Sentencia recaída en el AR 3193/2018, Ponente Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, razones similares se aplicaron en *Idem*, Sentencia recaída en el AR 779/2014; *Idem*, Sentencia recaída en el AR 211/2016.

¹⁰² *Idem*, Sentencia recaída en el AR 839/2019, párr. 252, resuelto por unanimidad de tres votos.

¹⁰³ *Idem*, Primera Sala, Sentencia recaída en el AR 307/2016, párr. 82.

¹⁰⁴ *Idem*, párr. 173. El Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, en decisión del 26 de junio de 2019 se refirió de manera similar, a la necesidad de una interpretación amplia del concepto de interés legítimo, para garantizar la efectividad del derecho.

En síntesis, si bien es positivo el reconocimiento de la necesidad de una interpretación amplia y flexible, en la práctica la exigencia de la vinculación con el entorno, así como la referencia a un interés diferenciado del resto de la sociedad, implica una exigencia adicional para quienes tengan el interés verdadero de proteger el ambiente. Reiterando que el ambiente es de interés colectivo, el demostrar la vinculación con el entorno o un beneficio diferenciado puede reducir la posibilidad de proteger el derecho y aún peor, de analizar el fondo en situaciones que sean de interés general para el país. Además, la exigencia de conexidad con las personas que buscan defender su derecho, refuerza en la práctica la dimensión antropocéntrica del ambiente sano, desconociendo la dimensión etnocéntrica que el ordenamiento jurídico dice reconocer.

Respecto a la necesidad de mantener el equilibrio en material procesal y evitar el desborde del sistema judicial es pertinente hacer referencia a la forma en que otras jurisdicciones han abordado el tema de la legitimación activa. Así, en Costa Rica, a partir del reconocimiento del derecho, se ha aceptado un concepto amplio, que se analiza en el caso por caso, para determinar la viabilidad o si aplica, el posible abuso del sistema judicial. Allí, respecto “de la protección al ambiente, la legitimación se enmarca dentro de los llamados intereses difusos, pudiendo entonces, cualquier persona, alegar infracciones de esta clase de derechos”.¹⁰⁵

En este orden de ideas y haciendo uso del “papel activo del juzgador para allegarse de los medios de prueba necesarios”,¹⁰⁶ es importante que el concepto de interés legítimo continúe avanzando en México, para que alcance efectivamente la garantía del derecho.

Ante la necesidad de esta evolución del derecho, en Colombia por ejemplo, la Corte Constitucional se refirió a la importancia de priorizar lo sustantivo sobre lo procesal, considerando en particular el carácter difuso de los derechos, por

¹⁰⁵ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, reiterando la Sentencia Número 3705-93 y Sentencia Número 2233-93, donde reconoce derecho al ambiente sano como derecho fundamental, la acción de amparo como acción para protegerlo y la legitimación activa. Disponible en: <<https://salaconstitucional.poder-judicial.go.cr/>>.

¹⁰⁶ SCJN, Amparo en Revisión 307/2016, *cit.*, párr. 239.

lo cual consideró “indispensable” la invención de nuevos mecanismos y, concretamente, la intervención de jueces y juezas para interpretar en el caso concreto, para alcanzar justicia material.¹⁰⁷ En este orden de ideas ha habido varios mecanismos para ello, incluyendo una interpretación amplia de la legitimación activa, así como el uso residual y subsidiario de la acción de tutela —de amparo— para la defensa de derechos, incluso colectivos como el ambiente, “cuando existiendo otros medios de defensa judicial, se requiera acudir al amparo constitucional para evitar un perjuicio irremediable”.¹⁰⁸

Finalmente, en cuanto a los elementos procedimentales del derecho, es imperioso recordar que la Suprema Corte considera “el principio *in dubio pro natura* [...] como *mandato interpretativo general* de la justicia ambiental, en el sentido de que en *cualquier conflicto* ambiental debe prevalecer, siempre, aquella interpretación que favorezca la conservación del medio ambiente”.¹⁰⁹ En este orden de ideas, y bajo una evaluación del caso por caso, el poder judicial mexicano tiene la oportunidad de interpretar también el concepto del interés jurídico *in dubio pro natura* y *pro persona*, encontrando la interpretación más amplia que permita la protección del derecho.

IV. Desafíos para la efectividad del derecho al ambiente sano en el poder judicial

La protección efectiva del derecho al ambiente sano en México ha tenido importantes avances, incluyendo el reconocimiento expreso, la interpretación evolutiva en las cortes y su correspondiente protección incremental. Aun así, la realidad evidencia desafíos, fundamentalmente relacionados con asegurar que la realidad refleje los principios y mandatos constitucionales. Como la Suprema

¹⁰⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T 415-1992.

¹⁰⁸ *Idem*, Sentencia T 325-2017. Disponible en: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/>>. En Colombia existen constitucionalmente las acciones populares, particularmente para la protección de derechos e intereses colectivos. V., Sarmiento, Palacio, *op. cit.*

¹⁰⁹ SCJN, Amparo en Revisión 307/2016, *cit.*, p. 54.

Corte ha reconocido, se requiere de un importante cambio en la lógica jurídica, dado que:

la justiciabilidad del derecho humano al medio ambiente no puede desarrollarse a partir de los modelos “clásicos” o “tradicionales” de impartición de justicia, pues en la mayoría de las ocasiones éstos resultan insuficientes y poco idóneos para tal fin. El rol del juez de amparo en juicios que involucren el derecho humano al medio ambiente debe *evolucionar* con el objeto de encontrar una respuesta más ágil, adecuada y eficaz para protegerlo, sin que esto signifique abandonar las reglas que rigen el proceso de amparo, sino únicamente dotarlas de funcionalidad.¹¹⁰

La realidad del país, incluyendo el nivel de conflictividad ambiental y el grado de afectación del ambiente sano, exigen al poder judicial dicha evolución, asegurando justamente que el amparo y demás herramientas de protección, funcionen adecuadamente para alcanzar la efectividad del derecho al ambiente sano y, con ello, la realización de todos los demás derechos. Si no se alcanza el avance de la legitimación activa tampoco podrá consolidarse la protección sustantiva del derecho, puesto que la legitimación es el primer paso hacia la justiciabilidad efectiva del mismo. En este proceso, sin duda, se deberían poder concretar elementos fundamentales de responsabilidad ambiental de todos los actores, así como concretar la remediación del daño, hacia pasos ejemplificantes que permitan a México encontrar soluciones a los conflictos socioambientales actuales.

Dicho esto, es importante hacer referencia breve a otros de los desafíos existentes que tienen que ver con la inadecuada viabilidad de medidas preventivas de suspensión de mayores impactos mientras se tramitan los litigios. Ello implica que, aunque judicialmente se proteja el derecho con una decisión positiva, dicha garantía tiene el riesgo de no ser real, por la imposibilidad de evitar de manera efectiva la concreción de las violaciones a los derechos, a veces irreparables.

Por otra parte, es de vital importancia el asegurar el cumplimiento efectivo de las sentencias para garantizar la protección efectiva de los derechos. Ello es

¹¹⁰ *Idem*, párrs. 235-237.

además vital para reducir la impunidad, promoviendo el cumplimiento de las normas, así como las sanciones cuando esto no ocurra. Lo anterior es fundamental también para garantizar el Estado de Derecho.

Otro de los desafíos más importantes en materia de efectividad del derecho al ambiente sano, es la protección de las personas defensoras del ambiente, la tierra y del territorio. Como hemos mencionado, es obligación de los Estados el establecer un entorno seguro para las personas defensoras.¹¹¹ A pesar de ello, el país es uno de los más peligrosos para estas personas defensoras, estando en particular situación de riesgo quienes son parte de pueblos indígenas, campesinos, especialmente las mujeres. Por ello, es elemental alcanzar la protección efectiva del derecho, mediante decisiones que garanticen el respeto y avance de cada uno de los elementos del contenido del derecho. Esto es un paso importante para asegurar también un entorno seguro para las personas defensoras del ambiente: asegurar que la justicia también está de su lado y las protege.

Finalmente, un desafío tanto del poder judicial mexicano como a nivel global es ayudar a solucionar la crisis climática. Si bien la complejidad rebasa la competencia de la judicatura, también es cierto que a los jueces les corresponde un rol esencial para motivar el compromiso y cumplimiento de las obligaciones del Estado, en cabeza de todas las autoridades, y para exigir que los actores no estatales cumplan con la responsabilidad que les atañe. Como ha reconocido el propio poder judicial, el Estado, incluyendo las entidades federativas y los municipios, tienen el deber de atender la crisis climática, dadas las obligaciones internacionales, así como la vinculación de dicha crisis con el disfrute de los derechos humanos.¹¹²

Por ende, el poder judicial debe continuar y aumentar el ejercicio de su jurisdicción para controlar y motivar la obligación del Estado de atender dicha situación, considerando la ciencia disponible, fomentando la participación y la información, así como una fuerte perspectiva de derechos humanos. Siendo consciente

¹¹¹ Acuerdo de Escazú, artículo 9; ONU, *Principios Marco del Relator*, Principio 4.

¹¹² SCJN, Segunda Sala, Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 888/2018, p.126

de los intereses económicos que la solución a la crisis climática afecta, debido a la transición justa y al profundo cambio sistémico requerido, “el interés económico no puede desatender ni prescindir de las afectaciones ambientales que pueda deparar la referida actividad [... los intereses económicos] debían ser ponderados y confrontados contra los potenciales riesgos que ello podría deparar al medio ambiente y las obligaciones estatales de reducir las emisiones de gases invernadero”.¹¹³ La eficacia real y la garantía del derecho al ambiente sano, así como de los demás derechos humanos, están en riesgo.

Bibliografía

Libros

Anglés Hernández, Marisol, *Derecho a un medio ambiente sano en México: de la constitucionalización a la convencionalidad*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2015. Disponible en: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4038/5.pdf>>.

Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, Centro Mexicano de Derecho Ambiental, *Derecho a un medio ambiente sano, una mirada hacia los mecanismos legales de defensa*, México, 2008, Disponible en: <https://piensadh.cd-hdf.org.mx/images/publicaciones/investigacion_y_analisis/2008_Derecho_medio_ambiente_sano-comprimido.pdf>.

Knox, John, Pejan y Ramin, *The Human Right to a Healthy Environment*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018.

Sarmiento, Palacio, German, *Las Acciones Populares en el Derecho Privado Colombiano*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2006.

¹¹³ *Idem*, Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 610/2019, p. 80.

Revistas

Canul, Robin, “México: esto sucede cuando se tumba selva en el territorio maya”, *Revista Mongabay*, 12 de noviembre de 2020, Disponible en: <https://es.mongabay.com/2020/11/mexico-esto-sucede-cuando-se-tumba-selva-en-el-territorio-maya/>.

Courtis, Christian, “El derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo frente a afectaciones colectivas de derechos humanos”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Núm. 5, 2006.

Puentes Riaño, Astrid, “Opciones del Derecho Ambiental Internacional para Proteger los Derechos de los Pueblos Indígenas”, *Revista de la Fundación para el Debido Proceso Legal*, Núm, 14, año 3, septiembre de 2010.

Jurisprudencia y normas

Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe, Acuerdo de Escazú, firmado en 2018, entró en vigor en abril de 2021, Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/1/S1800429_es.pdf.

Asamblea General de las Naciones Unidas, *Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*, Río de Janeiro, A/CONF.151/26/Rev. 1 (Vol II), junio de 1992, Disponible en: <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>.

Constitución Política de la República de Colombia.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, *Declaración A/CONF.48/14/Rev.1*, Estocolmo, junio de 1972, Disponible en: <https://undocs.org/es/A/CONF.48/14/Rev.1>.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-415/1992, Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/>.

_____, Sentencia T-254/1993, Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/>.

_____, Sentencia SU-442/1997, Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/>.

_____, Sentencia T-341/2016, Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/>.

_____, Sentencia T-622/2016, Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/>.

_____, Sentencia T-325/2017, Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/>.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Claude Reyes y Otros vs Chile*, Serie C Núm. 151, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 19 de septiembre de 2006.

_____, *Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua y otros*, Serie C Núm 79, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de agosto de 2001.

_____, *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*, Serie C Núm. 400, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 6 de febrero de 2020.

_____, *Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam*, Serie C Núm. 172, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 28 de noviembre de 2007.

_____, OC-23/2017.

Corte Internacional de Justicia, *Caso de las Papeleras en el río Uruguay, Argentina c. Uruguay*, 20 de abril de 2010, Disponible en: <https://www.icj-cij.org/en/case/135/judgments>.

Diario Oficial de la Federación, 8 de febrero de 2012, Decreto por el que se Declara reformado el párrafo quinto y se adiciona un párrafo sexto recorriéndose en su orden los subsecuentes, al artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5232952&fecha=08/02/2012.

Juzgado Contencioso Administrativo Federal 8, *Expediente 64727/2018, Fundación Ambiente y Recursos Naturales c/ YPF SA s/VARIOS*, Buenos Aires, 3 de julio de 2019, Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/juzgado-contencioso-administrativo-federal-nro-8-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-fundacion-ambiente-recursos-naturales-ypf-sa-varios-fa19100006-2019-07-03/123456789-600-0019-1ots-eupmocsollaf>.

Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente.

Organización de Estados Americanos, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador. Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-52.html>.

Organización de Naciones Unidas, Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, 2011. Disponible en: https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinessshr_sp.pdf.

Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, 8 de marzo de 2002. Disponible en: <https://salaconstitucional.poder-judicial.go.cr/>.

Suprema Corte de Justicia de la Nación

Primera Sala, Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 5452/2015, Ponente Ministro Arturo Saldívar resuelto por unanimidad de cuatro votos el 29 de junio de 2016.

Primera Sala, Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 307/2016, Ponente Ministra Norma Lucía Piña Hernández, resuelto por unanimidad de cinco votos el 14 de noviembre de 2018.

_____, Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 659/2017, Ponente Ministra Margarita Beatríz Luna Ramos el 14 de marzo de 2018.

_____, Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 888/2018, Ponente Ministro Alberto Pérez Dayán, resuelto por unanimidad de cinco votos el 6 de febrero de 2020.

_____, Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 3193/2018, Ponente Ministra Margarita Beatríz Luna Ramos el 26 de septiembre de 2018.

_____, Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 610/2019, Ponente Ministro Alberto Pérez Dayán, resuelto por mayoría de cuatro votos el 15 de enero de 2020.

_____, Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 839/2019, Ponente Ministro Luis María Aguilar Morales resuelto por unanimidad de tres votos 6 de mayo de 2020.

Otros

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General Núm. 37 sobre “las dimensiones de género de la reducción del riesgo de desastres en el contexto del cambio climático*, 2018.

Consejo de Gobierno del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, *Directrices para la elaboración de legislación nacional sobre el acceso a la información, la participación del público y el acceso a la justicia en asuntos ambientales*.

Asamblea General de las Naciones Unidas, *Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano*, A/CONF.48/14/Rev.1, Estocolmo, junio de 1972, Disponible en: <<https://undocs.org/es/A/CONF.48/14/Rev.1>>.

_____, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Campesinos y de Otras Personas que Trabajan en las Zonas Rurales*, A/RES/73/165, Nueva York, 17 de diciembre de 2018, Disponible en: <<https://undocs.org/es/A/RES/73/165>>.

_____, *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, A/RES/61/295, Nueva York, 13 de septiembre de 2007, Disponible en: <https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf>.

Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, AG/RES. 2888 (XLVI-6/16), junio de 2016, Disponible en: <<https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>>.

Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente, *Buenas Prácticas a Nivel Mundial para los Estudios de Impacto Ambiental*, 2021, Disponible en: <<https://aida-americas.org/es/buenas-practicas-a-nivel-mundial-para-los-estudios-de-impacto-ambiental>>.

_____, *Guía de Defensa Ambiental*, 2008, Disponible en: <https://aida-americas.org/sites/default/files/featured_pubs/guia_de_defensa_ambiental_aida.pdf>.

Centro Mexicano de Derecho Ambiental, *Informe sobre la Situación de Personas Defensoras de los Derechos Humanos Ambientales en México*, 2020, Disponible en: <<http://miranoscemda.org.mx/>>.

Coalición de Organizaciones por el Derecho al Ambiente Sano, *Llamado Global Urgente al Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas para que reconozca el derecho al ambiente seguro, limpio, sano y sostenible*, 10 de septiembre de 2020. Disponible en: <https://www.ciel.org/wp-content/uploads/2020/09/Global-Call-for-the-UN-to-Recognize-the-Right-to-a-Healthy-Environment-Spanish.pdf>.

Comisión Nacional para el Conocimiento y Uso de la Biodiversidad, *México biodiverso*, Disponible en: <https://www.biodiversidad.gob.mx/pais/quees>

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General Núm. 37 sobre las dimensiones de género de la reducción del riesgo de desastres en el contexto del cambio climático*, 2018.

Consejo de Gobierno del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, *Directrices para la elaboración de legislación nacional sobre el acceso a la información, la participación del público y el acceso a la justicia en asuntos ambientales*.

CONEVAL, *Informe de situación de pobreza en México*, 2018, Disponible en: <https://www.coneval.org.mx/Medicion/Paginas/PobrezaInicio.aspx>.

_____, *Declaración A/CONF.151/26/Rev. 1 (Vol II)*, Río de Janeiro, junio de 1992, Disponible en: <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>.

Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *A/HRC/RES/40/11*, Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/088/51/PDF/G1908851.pdf?OpenElement>.

_____, *A/HRC/45/L.48/Rev.1*, Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/45/L.48/Rev.1>.

_____, *A/HRC/46/L.6/Rev.1*, Disponible en: <https://undocs.org/es/A/HRC/46/L.6/Rev.1>.

_____, *A/HRC/RES/19/10*, Disponible en: [⟨https://undocs.org/es/A/HRC/RES/19/10⟩](https://undocs.org/es/A/HRC/RES/19/10).

_____, Informe del Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, *John H. Knox*, *A/HRC/22/43*, 24 de diciembre de 2012, Disponible en: [⟨https://undocs.org/es/A/HRC/22/43⟩](https://undocs.org/es/A/HRC/22/43)

_____, Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, *A/HRC/37/59*, 24 de enero de 2018, Disponible en: [⟨https://undocs.org/es/A/HRC/37/59⟩](https://undocs.org/es/A/HRC/37/59).

_____, Resolución acerca de los Derechos del Niño: hacer efectivos los derechos del niño a través de un medio ambiente saludable, *A/HRC/45/L.48/Rev.1*, Disponible en: [⟨https://undocs.org/es/A/HRC/45/L.48/Rev.1⟩](https://undocs.org/es/A/HRC/45/L.48/Rev.1).

_____, Resolución 19/10, *A/HRC/RES/19/10*, 19 de abril de 2012.

_____, Resolución 40/11, Reconocimiento de la contribución que hacen los defensores de los derechos humanos relacionados con el medio ambiente al disfrute de los derechos humanos, la protección del medio ambiente y el desarrollo sostenible, *A/HRC/RES/40/11*, Ginebra, 2 de abril 2019.

_____, Resolución 46, Los derechos humanos y el medio ambiente, *A/HRC/46/L.6/Rev.1* del 17 de marzo de 2021, Disponible en: [⟨https://undocs.org/es/A/HRC/46/L.6/Rev.1⟩](https://undocs.org/es/A/HRC/46/L.6/Rev.1).

Instituto Nacional de Ecología y Cambio Climático, *México ante el Cambio Climático, Acción Climática*, 2019, Disponible en: [⟨http://cambioclimatico.gob.mx:8080/xmlui/handle/publicaciones/327⟩](http://cambioclimatico.gob.mx:8080/xmlui/handle/publicaciones/327).

- Knox, John, *Informe al Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, A/HRC/22/43*, 24 de diciembre de 2012, Disponible en: <<https://undocs.org/es/A/HRC/22/43>>.
- Panel Intergubernamental de Cambio Climático, *Summary for Policymakers*. In: *Climate Change 2021: The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, Masson-Delmotte, V., P. Zhai, A. Pirani, S. L. Connors, C. Péan, S. Berger, N. Caud, Y. Chen, L. Goldfarb, M. I. Gomis, M. Huang, K. Leitzell, E. Lonnoy, J.B.R. Matthews, T. K. Maycock, T. Waterfield, O. Yelekçi, R. Yu and B. Zhou (eds.), Cambridge University Press, 2021. Disponible en: <<https://www.ipcc.ch/report/sixth-assessment-report-working-group-i/>>.
- Panel Intergubernamental de Cambio Climático, *Summary for Policymakers*. In: *Global Warming of 1.5°C. An IPCC Special Report on the impacts of global warming of 1.5°C above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways, in the context of strengthening the global response to the threat of climate change, sustainable development, and efforts to eradicate poverty*, Masson Delmotte, V., P. Zhai, H.-O. Pörtner, D. Roberts, J. Skea, P.R. Shukla, A. Pirani, W. Moufouma-Okia, C. Péan, R. Pidcock, S. Connors, J.B.R. Matthews, Y. Chen, X. Zhou, M.I. Gomis, E. Lonnoy, T. Maycock, M. Tignor, and T. Waterfield (eds.), World Meteorological Organization, Geneva, Switzerland. Disponible en: <<https://www.ipcc.ch/sr15/>>.
- Plataforma Intergubernamental Científico-Político de Biodiversidad y Servicios Ecosistémicos, *Global assessment report on biodiversity and ecosystem services of the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services*, E. S. Brondizio, J. Settele, S. Díaz, and H. T. Ngo (eds), IPBES secretariat, Bonn, Germany, 2019. Disponible en: <<https://doi.org/10.5281/zenodo.3831673>>.
- Propuesta de Reforma Constitucional en México en materia de derechos humanos, elaborada por las organizaciones de la sociedad civil y por académicas, académicos y especialistas de derechos humanos*, México, 2008.

Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, *Informe a la Asamblea General de Naciones Unidas*, A/74/161, 15 de julio de 2019. Disponible en: <<https://undocs.org/es/A/74/161>>.

_____, *Informe al Consejo de Derechos Humanos*, A/HRC/37/59, 24 de enero de 2018. Disponible en: <<https://undocs.org/es/A/HRC/37/59>>.

Relator Especial sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, *Informe al Consejo de Derechos Humanos, El cambio climático y la pobreza*, A/HRC/41/39, 17 de julio de 2019. Disponible en: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/218/69/PDF/G1921869.pdf?OpenElement>>.

Sarmiento Palacios, Germán, *El Test de Proporcionalidad en la Suprema Corte*, abril de 2021.

Suárez, Gerardo, *Las comunidades indígenas, custodias de los bosques y la biodiversidad*, citando a la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, 9 de agosto de 2017. Disponible en: <<https://www.ccmss.org.mx/las-comunidades-indigenas-custodias-los-bosques-la-biodiversidad/>>.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Centro de Estudios Constitucionales, *Cuadernos de Jurisprudencia Núm. 3, Contenido y alcance del derecho humano a un medio ambiente sano*, julio de 2020. Disponible en: <<https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/biblioteca-virtual/contenido-y-alcance-del-derecho-humano-un-medio-ambiente-sano>>.

SEMARNAT, Instituto Nacional de Ecología y Cambio Climático, *Estimación De Impactos En La Salud Por Contaminación Atmosférica En La Región Centro Del País Y Alternativas De Gestión*, 2016. Disponible en: <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/208105/INECC_CAME_Final_14022017.pdf>.

_____, *Informe de la Situación del Medio ambiente en México*, 2018. Disponible en: <https://apps1.semarnat.gob.mx:8443/dgeia/informe18/tema/pdf/Informe2018GMX_web.pdf>.

Judicialización de DESCA y desigualdades estructurales: el caso de la desigualdad de género ante la SCJN

Tatiana Alfonso Sierra*
Ana Micaela Alterio**

* Profesora de tiempo completo en el ITAM.

** Profesora de tiempo completo en el ITAM. SNI 1 CONACYT.

Judicialización de DESCA y desigualdades estructurales: el caso de la desigualdad de género ante la SCJN. I. Introducción; II. El principio de igualdad frente a las desigualdades de género; III. Desigualdad estructural: la construcción de las categorías legítimas de diferenciación; IV. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, los DESCA y la perspectiva de género; V. Reflexiones teóricas y conclusión.

I. Introducción

En este artículo no retomaremos el debate sobre la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales —en adelante DESCA—, pues confiamos en que los y las lectoras, como nosotras, acepten esto como punto de partida. Sin embargo, esto no quiere decir que esperamos una aceptación axiomática de ellos, sino una basada tanto en el mandato constitucional como en la numerosa doctrina disponible como la que llena las páginas de este libro. En cambio, nos dedicaremos a un tema que presenta particularidades al momento de la justiciabilidad, como es la obligación de cumplimiento de los DESCA sin discriminación por razón de sexo/género y con perspectiva de género.¹

Este anuncio parece obvio: no solo lo podemos leer en el artículo 1º constitucional, sino en la totalidad de tratados internacionales sobre derechos humanos. Particularmente, lo encontramos expreso en los artículos 2.2 y 3 del Pacto Inter-

¹ En este artículo usaremos la designación sexo-género para nombrar en el análisis no solo la discriminación contra la mujer, sino también aquella que sufren otras sexualidades no binarias y también las personas, independientemente de su sexo biológico, por su orientación sexual, identidad o expresión de género. Aunque cada experiencia de discriminación tiene sus particularidades y no nos será posible abarcarlas todas, queremos dejar sentado que la prohibición de discriminación es extensiva a todas las identidades y biología.

nacional de Derechos económicos, sociales y culturales —en adelante PIDESC— y es la razón de ser de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer —en adelante CEDAW, por sus siglas en inglés—, ambos con jerarquía constitucional en México. La complejidad, empero, se da al momento de hacer explícitos los alcances de dicho mandato constitucional, sobre todo en su relación con el reconocimiento, protección y garantía de derechos específicos.

En este sentido, el artículo pretende abordar en un primer momento —secciones II y III—, el significado del mandato de igualdad y no discriminación por motivos de sexo-género y su impacto en los DESCAs. Aquí nos detendremos en la obligación relativa a garantizar la igualdad sustantiva, reconociendo las desigualdades estructurales que afectan a las mujeres en el goce y ejercicio de sus derechos. En este punto es importante mencionar las especificidades que algunos derechos sociales revisten para las mujeres y géneros diversos.² Esto nos permitirá tener un esquema completo para abordar casos con perspectiva de género desde las dimensiones de la igualdad —formal, material y sustantiva— y sus correlativos remedios —compensatorios, correctivos y transformadores—. Posteriormente —sección IV—, nos detendremos en algunos casos de DESCAs que fueron resueltos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana —en adelante SCJN—, y que incluyen en su análisis el reconocimiento de que las normas pueden tener un impacto diferenciado por razón de género. Los casos nos servirán para repasar los criterios que ha avanzado la Corte en materia de igualdad de género y DESCAs, pero también para pensar todo lo que aún falta por hacer conforme al esquema propuesto en este artículo. Así, abordaremos críticamente las medidas que se presentan como compensatorias y aquellas que pretenden ser transformadoras. Por último, además de una reflexión integradora, quisiéramos repasar las herramientas para el completo abordaje y protección judicial de los DESCAs con perspectiva de género.

² Según la nomenclatura usada por la CIDH, en su Informe sobre personas trans y de género diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, OEA, 2020. Disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PersonasTransDESCA-es.pdf>

II. El principio de igualdad frente a las desigualdades de género

El contenido del principio de igualdad es siempre motivo de debate en la doctrina jurídica y un punto crucial en el análisis de conflictos judicializados. Al ocuparnos de la forma en que los derechos y su judicialización impactan la vida de grupos específicos de población, es necesario contar con una matriz analítica que nos permita operar en la garantía de los derechos con respeto y apego al principio de igualdad, en la doctrina y en la realidad. Es justamente en este plano de la realidad en donde el principio de igualdad nos exige, en lugar de dar tratos iguales a las personas, hacer distinciones entre ellas. En esta sección presentamos brevemente una forma de descomponer el principio de igualdad y su relación con la resolución de casos judiciales de DESCAs, para proveer herramientas a los y las operadores jurídicos en aquellos casos en los que el principio de igualdad requiere tener una perspectiva diferenciada para alcanzar su eficacia.³

En primer lugar, es necesario recordar que la igualdad es un ideal que los ordenamientos jurídicos persiguen y anhelan, pero no es el principio que organiza las relaciones sociales en la práctica. A pesar de que el principio de igualdad nos diga que todas las personas somos iguales, las sociedades están organizadas de forma jerárquica y alrededor de principios que asignan roles, deberes y generan expectativas de comportamiento con base en el sexo, la clase social o el color de piel. El principio de igualdad implica siempre una corrección normativa frente a dichas relaciones sociales jerarquizadas y subordinadas de las sociedades contemporáneas.

Al enfrentarnos al principio de igualdad es importante tener claras las aspiraciones y promesas que éste implica, de manera que podamos determinar los mecanismos y vías por las que podemos cumplirlas. Igualmente, es importante comprender la situación desigual que se pretende corregir, de tal manera, que los remedios logren corregir dicha situación y no reproducirla. Por ello a continuación,

³ V, también la contribución de Silvia Serrano, en esta misma obra.

presentamos las dimensiones del principio de igualdad relevantes para analizar casos de adjudicación de DESCAs con perspectiva de género y, posteriormente, el concepto de desigualdad estructural que se encuentra en la base de la desigualdad de género en las sociedades contemporáneas.

El artículo 1 constitucional reconoce el principio de igualdad como no discriminación, esto es, la cláusula clásica de la *igualdad formal* según la cual todas las personas deben ser tratadas de la misma forma *en la ley y ante la ley*. De acuerdo con la dimensión formal de la igualdad, el Estado no debe hacer distinciones en el reconocimiento de los derechos —en la ley—, ni tampoco en la aplicación de la legislación —ante la ley—. En este nivel cualquier distinción puede implicar un trato discriminatorio y por tanto ilegítimo y prohibido.⁴ El objetivo último de la igualdad formal es garantizar que todas las personas tengan las mismas posibilidades de disfrutar de los derechos sin exclusión ni restricción.

Esta dimensión de la igualdad responde a la idea fundamental de la dignidad humana según la cual no hay razones para diferenciar entre tipos de personas y el goce de los derechos. Históricamente, la dimensión formal de la igualdad con respecto a las mujeres ha significado la remoción de barreras legales para el ejercicio de los derechos —por ejemplo, el acceso a la propiedad—, el reconocimiento de derechos civiles y políticos —por ejemplo, el derecho al voto— y también de derechos económicos, sociales y culturales —por ejemplo, el derecho al trabajo—. Ahora bien, el reconocimiento y extensión de los derechos a grupos históricamente discriminados no implica que, en la práctica, estos puedan gozar de ellos, y por ello esta dimensión formal sólo cumple con una primera parte de la promesa.

Los sistemas constitucionales han reconocido que la dimensión formal de la igualdad es insuficiente para que el derecho responda a las condiciones fácticas en las que se encuentran las personas y han incorporado lo que se conoce como

⁴ Carbonell, “Estudio preliminar. Igualdad y derechos humanos”, en *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, pp. 12-14.

la *dimensión material* de la igualdad.⁵ La igualdad material parte del mandato aristotélico sobre la justicia, de acuerdo con el cual se debe tratar igualmente a los iguales y desigualmente a los desiguales. Eso significa que existen diferenciaciones y distinciones que, en primer lugar, son legítimas y, en segundo lugar, son necesarias para garantizar la igualdad en el goce de los derechos. Las distinciones legítimas son aquellas que son objetivas y razonables, que no constituyen tratos discriminatorios y que resultan necesarias para nivelar a las personas en el acceso a los derechos.⁶

El mandato de la igualdad material implica entonces remover los obstáculos fácticos para el acceso a los derechos. Es decir que debemos encontrar una fórmula jurídica diferente a la de los demás, para garantizar que quienes están en esa situación desigual, accedan al derecho y gocen plenamente de él. En otras palabras, la igualdad material implica un tratamiento diferente *de iure* para lograr una igualdad *de facto*. Al considerar la situación de hecho en la que se encuentran las personas, el mandato de igualdad material nos obliga a asumir tratos desiguales como mecanismo para igualar a las personas en el goce de los derechos. Así lo reconoce el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer en la Recomendación general Núm. 25, que interpreta el párrafo 1 del artículo 4 de la CEDAW, y afirma que el objetivo último de dicho artículo es “alcanzar la igualdad *de iure* y *de facto* entre el hombre y la mujer en el goce de los derechos humanos”.⁷

La fórmula de la igualdad material equivale a incorporar la idea de generar igualdad de oportunidades para obtener igualdad en el resultado, es decir, en el goce de los derechos.

⁵ Clérico, Ronconi, *et al.*, “Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe en materia de Igualdad: sobre la no-discriminación, la no-dominación y la redistribución y el reconocimiento”, en *Revista Direito GV*, pp. 115-170.

⁶ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 396 y ss. La CIDH ha adoptado también un estándar para identificar aquellas distinciones que constituyen tratos discriminatorios, afirmando que “una diferencia de trato es discriminatoria cuando la misma no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido.” Corte IDH. Caso *Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Serie C Núm. 2795

⁷ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general Núm. 25, párr. 21, art. 4. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal, párr. 4.

Ahora bien, la igualdad material implica necesariamente que entendamos cuáles son las circunstancias en las que las personas se encuentran y qué obstaculiza el acceso a los derechos, para poder remover dichos obstáculos.⁸ En el caso del género como criterio organizador de la sociedad, esto significa comprender que, si bien las mujeres deben ser tratadas como iguales en la ley por ser personas con dignidad plena, cuando evaluamos los obstáculos de acceso a los derechos, dada la trayectoria histórica de exclusión social y política, dicho goce igualitario no sucede y requiere de medidas correctivas que les permitan alcanzar el mismo nivel de acceso que otros grupos de población. Cuando esa es la situación, aplicar el principio de igualdad formal resulta insuficiente, porque el resultado perpetuará la desigualdad y el principio será ineficaz. Es necesario entonces igualar el piso de oportunidades para aquellas personas que están en una situación diferente de manera que puedan acceder al derecho y gozar plenamente de él. En muchas situaciones, esta dimensión implica que los remedios judiciales deben ser positivos y propositivos, para remover los obstáculos de acceso en los casos individuales y para garantizar la eficacia del derecho y del principio de igualdad.⁹ El remedio en este tipo de casos suele funcionar como una especie de ascensor que nivela a la persona para el goce del derecho: suele ser un remedio individual en atención a las circunstancias de las personas.¹⁰

En algunas ocasiones, las condiciones fácticas en las que se encuentran las personas no tienen que ver solamente con su situación individual y con desventajas

⁸ En un trabajo reciente, Silvina Ribotta muestra claramente los obstáculos que la desigualdad económica impone al ejercicio de la autonomía, haciendo evidente desde el análisis filosófico la necesidad de establecer mecanismos que remuevan los obstáculos. Si bien la desigualdad estructural no siempre equivale a desigualdad económica, esta última constituye uno de los obstáculos más comunes para el goce pleno de los derechos en términos de género. V. Ribotta, “Condiciones materiales para el ejercicio de la autonomía. El jaque de la desigualdad a la libertad” en *Revista Derecho del Estado* 48, pp. 149-182.

⁹ V., Corte Constitucional Colombiana, C-410 y T-624.

¹⁰ V., *Idem*, art. 13. Sobre la garantía del derecho al mínimo vital de personas de la tercera edad en el que la Corte explica el reconocimiento del derecho como garantía de la igualdad de oportunidades y la nivelación social; dice la Corte Colombiana “El derecho al mínimo vital no sólo incluye la facultad de neutralizar las situaciones violatorias de la dignidad humana, o la de exigir asistencia y protección por parte de personas o grupos discriminados, marginados o en circunstancias de debilidad manifiesta, sino que, *sobre todo*, busca garantizar la igualdad de oportunidades y la nivelación social en una sociedad históricamente injusta y desigual, con factores culturales y económicos de grave incidencia en el “déficit social”. El derecho a un mínimo vital no otorga un derecho subjetivo a toda persona para exigir, de manera directa y sin atender a las especiales circunstancias del caso, una prestación económica del Estado.” *Idem*, Sentencia T-426.

de acceso puntual, sino con una cuestión estructural que determina la situación de exclusión, pero también el estatus del grupo al que pertenece la persona en las sociedades y los roles y expectativas asociadas a ello. Tal circunstancia requiere entonces no solamente nivelar a las personas en el acceso a los derechos, sino reconocer la diversidad y la diferencia social y buscar mecanismos para acomodarla.¹¹ De esto último se encarga una concepción robusta de la igualdad, que nos permite comprender y corregir las relaciones de subordinación que construimos en la interacción social. Parte de la academia se ha referido a ésta como “igualdad como no subordinación”¹² o “igualdad como no-sometimiento”,¹³ para indicar aquella concepción de la igualdad que reconoce que las sociedades jerarquizan socialmente a los grupos de población y que, a través de las prácticas sociales o jurídicas, excluyen a los mismos de forma sistemática. Dicha exclusión sistemática ubica a esos grupos de población en una situación de marginación y sometimiento, que se consolida a lo largo del tiempo, hasta convertirse en un asunto estructural.

Frente a la exclusión estructural, la simple remoción de obstáculos que ordena la igualdad material tampoco es suficiente y, en consecuencia, perseguir la igualdad implica diseñar un trato preferente y diferenciado. En términos normativos, reconocer el problema del sometimiento y la subordinación, implica aceptar que la forma de cumplir con la promesa última de la dignidad que nos promete el principio de igualdad es comprometerse con la *igualdad sustantiva*, cuya formulación más completa ha sido presentada por Sandra Fredman. De acuerdo con Fredman, la igualdad sustantiva debe ser entendida como un concepto multidimensional en el que la igualdad, para responder la desventaja y exclusión estructural, debe: i) corregir las desventajas; ii) combatir los estigmas, estereotipos, prejuicios y violencias; iii) mejorar la participación y representación de los grupos en desventaja; y iv) acomodar las diferencias para contrarrestar las estructuras de subordinación.¹⁴

¹¹ Fredman, *Discrimination Law*, *passim*.

¹² Fiss, “Groups and the Equal Protection Clause”, en *Equality and Preferential Treatment*, *passim*.

¹³ Saba, “Castas, desigualdad estructural y la igualdad como no-sometimiento” en *Pobreza, derechos y desigualdad estructural*, pp. 1-35. Cf., Clérico, Ronconi, *et al.*, *op. cit.*

¹⁴ Fredman, S. “Substantive Equality Revisited”, en *I-CON*, pp. 712-738.

Fredman concibe los elementos de la igualdad sustantiva como dimensiones que interactúan y que se combinan para alcanzar el cambio estructural. Justamente por ello, nuestra propuesta incorpora consideraciones sobre las causas que generan desigualdad de género y sobre los mecanismos que la mantienen.

Nuestra propuesta parte del compromiso con el concepto de la igualdad sustantiva, entendida como el correlato normativo necesario para enfrentar desigualdades estructurales como la desigualdad de género. Proponemos, siguiendo a Fredman,¹⁵ pensar la adjudicación de casos de DESCAs con perspectiva de género desde las cuatro dimensiones de la igualdad sustantiva, de manera que el análisis judicial cumpla con lo dispuesto en la CEDAW y contribuya a la superación de la desigualdad estructural basada en género, acercando el ordenamiento jurídico a la promesa del principio de igualdad. El punto de partida para la concreción de la igualdad sustantiva debe ser la comprensión del tipo de desigualdad a la que nos enfrentamos.

III. Desigualdad estructural: la construcción de las categorías legítimas de diferenciación

La protección judicial de los DESCAs con perspectiva de género implica entender el tipo de desigualdad involucrada en las relaciones de género en nuestra sociedad para así alcanzar la igualdad sustantiva. Es por ello que, el punto de partida para el análisis y adjudicación de los DESCAs con esta perspectiva debe ser el concepto de la desigualdad de género como un *asunto estructural*, donde se reconozca las *causas* que subyacen a esta forma de desigualdad y los *mecanismos* a través de los cuales dicha desigualdad se mantiene.

La *desigualdad estructural* es aquella situación en la que a un grupo de personas se les atribuye un estatus diferente respecto de otros grupos de población y, en consecuencia, se les da un trato social diferente. Esta relación asimétrica entre

¹⁵ Fredman, “Engendering Socio-Economic Rights”, en *South African Journal on Human Rights*, pp. 410-441.

grupos de población se mantiene a través de la asignación social de funciones, roles y decisiones que van marcando el acceso desigual a los derechos, bienes y servicios.

El problema fundamental de esta diferencia de estatus es que se jerarquiza a los grupos poblacionales creando imaginarios sociales de superioridad e inferioridad. Dichos imaginarios se estabilizan socialmente como ideologías, es decir, creencias compartidas sobre lo que las personas son y deberían ser.¹⁶ En el caso de la desigualdad de género, la ideología de género que sostiene el conjunto de creencias que justifica la idea de superioridad de lo que se entiende como masculino, que naturaliza la asociación entre el poder y la masculinidad por un lado, y la subordinación de lo femenino por el otro, y que difunde la idea de las identidades binarias, es el patriarcado.¹⁷ Así, cuando hablamos de desigualdad de género, no es simplemente un problema de diferencia o de oposición entre hombres y mujeres, sino de una diferencia que es organizada socialmente en términos verticales y que ubica a ciertos grupos de población en una posición de desventaja en términos de poder y, por tanto, en desventaja con respecto a la participación, la representación, las libertades y el acceso a bienes, servicios y derechos.

La desigualdad de género, entendida como un asunto estructural, está anclada en la falsa asociación entre el aparato sexual y reproductivo de las personas y sus posibilidades biológicas y cognitivas, funciones y roles sociales, y normas de conducta esperadas. Eso significa que se asume que las personas por el hecho de tener cierto aparato sexual y reproductivo son mujeres, y que de ello se derivan necesariamente ciertos roles sociales y una forma de comportamiento específica, que son menos valiosas que otras funciones. Esta vinculación entre lo biológico y lo social está en la base de la desigualdad de género, y es la *causa* de la posición asimétrica en la que se ubica a las mujeres en la distribución de poder en la sociedad. Aunado al poco valor que se le da a estas funciones y roles en la sociedad, las mujeres quedan en una posición de subordinación con respecto al acceso a recursos y poder.

¹⁶ Cf., Wade, Marx Ferree, "Gender Ideologies", en *Gender. Ideas, Interactions, Institutions*.

¹⁷ *Ibidem*.

Esta forma de desigualdad es estructural —por oposición a los casos y preferencias individuales—, porque la concepción sobre las funciones y roles sociales se convierten en expectativas de comportamiento que son adoptadas como reglas y prácticas por parte de las instituciones sociales y jurídicas —como la familia o el sistema de administración de justicia, respectivamente—. De esa manera, el trato asimétrico y jerarquizado se normaliza socialmente, creando la falsa idea de que las expectativas de comportamiento son “naturales” o “lógicas” para ese grupo de población. Además, lo anterior da lugar a la creación de estereotipos sobre el grupo de población, su manera de ser y actuar, y estabiliza la asimetría en el acceso a los derechos, bienes y servicios. Los prejuicios, estereotipos y normas sociales son mecanismos relevantes que sostienen la desigualdad de género a través de las relaciones sociales, las instituciones, los procedimientos y los diseños legales. En perspectiva histórica, ese proceso de naturalización de los roles y funciones asociados a un grupo de población resulta en una desventaja social para la toma de decisiones, la participación, el desarrollo de proyectos de vida libres y la inclusión de dichos grupos de población.

El género como construcción social impone entonces una serie de expectativas y cargas sociales a las mujeres, diferentes a las que usualmente se les asignan a los hombres. Los estudios de género han mostrado de manera consistente cómo las instituciones sociales y los diseños legales adoptan e incorporan estos modelos, institucionalizando la desventaja para las mujeres. Así, al mismo tiempo que se naturalizan los roles sociales, se sistematiza y consolida la desigualdad. Para el caso del acceso y goce de los DESCAs, todas las cargas sociales asociadas al trabajo reproductivo y a los trabajos de cuidado se asignan a las mujeres y son relevantes porque definen condiciones de acceso y goce del derecho a la educación, al trabajo, a la seguridad social, a la salud, entre otros. Las tareas de cuidado de la familia y los roles asociados al trabajo reproductivo que siguen siendo cumplidos mayoritariamente por mujeres, implican obstáculos de acceso a la educación y al trabajo, y requieren ajustes específicos en cuanto al derecho a la salud y la seguridad social, para que las mujeres puedan estar en condiciones de igualdad con aquellas personas que no cumplen con esas tareas sociales.

Incorporar la perspectiva sustantiva de la igualdad implica reconocer las especificidades de dicha construcción social del género para interpretar el mandato constitucional, convencional y legislativo, y diseñar los remedios adecuados que permitan a las mujeres enfrentar la desigualdad estructural. Este paso implica necesariamente pensar de manera diferente los DESCAs en relación a las mujeres, y diseñar formas de análisis y adjudicación diferenciadas. Ahora bien, los remedios diferenciados en materia de DESCAs, para ser realmente transformadores con respecto a la desigualdad de género y ajustarse a la igualdad sustantiva, deben atacar también las causas y mecanismos que sostienen la desigualdad de género. Eso significa que los argumentos de la decisión judicial son herramientas centrales para dismantelar en el mediano y largo plazo la desigualdad y para impulsar procesos sociales amplios de resignificación del género.

Por ello, de acuerdo con el principio de igualdad sustantiva, sostenemos que las decisiones judiciales tienen más capacidad de generar un cambio estructural si además de proveer soluciones al caso específico para el acceso al derecho, incorporan criterios y argumentos que apunten a los mecanismos que sostienen la desigualdad, esto es, a los prejuicios, estereotipos y roles sociales —no centrándose en la identidad de las personas sino en el sistema de opresión que las ubica en la posición subordinada, apuntando al trato preferente que permite superarlo—.

El reconocimiento de la desigualdad de género como un asunto estructural implica reconocer dos elementos fácticos cuyo análisis es indispensable en los casos judiciales de DESCAs. El primero de ellos se refiere a i) la situación en la que están las mujeres en la sociedad, con respecto a otros grupos de población en términos de roles sociales, normas de género, expectativas de comportamiento y lo que ello implica con respecto al goce del derecho. Cuando se analiza la adjudicación del derecho sin tener en cuenta dichas condiciones, la desigualdad se reproduce porque en la fórmula jurídica, el acceso desigual al derecho se mantiene. En este nivel, la dimensión formal de la igualdad puede llevar a caminos equivocados, al sugerir que se deben garantizar los derechos independientemente del sexo de las personas, porque se perpetúa la desigualdad y se deja sin eficacia el principio de

igualdad.¹⁸ La dimensión material, por su parte, resulta también insuficiente porque si bien puede ser útil para la corrección del efecto diferenciado en el acceso a los derechos, deja intacta la estructura sobre los roles sociales y las creencias sobre lo que ellos implican en relación con los derechos. Adicionalmente, la dimensión material no nos da herramientas para acomodar las diferencias que las ideologías de género crean en la sociedad. Esta situación estructural en que se hallan las mujeres implica reconocer la asimetría y buscar alternativas no sólo para nivelar unos grupos con otros, sino en los términos de Young, para acomodar la diversidad y la diferencia.¹⁹

Ahora bien, tener en cuenta la situación diferente en la que se encuentran las mujeres puede llevar a la formulación de remedios para corregir la violación del derecho, pero perpetuando los mecanismos que sostienen la desigualdad —es decir, la asociación de lo femenino con la subordinación—. Por ello, el segundo elemento relevante para el análisis es ii) la consideración de las causas que producen las condiciones de desventaja que, de acuerdo con la explicación de la desigualdad estructural, es la falsa presunción de que las mujeres deben asumir esas cargas y asignaciones sociales por el hecho de ser mujeres. Lo que resulta relevante en este nivel es comprender y reflejar en el análisis que la razón por la que se encuentran en esa situación de desventaja son los mecanismos sociales que las ubican en aquellos roles y, por tanto, es posible y necesario acomodar dicha diferencia sin reproducir la idea de lo esencial o natural.

El error común en términos de adjudicación de casos con perspectiva de género es asumir que las mujeres ocupan esos lugares en la sociedad por razones biológicas o de preferencias naturales, es decir, por el hecho de ser mujeres de acuerdo con la ideología de género dominante. Derivado de esto, se cree comúnmente

¹⁸ Esta fue la postura que tomó la Suprema Corte de Justicia de los EEUU en los años 70, que Rubio Marín, califica como “asimilacionista” o *gender-neutral*. En sus palabras, allí, en lugar de reflexionarse y acomodar las diferencias funcionales entre los sexos, se asumía que las normas debían ignorarlas como modo de liberar a los individuos de las expectativas sociales impuestas. Como consecuencia, muchas de las protecciones, por ejemplo, al embarazo, se construyeron asimilándolo a enfermedades, y la reproducción y los cuidados permanecieron marginados al ámbito privado. V., Rubio Marín, R. “The (dis) establishment of gender: Care and gender roles in the family as a constitutional matter”, en *I-CON*, pp.797-800.

¹⁹ Young, *Justice and the Politics of Difference*, p. 171.

que, por ser una situación lógica o natural, no hay ningún problema de asimetría o desigualdad.

El concepto de desigualdad estructural nos muestra, por el contrario, que en la conjunción entre las diferencias sociales —roles, funciones y expectativas de comportamiento— y el valor asimétrico que se le asigna a dichas diferencias, las mujeres —y las personas cuya identidad y comportamiento social no se alinea con el ideal masculino— quedan en una situación de desventaja que amerita el análisis diferenciado de las condiciones para acceder y gozar de los derechos. Así, una decisión judicial que cumpla con la promesa del artículo 1° constitucional y le dé plena eficacia, debe incorporar tanto el análisis de la situación particular en la que se encuentran las mujeres involucradas en el caso —por el hecho de ser vistas como mujeres en la sociedad— como también diseñar formas de acceso efectivo al derecho y combatir argumentativamente los mecanismos que mantienen esa situación —estereotipos y normas sociales—, con remedios que permitan modificar la estructura social.

Cuando se trata de DESCAs, la desigualdad estructural de género es particularmente relevante porque la evolución constitucional de estos derechos ha significado una ampliación progresiva dentro de los modelos de Estado, construido sobre los roles sociales tradicionales de género. Esto significa que los derechos sociales se han ampliado sobre la base de la división sexual del trabajo, produciendo y replicando asimetrías para todas aquellas tareas feminizadas en la sociedad²⁰ y para todas aquellas que se intersectan con el trabajo reproductivo. Por esa razón, cuando pensamos en los DESCAs con perspectiva de género, resulta fundamental centrar nuestro análisis en la organización social del trabajo de cuidado y del trabajo reproductivo.²¹

Los *remedios* que pueden modificar dicha estructura social alrededor del cuidado y la reproducción, han sido analizados y clasificados por la doctrina en compen-

²⁰ Sobre las tensiones entre el trabajo de cuidado socialmente organizado y las formas de participación y remuneración económica del trabajo V., Folbre, Nelson, ¿“For Love or Money?” en *The Journal of Economic Perspectives*, pp. 123-140.

²¹ Sobre las asimetrías de género en la asignación y remuneración del trabajo de cuidado, V., England, Budig, *et al.*, “Wages of Virtue: The Relative Pay of Care Work”, en *Social Problems*, pp. 455-473.

satorios correctivos y transformadores.²² Los remedios *compensatorios* son aquellos que reconocen que hombres y mujeres son tratados de manera diferente en la sociedad y que ello conlleva que exista una asignación asimétrica de cargas sociales que implican una situación de desventaja, bien porque imponen obstáculos en las condiciones de acceso a un derecho, o porque el acceso al derecho tiene impactos diferenciados y desventajosos para las mujeres. La medida compensatoria pretende entonces igualar o equiparar a las mujeres en ese ámbito particular, removiendo las barreras de acceso que han operado en el pasado o compensando la desventaja. Son compensatorias en tanto su objetivo es, de alguna forma, reparar un hecho que ha sido consumado y que representa un trato discriminatorio para las mujeres derivado de sus características biológicas —por ejemplo, establecer diferencias en la edad de jubilación según el sexo—. Ahora bien, el riesgo de las medidas compensatorias sin una comprensión integral de la desigualdad de género es que refuercen los estereotipos de género que mantienen la desigualdad.²³

Las medidas *correctivas* son aquellas que, reconociendo el contexto de desigualdad pretenden equiparar a las personas en el acceso y goce de los derechos, interviniendo el contexto y sentando directrices para la actuación a futuro. Son correctivas en tanto pretenden corregir y cambiar hacia delante, los factores del contexto y de la legislación que reproducen la desigualdad entre hombres y mujeres. Ejemplos claros de medidas correctivas son aquellas de carácter temporal y especial exigidas por el párrafo 1 del artículo 4 de la CEDAW, como por los Principios de Montreal—²⁴por ejemplo, el establecimiento de cuotas de género—.

Por último, las medidas *transformadoras* deben replantear los estereotipos de género que están en la base de la división del trabajo y generar argumentos y mecanismos para removerlos de las estructuras legales e institucionales. Así, las medidas de este tipo sentarán las bases para que los trabajos reproductivos y de

²² Esta calificación es utilizada tanto por la CEDAW como por la doctrina dominante. En este texto descomponemos analíticamente el significado de cada uno con el fin de aclarar las distintas situaciones en que dichos remedios operan, pero teniendo en cuenta que el sustento normativo está condensado en la Recomendación General Núm. 25 de la CEDAW citada. V., n. 7.

²³ Rubio Marín, *op. cit.*, p. 803.

²⁴ Principios de Montreal sobre los derechos económicos, sociales y culturales de las mujeres, puntos 16 y 27, pp. 13, 15-6.

cuidado sean corresponsabilidad de toda la ciudadanía y además, que su reconocimiento y garantía recaiga en el Estado y no en las relaciones privadas de la familia o del mercado —por ejemplo, la previsión de licencias de maternidad y paternidad igualitarias y no transferibles—.

En suma, una medida *compensatoria* está dirigida a reconocer el daño que sufren las mujeres, por la asignación inequitativa de cargas de cuidado que recae en ellas. Es por tanto una medida que reconoce que la realidad es asimétrica, que dicha realidad ha significado un trato discriminatorio pasado para la persona, y que intenta reparar dicha asimetría. En principio, la medida compensatoria también busca *corregir* dicha realidad, dismantelarla, y promover una alternativa a la misma hacia el futuro.²⁵ No obstante, el objetivo final debe ser la *transformación* de la realidad erradicando los estereotipos que sustentan la desigualdad sustantiva.

Nuestro argumento es que el análisis y adjudicación judicial de DESCA con perspectiva de género debe considerar los tres tipos de remedios, en relación con la desigualdad estructural, para cumplir con la promesa del artículo 1 constitucional. En el análisis que sigue, ilustramos cómo en algunas decisiones clave de la SCJN, estos elementos de la perspectiva de género han sido o no tenidos en cuenta, y cómo a partir de ello, es posible retomar los criterios de la SCJN para resolver casos de DESCA con perspectiva de género en clave transformadora.

IV. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, los DESCA y la perspectiva de género

En este apartado analizamos algunos casos resueltos por la SCJN en los que se resolvieron violaciones a derechos sociales, con perspectiva de género. Hemos seleccionado 4 casos que pueden considerarse paradigmáticos por tocar temas estructurales: el ADR 1754/2015 sobre “doble jornada”, el AD 9/2018 sobre “trabajadoras del hogar”, el AR 59/2016 sobre “guarderías” y el AR 1388/2015 sobre “aborto por causal salud”. Una vez resaltadas sus virtudes en la identificación del

²⁵ Cf., Irving, *Gender and the Constitution. Equity and Agency in Comparative Constitutional Design*, p. 104.

problema estructural, procederemos a su crítica para hacer visible algunas limitaciones y vislumbrar lo que, a nuestro criterio, aún queda por hacer en este ámbito.

1. Amparo Directo en Revisión 1754/2015: "Doble jornada"

El ADR 1754/2015 llegó a la Corte tras una sentencia en materia de divorcio del Estado de Campeche, que no había reconocido a una mujer divorciada de 67 años y con padecimientos de salud, el derecho a una pensión alimenticia debido a que “cuenta con una pensión que le permite tener ingresos propios para subsistir”.²⁶ Según el código civil de ese Estado, si en el divorcio se acredita que “uno de los cónyuges *no percibió retribución alguna durante todo el tiempo que duró su matrimonio civil*, por haberse dedicado a la atención y cuidado de su hogar [...] aunque no exista cónyuge culpable, no es trato igualitario el dejar al cónyuge que se hizo cargo de las labores domésticas sin el derecho a una *pensión alimenticia* [...]”.²⁷ En este caso, la mujer había tenido algunos trabajos en su juventud que le daban derecho a una pensión propia, aunque muy baja. Por ello, reclamaba que la aplicación de la norma la trataba de forma discriminatoria porque no tenía en cuenta las labores que ella había realizado en el hogar y por las cuales debía recibir una pensión alimenticia compensatoria de su exmarido.

La Corte resolvió a favor de la mujer, reconociendo la doble jornada laboral que la misma desempeñaba: por un lado, en su hogar, atendiendo las necesidades de su familia, sin remuneración y, por otro lado, en su trabajo remunerado. Para ello aplicó la perspectiva de género que, según explica la misma Corte, es un método que sirve para verificar si en el caso existen situaciones de violencia o vulnerabilidad que, por cuestiones de género, impidan impartir justicia de manera completa e igualitaria.²⁸ En un fallo emblemático, la Corte describió los estereotipos

²⁶ SCJN, Primera Sala, ADR 1754/2015, p. 4.

²⁷ Artículo 288 del código civil del Estado de Campeche al momento de la sentencia.

²⁸ SCJN, ADR 1754/2015, pp. 12-3 —párr. 37 y ss.— La perspectiva de género, de acuerdo con la SCJN, es una herramienta de uso obligatorio por hacer parte del estándar convencional que se deriva de

de género que funcionan en la sociedad en desmedro de las mujeres. Estos estereotipos *hostiles* “pretenden establecer cómo debe comportarse y qué rol debe cumplir la persona que pertenece a un grupo, ya sea a través de normas —jurídicas, morales y/o sociales— y a través del rechazo u hostilidad si no se cumplen”.²⁹

En el caso, la resolución impugnada ante la Corte implícitamente asumía que es obligación de la mujer dedicarse al cuidado de hijas e hijos y del hogar y, por tanto, no haría falta compensación por dichas tareas.³⁰ Por el contrario, la SCJN determinó que este entendimiento era discriminatorio y, para ello, se valió no solo del contexto de la mujer *en particular* —considerando sus 67 años de edad y la imposibilidad de hacer frente económicamente a sus padecimientos de salud—³¹ sino del *contexto social de desigualdad de género*. Citando informes sobre la brecha salarial³² así como encuestas sobre el uso del tiempo,³³ la Corte hizo visible los repartos laborales en la sociedad, subrayando que la asignación despropor-

las obligaciones del estado mexicano en materia de derechos humanos y que pretende garantizar el derecho de las mujeres a una tutela judicial efectiva sin discriminación. V., ADR 2655/2013, p. 27.

²⁹ SCJN, ADR 1754/2015, pp. 10-1 —párr. 33 y ss.—

³⁰ V., SCJN, *Igualdad y no discriminación*, Cuadernos de Jurisprudencia núm. 7, CEC, 2021, pp. 42-43.

³¹ Sobre este punto, la Corte también aplicó la “perspectiva del envejecimiento”, reconociendo la situación de especial vulnerabilidad en la que se encontraba la mujer. V., SCJN, ADR 1754/2015, pp. 44 y ss.

³² *Idem*, p. 16, párr. 50 y ss. La Corte explicita que México se encuentra en el número 52 de 56 países estudiados en índices de brechas de género globales y en el último lugar de América Latina en cuestiones de igualdad de género, V., n. 28. Asimismo, demuestra que el país tiene de las tasas más bajas de participación laboral de las mujeres, que pasó del 22% en 1990 al 40 % en 2010, V., n. 29. Y que la brecha de remuneración entre hombres y mujeres en promedio es de entre el 15 y el 20% —esto quiere decir que una mujer cobra el 80% de lo que cobra un hombre por el mismo trabajo—. Vale aclarar que esta sentencia es previa al COVID-19. Durante la pandemia, los datos han empeorado para las mujeres. Según la “Serie de documentos de política pública “Covid 19” realizados por PNDU-ONU, en México aproximadamente 11,6 millones de trabajadoras salieron del mercado en abril de 2020, “lo cual equivale a más de la mitad de los puestos de trabajo perdidos durante la pandemia a pesar de que las mujeres representan apenas un tercio de la fuerza de trabajo”. V., Bergallo, Mangini, *et al.*, “PNUD LAC C19 PDS Núm. 25. Los impactos del COVID-19 en la autonomía económica de las mujeres en América Latina y el Caribe”, *ONU MUJERES*, p.14. Disponible en https://www.latinamerica.undp.org/content/rblac/es/home/library/womens_empowerment/los-impactos-del-covid-19-en-la-autonomia-economica-de-las-mujer.html

³³ *Cf.*, INMUJERES 2019, INEGI 2018. Según la información más reciente, en México 90 millones de personas mayores de 12 años realizan trabajos domésticos y de cuidados *no remunerados* —91% mujeres y 8% hombres.— Estas actividades se han incrementado en el tiempo. En 2018, por ejemplo, ellas destinaron 76,4% de su tiempo a esos trabajos, mientras que los hombres dedicaron solo el 23,6%. Villa Ayala, Trevilla, *et al.*, “La organización del cuidado en México: Políticas, normas, actores, instituciones y desafíos”, en *Los cuidados. Del centro de la vida al centro de la política*, pp. 101-147.

cionada de tareas de cuidados en las mujeres genera un impacto negativo en sus posibilidades económicas, laborales, educativas, recreativas, políticas, etc.,³⁴ que requiere de medidas compensatorias. El contexto de desigualdad de género se concretaba en la situación específica de la mujer, quien había asumido mayoritariamente el trabajo de cuidado dentro del matrimonio, con el respectivo desgaste físico, sin recibir compensación alguna, y ejemplificando el patrón general de los impactos negativos de la doble jornada laboral en su ingreso económico a lo largo de la vida. Este caso desarrolla una medida diferenciada para la mujer, porque dentro del matrimonio estuvo en una situación diferente a la del hombre, quien no asumió el trabajo de cuidado. En términos de las dimensiones de igualdad, la sentencia está *compensando* a la mujer porque se encuentra en una situación fáctica diferente a la del hombre y la pensión es una forma de “igualarlos” en el tratamiento. En perspectiva de vida por supuesto, la compensación por la doble jornada resulta una medida que compensa una discriminación pasada, pero que se dirige a corregir una forma de desigualdad estructural que surge por las normas sociales alrededor del trabajo de cuidado.

Pasemos a algunas críticas que podrían hacerse a la sentencia que analizamos. La primera, no propia de esta sentencia puntual sino de todo el sistema de protección judicial de derechos fundamentales previsto en México, es que es limitado, no solo en su alcance individual sino en sus efectos normativos. Si bien la sentencia *compensa y corrige* un desequilibrio económico injusto para el caso concreto, la sentencia no declara inconstitucional el artículo del código civil que reduce la posibilidad de recibir pensiones alimentarias compensatorias a las personas que se hayan dedicado a las tareas del hogar *de modo exclusivo*, y por tanto sus conclusiones no logran trascender la situación bajo examen. En ese sentido, la SCJN deja incólume en el ordenamiento jurídico una estructura legal que normaliza la idea de que el trabajo del hogar no es valioso. Además, la sentencia localiza la obligación de satisfacer el “derecho fundamental a un nivel de vida adecuado”

³⁴ SCJN, ADR 1754/2015, pp.17 y ss. La corte también resalta que el trabajo doméstico implica un “subsidio invisible al sistema económico” —párr. 55— que para 2009 implicaba el 21.7% del PBI —párr. 58—. Actualizando los datos, para 2018 se registró un aporte equivalente a 5.5 billones de pesos —USD 27.000 millones—, lo que representa el 23.5% del PBI., Villa Ayala, Trevilla, et al. *op. cit.*, p. 110.

en el ex marido de la mujer, basándolo en un deber de solidaridad. Esta consideración, a nuestro criterio, refuerza la división público-privado, dejando la responsabilidad en la familia en lugar de trasladarla al Estado.³⁵ En términos estructurales entonces, incluso con el efecto simbólico que pueda tener que la sentencia reconozca la realidad de la doble jornada laboral y la nombre en términos de derechos fundamentales, su alcance es reducido y no logra el fin *transformador* al que hacíamos alusión más arriba. No genera obligaciones para el Estado, ni de modificar la norma, ni —en términos más profundos— de hacerse cargo de las situaciones en las que existe la doble jornada o, si no es doble, una jornada única de trabajo de cuidados no remunerados cuando la persona *no cuenta con una pareja que pueda resultar obligada a compensarla*.³⁶ Digamos que la Corte ve la punta del iceberg para un caso que está regulado de forma discriminatoria en el código civil de Campeche, pero no visualiza el problema de fondo relevante para el reconocimiento de los derechos sociales con perspectiva de género: la necesidad social del trabajo de cuidado. En efecto, los cuidados son inevitables dada la dependencia humana en la infancia, la vejez y en otras circunstancias³⁷ y, por tanto, reconocer la distribución y asignación social de ellos, es una condición básica para lograr una ciudadanía igualitaria de las mujeres.³⁸ No se trata solo de reconocer

³⁵ En contra de esto, el feminismo ha acuñado el término “desfamiliarización” o “desmercantilización” que se refiere al grado por el que los individuos pueden alcanzar un estándar de vida socialmente aceptable, independientemente de sus relaciones familiares, sea a través del trabajo remunerado o bien a través de las provisiones de la seguridad social. Orloff, “Gendering the Comparative Analysis of Welfare States: An Unfinished Agenda”, en *Sociological Theory*, p. 320 nota al pie 6, tomando la definición de Lister. Ahondaremos sobre el punto en las conclusiones.

³⁶ La Corte reconoce que la satisfacción de los derechos recae también en el Estado. Sin embargo, dispone que “corresponde a los particulares, derivado de una relación de familia, dar respuesta a un estado de necesidad en que el que se encuentra un determinado sujeto [...]”. SCJN, *op. cit.*, p. 25, párr. 79. De ese modo “familiariza” la provisión de seguridad social y niega el valor social que tienen las labores de cuidado, dejándolas en la esfera de lo privado.

³⁷ Orloff, *Op. Cit.*, p. 334.

³⁸ Siguiendo a Rodríguez Ruiz y Rubio Marín, cabe apuntar que la construcción de la ciudadanía se basó en la idea del hombre independiente, acompañada por una conceptualización paralela de la mujer dependiente. Esto generó una demarcación entre lo público y lo privado, como terrenos masculino y femenino respectivamente. “El problema es que, al ser la independencia un mito, el Estado solo puede asumir que el individuo es independiente si hace el esfuerzo de abstraer todas las manifestaciones de su dependencia”. Y tal construcción fue posible en tanto se asignaron a las mujeres las tareas relativas a la dependencia del hombre. “La autonomía del varón reposa sobre el sometimiento de las mujeres”. En esto consiste el contrato sexual inherente al pacto social. Mientras el Estado siga asentado sobre esta ficción de la independencia, la participación en la vida pública sólo es posible para quien esté en posición de desplazar

los DESCAs como fundamentales y universales,³⁹ sino de reconocer la forma en que en la práctica, los roles sociales han asignado desproporcionadamente el trabajo de cuidado y el trabajo reproductivo a las mujeres, y diseñar remedios judiciales para corregir dicha asimetría.

Claro está que una solución transformadora no puede venir exclusivamente de la judicialización de un caso particular, sino que necesita de una política pública integral, cuyo desarrollo involucre a los otros poderes del Estado.⁴⁰ Pero esto no quita que la solución judicial, al corregir la desigualdad en el caso concreto, no pueda ser disparadora de dichas políticas y poner en marcha procesos simbólicos de transformación en la comprensión social sobre los roles de hombres y mujeres en la sociedad. Para la situación detectada, una política garantista consistiría en la provisión de una pensión por vejez *no contributiva* —suficiente para garantizar un nivel de vida adecuado— para todas las personas que se hayan dedicado a labores de cuidado o domésticas no remuneradas.⁴¹ Un remedio de estas características, tanto en un caso judicial como en el diseño de la política pública, constituye una forma de nivelación desde la dimensión material de la igualdad, y a su vez sienta las bases para la modificación de la distribución social del trabajo y los estereotipos que de ella se derivan.⁴² Esto último es lo que, de hecho, el PIDESC

hacia otras personas su propia dependencia cotidiana. Rodríguez, Rubio Marín, “De la paridad, la igualdad y la representación en el Estado Democrático”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, pp. 115-159, especialmente p. 148 y 151. También Cf., Pateman, *El Contrato Sexual*.

³⁹ En este punto seguimos la lógica de Carlos Lema Añón, “Derechos sociales ¿para quién? Sobre la universalidad de los derechos sociales”, en *Derechos y libertades: Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, pp. 179-203.

⁴⁰ V., Fowkes, J. “Transformative Constitutionalism and the Global South” en *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*, pp. 97-121.

⁴¹ Para que la política fuera integral, no bastaría con pensión a la vejez, sino también el reconocimiento del valor social que tienen las tareas de cuidado mientras se realiza. Una posible política pública en este sentido podría ser la renta básica universal no condicionada. Sobre propuestas para una reorganización masiva de la relación entre producción y reproducción. V., Fraser, “Las contradicciones del capital y los cuidados”, en *New Left Review* 100, p. 130.

⁴² En un estudio reciente, Goñalons-Pons y Calnitsky analizan el efecto de la renta básica universal —RBU— en los patrones de violencia intra-marital en la política implementada en Manitoba en la década de los 80s, y sugieren que la RBU puede contribuir a disminuir dicha violencia porque, al darles a las mujeres una opción de salida de la relación, se reduce la exposición a la violencia, o bien porque el ingreso contribuye a replantear las relaciones de poder al interior de las relaciones maritales y las mujeres adquieren mayor capacidad de negociación en la pareja. En cualquiera de las dos hipótesis, el

exige a los Estados⁴³ y que el Comité DESC explicita en su decisión *Trujillo Calero vs. Ecuador*. En palabras del Comité “[...] los Estados deben tener en cuenta que, debido a la persistencia de estereotipos y otras causas estructurales, las mujeres dedican un tiempo mucho mayor que los hombres al trabajo no remunerado”.⁴⁴ De allí que: “[...] los Estados están obligados a adoptar planes no contributivos u otras medidas de asistencia social para prestar apoyo a las personas y los grupos que no puedan hacer suficientes cotizaciones para su propia protección”.⁴⁵ “En los planes no contributivos, también debe tenerse en cuenta el hecho de que las mujeres tienen más probabilidades de vivir en la pobreza que los hombres; que a menudo son las únicas responsables del cuidado de los hijos; y que con mayor frecuencia, carecen de pensiones contributivas”.⁴⁶

Ahora bien, el problema de la falta de acceso a la seguridad social y, de modo aún más amplio, de reconocimiento de ciertos derechos, no se reduce a las personas que se ocupan de los cuidados y del hogar de forma *no remunerada*. Como lo aborda otro caso emblemático de la SCJN, este problema recae también en quienes realizan estos trabajos a cambio de una remuneración, cuando operan los mismos estereotipos, para el mismo grupo social.

estudio es claro en señalar que una política de estas características puede ayudar a modificar la relación de poder basada en el género que se presenta en las parejas, y que la compensación económica no condicionada da a las mujeres la posibilidad teórica de romper la dependencia de sus parejas. En ese sentido, las decisiones judiciales y políticas públicas pueden contribuir a la modificación de las relaciones asimétricas de poder basadas en el género. V, Calnitsky, Goñalons-Pons, “The Impact of an Experimental Guaranteed Income on Crime and Violence”, en *Social Problems*, pp. 1-21.

⁴³ PIDESC, art. 9: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”. Sobre la interpretación de este artículo véase Comité DESC, Observación General Núm. 9, El derecho a la seguridad social, párr. 31: “Aunque toda persona tiene derecho a la seguridad social, los Estados Partes deben prestar especial atención a las personas y los grupos que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho, en particular las mujeres [...]”

⁴⁴ Comité DESC, caso *Trujillo Calero vs. Ecuador*, párr. 13.4.

⁴⁵ *Idem.* párr. 14.1

⁴⁶ *Idem.* párr. 14.2. De allí que el Comité recomiende al Estado no solo adoptar medidas legislativas y/o administrativas especiales que permitan garantizar a hombres y mujeres el derecho a la seguridad social en pie de igualdad, incluyendo medidas para corregir los factores que impiden a las mujeres que realizan trabajo del hogar no remunerado cotizar en los planes de seguridad social, sino también que se formule un plan comprehensivo e integral de prestaciones no contributivas; párrs. 23, e y f.

2. Amparo Directo 9/2018: "Trabajadoras del hogar"

El AD 9/2018⁴⁷ llegó a la Corte contra un laudo emitido en un juicio laboral en el que se negó a una trabajadora del hogar, de 80 años de edad y después de más de 50 años de servicio, una indemnización por despido y salarios caídos. Para el caso, la negativa no provenía solo del hecho de que no hubiera pruebas de la duración de la relación laboral ni del despido —dado que la trabajadora estaba en condición de informalidad—, sino también—y de modo más grave—del hecho de que el sistema normativo laboral no contemplaba la obligación de formalizar a estas trabajadoras y, por tanto, no había una obligación concomitante de las empleadoras de inscribirla al sistema de seguro social.⁴⁸

Como se puede adivinar, para que la Corte resolviera este último punto bastaba con que utilizara parámetros de *igualdad formal* y declarara la inconstitucionalidad de las previsiones normativas por discriminatorias.⁴⁹ Lo que encontrábamos en las normas en cuestión era una discriminación *de iure* que excluía injustificadamente a todo un grupo de trabajadores y trabajadoras del acceso al derecho humano a la seguridad social.⁵⁰ Ahora bien, esta discriminación resultaba más problemática porque recaía de *modo indirecto e interseccional* en grupos que constitucionalmente requieren de mayor protección por parte del Estado por presumirse su situación de vulnerabilidad social —según el artículo 1º constitucional, por razón de

⁴⁷ SCJN, Segunda Sala, AD 8/2018 (Relacionado con el AD 8/2018). Sobre el caso, V., también los comentarios de Francisca Pou, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Magdalena Sepúlveda, en sus respectivas contribuciones a este volumen.

⁴⁸ Lo que significa que la trabajadora no gozó durante toda su vida laboral de ninguno de los derechos de la seguridad social como atención a la salud, licencias, —por maternidad, enfermedad, incapacidad, etc.— vacaciones, aguinaldo, pago de horas extra, prestaciones sociales, aportes para vivienda, derecho a jubilación, etc.

⁴⁹ La igualdad en la ley protege contra distinciones o tratos arbitrarios. *Idem*, p. 13. La Corte reconoce que “la barrera más significativa para realizar el derecho a la protección social que enfrentan las trabajadoras domésticas es la exclusión a nivel de las legislaciones”. *Idem*, p. 23.

⁵⁰ Ley de seguro social, art. 13: establecía en ese momento que “voluntariamente podrán ser sujetos de aseguramiento al régimen obligatorio”: Fracción II: “Los trabajadores domésticos”. Además, la ley federal del trabajo regulaba su labor permitiendo horarios de hasta 12 horas —art. 333— y la posibilidad de pagar hasta el 50% del salario en especie —art. 334—.

género, edad, condición social, origen étnico o nacional—. ⁵¹ Para determinar esto, la Corte sí requería echar mano de una perspectiva de igualdad sustantiva, y reconocer los estereotipos y prejuicios que operan detrás de la exclusión legal y cuya reproducción profundiza las desigualdades estructurales que enfrentan estas personas. Y así lo hizo, aunque de modo insuficiente.

Por empezar, la sentencia, citando la Observación General Núm. 19 del Comité DESC, hizo alusión al carácter *redistributivo* que tiene la seguridad social al “desempeña[r] un papel importante para reducir y mitigar la pobreza, prevenir la exclusión social y promover la inclusión social”. ⁵² También, citando a la OIT, ⁵³ reconoció que el trabajo doméstico ha sido expuesto a condiciones inadecuadas y abusivas, a salarios que representan hasta el 20% del salario promedio y que las causas de esta situación tienen que ver con la *feminización* de dicho trabajo ⁵⁴ y la subvaloración social que hay del mismo. Así, la Corte admitió que los estereotipos que operan alrededor del trabajo del hogar, como que no se considere una “ocupación real” sino parte de las actividades naturales de las mujeres, lo vuelven parte de un sector invisible y estigmatizado. ⁵⁵

De este diagnóstico, que prueba el impacto diferenciado que tiene la norma —ya de por sí discriminatoria— y que refuerza y reproduce situaciones de pobreza y exclusión social, la Corte indujo que es un débito ineludible para el Estado

⁵¹ SCJN, AD 8/2018, p. 13. La Corte explica que la igualdad sustantiva o de hecho necesita en algunos casos “remover y/o disminuir los obstáculos sociales, políticos, culturales, económicos o de cualquier otra índole que impidan a los integrantes de ciertos grupos sociales vulnerables gozar y ejercer tales derechos”

⁵² *Idem*, p. 18.

⁵³ OIT, *Protección social del trabajo doméstico. Tendencias y estadísticas*, Documentos de política de protección social, doc. 16; SCJN, AD 8/2018, pp. 19-21.

⁵⁴ La Corte señala que en México para 2008, las empleadas domésticas eran 2.3 millones de personas, de las cuales aproximadamente el 90% eran mujeres. *Idem*, pp 23-4. A estos datos agregamos que, según el ENOE 2018 el 98.3% de ellas no cuenta con acceso a servicios de salud, el 99.2% no cuenta con contrato escrito y el 71.3% no recibe ninguna prestación laboral adicional al salario. Además, el 50.7% de los hogares de las trabajadoras del hogar está en situación de pobreza moderada o extrema. Villa Ayala, Trevilla, *et al.*, *Op. Cit.*, p. 116. La Corte parece percibirlo así también, por lo que establece en la sentencia que “combatir la pobreza y la marginación social no solo es un imperativo moral, sino también una obligación jurídica en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”; SCJN, AD 8/2018, p. 38.

⁵⁵ *Idem*, p. 24.

“generar los medios necesarios para brindar a las trabajadoras del hogar una cobertura de seguridad social adecuada, accesible y suficiente” y declaró inconstitucional el art. 13 fracción II de la ley de seguro social.⁵⁶ Sin embargo, por el tipo de proceso, no condenó ni al Instituto Mexicano de la Seguridad Social —en adelante IMSS— ni al Estado por las violaciones, sino que puso al IMSS en conocimiento de la discriminación y lo dotó de directrices para que, en el plazo de 1 año, implementara un programa piloto incorporando a las trabajadoras del hogar al régimen de seguridad social. Asimismo, le ordenó que en un plazo de 18 meses a partir de la implementación del programa piloto propusiera al Congreso las adecuaciones normativas necesarias para la incorporación formal del nuevo esquema a la seguridad social.⁵⁷

Esta sentencia llama la atención positivamente por requerir en sus efectos una acción política coordinada que pueda modificar la situación estructural de las trabajadoras domésticas. Si bien es tímida en las guías —y no establece ningún mecanismo de seguimiento—,⁵⁸ al menos no se queda en el caso particular, y ordena la elaboración tanto del programa piloto, como de las medidas legislativas necesarias para incorporar el trabajo doméstico al régimen de seguridad social y conseguir, en un plazo no mayor a 3 años, el cumplimiento del derecho de forma efectiva, robusta y suficiente para la totalidad de las empleadas domésticas.⁵⁹

⁵⁶ *Idem*, p. 39-40. Dado que la exclusión del trabajo doméstico del sistema de seguridad social perjudica de manera desproporcionada a las mujeres, la Corte decidió aplicar un escrutinio estricto al análisis de la norma. *Idem*, p. 32-3.

⁵⁷ *Idem*, pp. 49-52

⁵⁸ De acuerdo con Rodríguez Garavito, el activismo judicial monológico, entendido como un tipo de intervención judicial diseñada desde arriba —*top-down*— y caracterizado por remedios fuertes y muy concretos, que terminan invadiendo las esferas de otros poderes, no es solamente antidemocrático como afirman algunos, sino que es menos efectivo que lo que el autor llama activismo dialógico. El activismo dialógico se caracteriza por una clara identificación de la violación del derecho y el carácter estructural de ello, pero a diferencia del monológico, utiliza ordenes más abiertas que les dan a los otros poderes del estado la capacidad de definir las rutas de acción dentro del marco de sus funciones y competencias, e incluye mecanismos de monitoreo y seguimiento. De acuerdo con el autor, la evidencia muestra que este tipo de intervención de las Cortes tiene mayor posibilidad de alcanzar la eficacia de los derechos, en particular de los económicos, sociales y culturales. Rodríguez Garavito, “Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socio-Economic Rights”, en *Texas Law Review*, pp. 1669-1698.

⁵⁹ En este sentido la sentencia ha de festejarse, pues se separa de la costumbre de invocar el principio de relatividad de las sentencias para dictar un remedio que trasciende a la quejosa en lo individual.

La sentencia avanza significativamente en proponer una medida de reparación que *corrige* a nivel jurídico y hacia el futuro la discriminación que afecta a las personas que se dedican al trabajo doméstico y que, dados los estereotipos y normas sociales, son mayoritariamente mujeres. Al retomar en los argumentos las causas de la discriminación y poner de presente que la subvaloración del trabajo doméstico tiene que ver con su feminización, el fallo sienta buenas bases para disparar un proceso transformador en términos de desigualdad de género en la universalidad del trabajo y el acceso a la seguridad social, como derecho en el que el estado es corresponsable.⁶⁰

Ahora bien, no todo en el fallo es positivo. En *términos individuales y desde el punto de vista de la igualdad material*, la sentencia no reparó el daño sufrido por la trabajadora. En esa medida, el fallo omite *compensar* la discriminación pasada de la trabajadora. Al no condenar al IMSS ni a la parte demandada, *so pretexto* de que la ley —al momento del amparo— no las obligaba a asegurar a la quejosa, dejó a una mujer de 80 años sin ningún derecho a la seguridad social y reconociéndole solo la indemnización por despido injustificado,⁶¹ lo que demuestra lo insuficiente de un abordaje que no considere todas las dimensiones de la igualdad. Con respecto al remedio estructural, lamentablemente, avanza con bajos niveles de estatalización del derecho a la seguridad social de las trabajadoras domésticas: por un lado, los dos regímenes piloto que el IMSS ha instalado han resultado insuficientes para garantizar la universalidad del derecho; así, para marzo del 2020 el IMSS había inscrito poco más de 21.500 personas trabajadoras del hogar —de las cuales el 73% son mujeres—. Y, por otro lado, hasta el día de hoy, el régimen sigue siendo voluntario para los empleadores.⁶² Parte de esta insuficiencia puede deberse a la falta de un mecanismo de seguimiento del remedio ordenado por la

⁶⁰ A reserva de un análisis detallado del proceso de implementación de la sentencia, vale la pena señalar que, por lo menos a nivel legal, el fallo ha logrado importantes transformaciones normativas en corto tiempo. Muestra de ello es la reforma que realizó el Congreso de la Unión a la Ley Federal del Trabajo para corregir la discriminación legal que afectaba al trabajo del hogar, y la ratificación del Convenio 189 de la OIT sobre los derechos de las trabajadoras domésticas, en diciembre de 2019.

⁶¹ V., un análisis de este punto en Ramírez Sánchez, “La Suprema Corte y el trabajo doméstico: los retos de la desigualdad estructural” en *El juego de la Suprema Corte*. Disponible en <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/la-suprema-corte-y-el-trabajo-domestico-los-retos-de-la-desigualdad-estructural/>.

⁶² Villa Ayala, Trevilla, et al., *op. cit.*, p. 117.

Corte, que hubiera podido emplearse para obligar al IMSS a rendir cuentas sobre su cumplimiento.

3. Amparo en Revisión 59/2016: "Guarderías"

Pasemos ahora a analizar el tercer caso relativo al derecho a la seguridad social sobre guarderías.⁶³ En esta ocasión, encontramos como demandante a una familia, en la cual el hombre —padre y esposo en la misma— es quien está afiliado al Seguro Social. La queja se produce a raíz de la denegación del servicio de guarderías para su hijo, previsto en el IMSS, *por el hecho de que el solicitante es hombre* y está casado. Por ser este proceso un amparo indirecto, lo atacado por la familia fue la constitucionalidad de la legislación excluyente, que establecía: Art. 201: “El ramo de guarderías cubre el riesgo de *no poder proporcionar cuidados* durante la jornada de trabajo a sus hijos en la primera infancia, de la mujer trabajadora, del trabajador viudo o divorciado o de aquél al que judicialmente se le hubiera confiado la custodia de sus hijos [...]” Art. 205: “Las madres aseguradas, los viudos, divorciados o los que judicialmente conserven la custodia de sus hijos, *mientras no contraigan nuevamente matrimonio o se unan en concubinato*, tendrán derecho a los servicios de guardería [...]”.⁶⁴

En un fallo corto, aunque no muy claro, la Segunda Sala concedió el amparo y reconoció la violación a los derechos de igualdad entre hombres y mujeres, a la no discriminación, a la seguridad social y los derechos de la niñez e interés superior del menor.⁶⁵ Por cuestión de especificidad, nos detendremos en los argumentos de igualdad. La Corte analizó la letra de la ley y consideró que la distinción entre hombres y mujeres “es injustificada y discriminatoria” en los términos del artículo 4º constitucional que establece que “el hombre y la mujer son iguales ante la ley”.⁶⁶ Esto implica, según el razonamiento de la Corte, que tanto la mujer

⁶³ SCJN, Segunda Sala AR 59/2016.

⁶⁴ *Idem*, pp. 12-3.

⁶⁵ Según la propia expresión de la Corte, *Idem*, pp. 18-22 y 33.

⁶⁶ *Idem*, pp. 25 y 31.

como el hombre gocen, “en su calidad de trabajadores asegurados, de los mismos beneficios que brinda la seguridad social, entre otros, el servicio de guardería[...].”⁶⁷ Como se puede ver, la Corte aquí utilizó un argumento *neutral al sexo-género* —o anti-clasificación—, afirmando que la diferencia realizada en la ley “obstaculiza a los padres trabajadores a gozar del servicio en igualdad de derechos que la mujer trabajadora, colocándolos en una situación de desventaja.” Este argumento clásico de la igualdad *en la ley*, sin mayores desarrollos, podría resultar muy problemático desde la concepción sustantiva de la igualdad que, como vimos, requiere muchas veces de regulaciones que reconozcan que las mujeres están en una situación de desventaja en relación con la asunción de las responsabilidades parentales por parte de los hombres —según un criterio anti-subordinación—. Pero la Corte agrega:

Lo anterior se acentúa al advertir que este trato diferenciado deriva de la *asignación a la mujer del rol de cuidado* de los hijos, por el solo hecho de serlo, lo que implica un estereotipo de género, esto es, la preconcepción de que es a la mujer a la que corresponde la responsabilidad de la crianza, la atención y el cuidado de los hijos, sin considerar que ésta es una responsabilidad compartida de los padres, que deben participar en igual medida.⁶⁸

De allí que decide aplicar la perspectiva de género, pues las normas derivan un trato “discriminatorio por razón de género, sin que sea relevante que en este caso dicho trato prive de un derecho al padre trabajador”.

Decíamos que este fallo resulta poco claro, pues si bien las categorías para construir un análisis robusto de igualdad están allí mencionadas, no termina de verse dónde se encuentra la discriminación. Si está en la mera diferencia que hace la ley y que perjudica *al hombre*, desde el punto de vista de la igualdad formal —o en la ley— a la que pareciera llegarse desde una visión anti-clasificación⁶⁹ y en

⁶⁷ *Idem*, p. 27.

⁶⁸ *Idem*, 28. Más adelante en la sentencia alude a la “corresponsabilidad” de ambos padres para el pleno desarrollo de la familia y el interés superior del menor. *Idem*, pp. 30 y 33.

⁶⁹ Esta postura, sostenida por el ala conservadora de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, para quien cualquier diferenciación que se haga en base al género —o raza, etnia, etc.— es irracional y viola

este sentido, poco atractiva o más bien contraria a la igualdad de género.⁷⁰ O, si está en la reproducción que hace la ley de estereotipos de género, que haría que fuera discriminatoria hacia *las mujeres*, en tanto les asigna el papel de cuidadoras del hogar y de los hijos e hijas,⁷¹ pero que, a la luz de un análisis compensatorio de las medidas especiales temporales que buscan la igualdad material,⁷² podría resultar válida.⁷³ O si, por último, se encuentra en la perpetuación de una situación de desventaja estructural *para las mujeres* —que no se analiza—, que requeriría de medidas transformadoras —que no se toman— que vayan más allá de las com-

tanto el principio de igualdad —entendido como anti-clasificación, generando “discriminación inversa”— como la obligación de neutralidad estatal, —“colorblindness”, “genderblindness” etc.— inhibiendo la libre competencia. V. West, *Progressive Constitutionalism. Reconstructing the Fourteenth Amendment*, pp. 237-40. Este tipo de posturas ha tenido como consecuencia el considerar inconstitucionales las acciones afirmativas y, cabe aclarar, ha sido ajena a la interpretación que la SCJN, conforme a los parámetros internacionales sobre derechos humanos, ha dado al principio de igualdad bajo la lógica de anti-subordinación.

⁷⁰ Esto considera el Ministro Laynez en su voto concurrente: dado que la medida “restringe de manera absoluta el derecho de los hombres” a acceder a un servicio que forma parte del derecho a la seguridad social contemplado en el art. 123 constitucional, las leyes impugnadas “discriminan directamente a los hombres”. Voto concurrente que formula el Ministro Javier Laynez Potisek en el AR. 59/2016, pp. 3, 6.

⁷¹ Así también lo piensa Laynez, para quien las normas se diseñaron bajo estereotipos de género que asumen que los padres no se ocupan del cuidado de sus hijos e hijas y atribuyen esta tarea únicamente a las mujeres. De allí, aplicando lo que llama “una aproximación anti-estereotipos”, concluye que el resultado de las normas impugnadas es “la discriminación indirecta hacia las mujeres y no su igualdad como pretende”. *Idem*, pp. 4, 6. Esta visión “anti-estereotipos” tiene muchas limitaciones en las que repararemos *V., infra*, pero sobre todo, ha sido vista como un modelo asimilacionista que fuerza a las mujeres a adaptarse a los estándares masculinos en lugar de preocuparse por sus necesidades específicas. Rubio Marín, *op. cit.*, p. 1068.

⁷² Sobre el punto el Comité CEDAW aclarara “[s]i bien la aplicación de *medidas especiales de carácter temporal* a menudo repara las consecuencias de la discriminación sufrida por la mujer en el pasado, los Estados Partes tienen la obligación en virtud de la Convención, de *mejorar la situación de la mujer para transformarla* en una situación de igualdad sustantiva o de facto con el hombre, independientemente de que haya o no pruebas de que ha habido discriminación en el pasado. El Comité considera que los Estados Partes que adoptan y aplican dichas medidas en virtud de la Convención *no discriminan contra el hombre*”. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Op. Cit.*, p.12, párr. 18. Las cursivas son nuestras.

⁷³ Esta posibilidad es negada por la Corte, que considera —sin mayor sustento— que “en la actualidad los roles de cuidado y desarrollo del menor no son tarea exclusiva de [las mujeres], en la medida de que el hombre también se encuentra vinculado al cuidado de sus hijos, razón por la que éste debe ser tratado en igualdad de circunstancias” SCJN, AR 59/2016, p. 31. Esta afirmación es contrafáctica y empaña la perspectiva de género que había dicho iba a adoptar, disfrazando la desigualdad estructural que enfrentan las mujeres bajo el principio normativo de la igualdad formal.

pensatorias o *maternalistas* —siempre insuficientes, justamente por reconocer los estereotipos que generan la desventaja a compensar—. ⁷⁴

Siguiendo a Rubio Marín, un abordaje que trascienda los remedios maternalistas sería uno que busque alcanzar un balance entre el trabajo y la familia para todas las personas, a la vez que apueste por la co-responsabilidad de las tareas de cuidado entre hombres y mujeres. Constitucionalmente hablando, significa retener la centralidad social y política unida a la reproducción y al cuidado, mientras y al mismo tiempo, se ocupa en desafiar activamente los roles de género tradicionales. ⁷⁵

Esta última lectura, que además nos parece la más interesante, es la que pareciera lógico seguir de la argumentación de la Corte, pero queda trunca en el fallo que termina decantándose por la igualdad formal. Adicionalmente, los efectos del fallo son sorprendentes. La Sala concede el amparo para que el IMSS prescinda de la distinción que hace entre hombres y mujeres —ignorando las condiciones fácticas y los roles sociales que ubican a las mujeres en una situación desigual— y ordena otorgar “el servicio de guardería a los quejosos bajo los mismos términos y condiciones que a las madres aseguradas” pero, aclara:

tomando en cuenta que es un *hecho notorio que se trata de una prestación cuya demanda ordinariamente rebasa la capacidad de atención* directa de dicho Instituto, éste deberá tramitar su petición conforme al grado de preferencia que tengan los quejosos frente a otros solicitantes anteriores a ellos, fundando y motivando el

⁷⁴ Nos referimos a las medidas que la misma CEDAW, contempla en su art. 4, párr. 2; *encaminadas a proteger la maternidad*, que establecen un trato diferenciado para las mujeres basado en diferencias biológicas. Estas tienen un carácter permanente, (Recomendación general Núm. 25, cit., párr. 16), y configuran lo que se ha llamado *constitucionalismo maternalista*, el que, bajo la lógica de la igualdad sustantiva, ha sido capaz de *acomodar* medidas que permitan a las mujeres combinar el empleo remunerado con la maternidad, por ejemplo, mediante licencias de maternidad. Rubio Marín, “Constitutional law and women’s citizenship: A retrospective –In memoriam Ruth Bader Ginsburg”, en *I-CON*, p. 1068. V. también, Rubio Marín, “The (dis)establishment of gender...”, pp. 800 y ss., donde la autora llama a estos acomodos *laboralistas*.

⁷⁵ *Idem*, pp. 806-7. Un ejemplo claro sería establecer un derecho individual y no transferible de licencia de pater/maternidad por el mismo tiempo, en casos de nacimiento o adopción que les permita tanto a hombres como a mujeres cuidar de sus hijas/os.

tiempo de espera que, en su caso, tenga que posiblemente demorar el ingreso del menor por encontrarse cubierto el cupo de la guardería que le corresponda[...]⁷⁶

En pocas palabras, todo queda como está, pero ahora los trabajadores hombres, que representan el 64% de los asegurados, pueden solicitar también el servicio de guarderías que ya no alcanzaba para cubrir la demanda de las mujeres. De hecho, al momento de la sentencia, las guarderías del IMSS tenían una capacidad para atender solo al 22.6% de la demanda potencial.⁷⁷ Sobre la obligación del Estado de proporcionar este derecho *progresivamente*, en la sentencia no hay reflexión en términos generales ni en términos de género; sobre la insuficiencia en el acceso y la *disponibilidad* —o falta— *de recursos* para su provisión, tampoco; ni sobre la atención al interés superior del niño, reconocido en la sentencia, y la reparación del daño que le ocasiona al mismo no acceder a la guardería tendrá que esperar a que haya cupo.⁷⁸ La pregunta entonces permanece: ¿cuáles serían los efectos transformadores de una orden como la que da la Corte en materia de igualdad de género? Una orden como esta, poco atenta a sus consecuencias prácticas —el aumento de la competencia por las pocas plazas disponibles, sin criterios de preferencia, posiblemente quitando alguna de ellas a hijos e hijas de madres trabajadoras— podría de hecho empeorar la situación social de las mujeres, generando mayores dificultades para que las mismas accedan al trabajo formal.

Algunos de estos interrogantes fueron abordados por el Ministro Franco en su voto disidente.⁷⁹ Franco comienza aclarando dos puntos centrales: comparte con la mayoría que todos los asegurados, con independencia de su sexo, tienen derecho

⁷⁶ SCJN, AR 59/2016, 34-5

⁷⁷ *Idem*, p. 14. Con “demanda potencial” se refiere al número de las mujeres aseguradas con hijos o hijas de 43 días a 4 años de edad, según lo establece el voto particular que formula el Ministro José Fernando Franco González Salas.

⁷⁸ Un caso similar decidió el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, caso *Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia c. GCBA s/ Amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido*, homologación judicial de acuerdo del 15 de febrero de 2011, pero en el mismo, a través de mecanismos dialógicos, el Tribunal exigió al Gobierno de la Ciudad realizar un plan para atender la necesidad de vacantes en el servicio de guarderías —no contributivo— en el corto, mediano y largo plazo. V. Alterio, Niembro Ortega, “La exigibilidad de los derechos sociales desde un modelo deliberativo de justicia constitucional”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, pp. 353-377.

⁷⁹ Voto particular que formula el Ministro José Fernando Franco González.

al servicio de guarderías y también, que “debe ser superado el estereotipo de género referente a que el cuidado de los menores es una tarea exclusiva de la mujer”. Ahora bien, en su voto particular considera que esto “solamente puede exigirse para la totalidad de los asegurados cuando las capacidades económicas del Estado permiten otorgar ese servicio de manera universal [...]”.

En tanto eso no es posible, los servicios deben otorgarse a quien más los necesita por su situación de desventaja socioeconómica, familiar o de trabajo”.⁸⁰ Para afirmar esto, el Ministro realiza un análisis consecuencialista, basado en datos empíricos y concluye que la norma opera como una acción afirmativa a fin de que las mujeres superen la situación real de desventaja. De allí aclara que el sistema administrado por el IMSS no es un programa de cobertura universal, sino que es contributivo y financiado con una cuota patronal del 1% sobre el salario base de cotización —financiamiento a todas luces insuficiente.⁸¹ Por lo que, serían indispensables medidas —legislativas— “para evitar que la inconstitucionalidad alegada genere efectos adversos en la prestación del servicio”.⁸²

En suma, lo que en el caso hubiese correspondido hacer, según Franco, era otorgar el amparo para que el IMSS planteara a las instancias competentes la necesidad de una reforma legal y administrativa para obtener el financiamiento necesario para lograr, progresivamente, la prestación universal del servicio de guarderías.⁸³ Esta propuesta tiene varias ventajas con respecto a la decisión adoptada. Es clara, visibiliza el contexto en que se da el reclamo y, sobre todo, se hace cargo de las consecuencias de una “solución” que *so pretexto* de no reforzar estereotipos de género, puede impactar negativamente en la distribución de *bienes y servicios* —por tanto, de derechos— hacia las mujeres, volviéndose regresiva. Asimismo, parece llamar al diálogo cooperativo entre las instancias competentes para solucionar la falta de financiación y la consiguiente insuficiencia en la prestación del servicio.

⁸⁰ *Idem*, pp. 3-4.

⁸¹ *Idem*, pp. 12-3.

⁸² Ya que, a criterio del Ministro, eliminar la desigualdad de trato entre varones y mujeres con los efectos señalados en la sentencia, carece de viabilidad. *Idem*, p. 19.

⁸³ *Idem*, p. 22.

Como crítica, diríamos que esta orden alternativa hubiera resultado tímida. El Ministro disidente considera que no es función del Tribunal pronunciarse sobre las acciones que debiera seguir el IMSS sino dar criterios orientadores, pues de lo contrario “la determinación jurisdiccional resultaría en una invasión de facultades constitucionales asignadas a las autoridades administrativas y a las del Poder Legislativo, en sus respectivos ámbitos de competencia [...] por incidir directamente en políticas financieras del Estado”.⁸⁴ Como se puede apreciar en la doctrina comparada,⁸⁵ una deferencia tan grande no es aconsejable: lo que se requiere de la judicatura es que exija a los organismos responsables justificaciones robustas para cualquier denegación de acceso a un derecho, pruebas de la falta de recursos disponibles y, aun cuando estas se dieran, un plan cierto de cumplimiento progresivo a corto, mediano y largo plazo, al que debe dar seguimiento.

Esta última sentencia resulta entonces una gran decepción desde el paradigma de los derechos humanos con perspectiva de género. El acceso a guarderías debiera haberse reconocido como un *derecho social* —y no como un “servicio”—, *universal* —para todas las niñas y niños de entre 43 días y 4 años de edad—, de carácter *no contributivo* —es decir, independiente de que la madre o el padre sean trabajadores formalizados—, por su potencial transformador en las relaciones de género.⁸⁶ Un derecho humano “a cuidar, a ser cuidado/a y a cuidarse (autocuidado)”, desvinculado de la condición o posición que ocupe la persona —por ejemplo, si tiene un régimen de trabajo asalariado formal— no se dirige a establecer mejores condiciones para que las mujeres cuiden amparadas por el derecho, sino reconoce este derecho a todas las personas y busca transformar la injusta división sexual del trabajo.⁸⁷

⁸⁴ *Idem*, p. 16.

⁸⁵ Rodríguez Garavito, “Activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales”, en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, pp. 1-27.

⁸⁶ Así, hay pruebas suficientes de que la participación de las mujeres en el trabajo remunerado es mucho menor a la de los hombres cuando no se cuenta con servicios *públicos* de cuidados. Dejar en cambio la provisión de estos servicios al mercado, los presenta como una “opción” *privada* de las mujeres, reforzando la división público/privado. V., Orloff, *op. cit.*, p. 326

⁸⁷ Pautassi, “El cuidado como derecho. Un camino virtuoso, un desafío inmediato”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, p.731. Este derecho está contemplado en la Constitución de Ecuador 2008, la Constitución Bolivariana de Venezuela de 1999, pero en su mejor versión en la Constitución de la Ciudad de México, especialmente artículo 9, B. *Idem*, pp. 734 y ss.

Vale rescatar, sin embargo, los argumentos contra el estereotipo de género según el cual las mujeres deben ser las únicas encargadas del cuidado de niñas y niños en la primera infancia; aunque con el riesgo de negar que esto constituye una realidad para la mayoría de ellas, que limita su acceso al trabajo formal. Un reconocimiento del derecho como lo proponemos no solo combatiría el estereotipo de género, sino que tendría efectos sociales distributivos para las mujeres, aliviaría a las familias de la carga de los cuidados en la primera infancia —permitiendo el ingreso y permanencia de sus miembros en el trabajo remunerado—, volviéndola un asunto de interés y política pública —desprivatizándolo—. ⁸⁸

4. Amparo en Revisión 1388/2015: "Aborto"

Por último, y aunque sea brevemente, no podemos dejar de analizar en este artículo el AR 1388/2015⁸⁹ relativo al acceso al aborto por causas de salud. El acceso al aborto legal —independientemente de las causas— es uno de los derechos que mayor impacto tiene en la vida de las mujeres en tanto ciudadanas iguales en derechos.⁹⁰ Por eso su regulación resulta clave en un cualquier análisis de derechos con perspectiva de género. En el caso en comento, justamente lo que enfrenta la Corte son problemas derivados de falta o insuficiente regulación, que terminan en la violación de derechos fundamentales. La demandante —Marisa— llegó al alto tribunal después de solicitar un aborto en un centro médico nacional perteneciente al ISSSTE —Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Tra-

⁸⁸ Por la desigualdad de poder en la familia, cambiar el poder de toma de decisiones acerca de la distribución de los recursos de la familia a la política es similar al cambio del mercado al Estado ocurrido con el trabajo remunerado. Es un traslado de un ámbito donde los recursos están desproporcionadamente controlados por los hombres a uno en el cual el poder puede estar igualitariamente distribuido. Así, un reconocimiento de derechos sociales con perspectiva de género ocurre cuando las políticas públicas reducen la división sexual del trabajo y acrecientan la independencia de las mujeres, cambiando la carga del trabajo doméstico hacia el servicio público y hacia los hombres. Orloff, "Gender and the Social Rights of Citizenship: The Comparative Analysis of Gender Relations and Welfare States", en *American Sociological Review*, p. 314.

⁸⁹ SCJN, Primera Sala, AR. 1388/2015.

⁹⁰ Orloff, "Gender and the Social Rights of Citizenship", p. 307; destaca, entre los factores que subyacen a la opresión de las mujeres el control sobre sus cuerpos y sus capacidades sexuales y reproductivas. Hay suficiente consenso acerca de que es en este tema donde las políticas del Estado pueden afectar con más fuerza las relaciones de género.

bajadores del Estado— que le fue negado. La mujer, de 40 años, tenía problemas de salud que habían ocasionado varias hospitalizaciones de urgencia y amenazas de aborto y, además, al feto se le había diagnosticado un mal congénito llamado síndrome de Klinefelter. Marisa solicitó el aborto por el riesgo que la continuación del embarazo significaba para su salud. El centro médico consideró que esta no era causal suficiente⁹¹ y que el síndrome del feto, en tanto no comprometía la vida del mismo, tampoco lo era; en consecuencia, no accedió a practicar el aborto. Marisa tuvo que interrumpir su embarazo en una clínica privada.⁹²

Es importante resaltar que el amparo había sido sobreseído en las instancias inferiores por considerarse “sin objeto”. Al haberse producido ya el aborto, se consideraba que el amparo no era un proceso efectivo para “restituir” en sus derechos a la accionante. Este punto procesal es de suma importancia porque muestra cómo la evaluación de un proceso sin perspectiva de género vuelve imposible para las mujeres acceder a la justicia. En este caso, lo que Marisa reclamaba no era la autorización para realizarse el aborto, —ya hecho— sino que se estudiara el proceder de las autoridades como violatorio de su derecho a la salud, sin discriminación.⁹³ Sobre el fondo del asunto, la Corte reconoció la violación al derecho a la salud de la demandante, conforme al art. 12 del PIDESC como “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” e interpretó el mismo según la Observación General Núm14 del Comité DESC, el art. 10 del Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre DDHH, el art. 12

⁹¹ El argumento fue que el ISSSTE “es una institución de salud del ámbito federal, la cual se rige por la Ley General de Salud, misma que no contempla la interrupción legal del embarazo”; SCJN, AR 1388/2015, párr. 44.

⁹² Esta circunstancia pudo darse por estar Marisa en la Ciudad de México, entidad federativa donde el aborto es una práctica legal. No obstante, la negativa por parte del Seguro Social no solo implicó una invasión enorme en la vida de Marisa al someterla a estudios y dictámenes médicos por encima de su voluntad, una demora en el acceso al procedimiento que aumentó los riesgos a su salud, sino también la *privatización* de su condición, haciéndola depender de sus recursos económicos.

⁹³ *Idem*, párrs. 58 a 75. La Corte reconoce expresamente en los párrs. 63-64 que la procedencia del amparo debe estudiarse con perspectiva de género para evitar que su aplicación genere impactos desproporcionados en personas o grupos en situación de desventaja histórica. Por ejemplo, para que no se quedara sin materia un caso como este, la mujer embarazada hubiera debido someterse heroicamente al riesgo —para el caso de salud o peligro de muerte—, a la violencia de la continuación, —en caso de violación— o al sufrimiento físico y mental en un embarazo con malformaciones congénitas, todo con el propósito de preservar la materia de juicio —que de todos modos tiene un plazo limitado por el ciclo del proceso biológico—. *Idem*, párr. 69.

de la CEDAW y la Recomendación general Núm. 24 de su Comité. Además, la Corte explica que:

el derecho al más alto nivel posible de salud implica que los estándares de bienestar son individuales y que no pueden ser definidos con indicadores inflexibles. El derecho a la salud se vincula con el derecho a la autonomía al aceptar que tales estándares de bienestar deben ser definidos por las mujeres, especialmente cuando se trata de servicios que ellas requieren[...]⁹⁴

Esto permite comprender “cómo el embarazo puede afectar la salud de las mujeres no sólo en aquellos casos en los que les causa una enfermedad física, sino también en aquellos casos en los que se afecta su *bienestar* [físico, mental y social], incluido aquello que para cada mujer signifique *estar bien*”.⁹⁵ La Corte consecuentemente da razón a la quejosa argumentando que:

[c]uando las autoridades responsables actúan al margen de las obligaciones que les impone el derecho a la salud y su protección incurren en discriminación estructural [...] pues su actitud surge de y fomenta una visión estereotípica basada en el género sobre las mujeres como personas descartables — su salud, integridad personal o vida no importan —o incapaces de tomar decisiones éticas y libres [...]⁹⁶

Por eso las autoridades responsables incurrieron en formas de trato cruel, inhumano y degradante cuando se negaron y dilataron la interrupción del embarazo —párr. 139—.

Hay tres puntos centrales y relacionados entre sí que queremos destacar en relación con el acceso al aborto. i) El primero es que la regulación del aborto *solo afecta* a las personas con capacidad de gestar, que mayormente son mujeres.⁹⁷

⁹⁴ *Idem*, párr. 118.

⁹⁵ *Idem*, párr. 119.

⁹⁶ *Idem*, párr. 138.

⁹⁷ Para la Primera Sala, “cuando las mujeres solicitan servicios específicos que solo ellas requieren, como la interrupción del embarazo por motivos de salud, la negación de dichos servicios y las barreras que restringen o limitan su acceso, constituyen actos de discriminación y una violación al derecho a la igualdad ante la ley” *Idem*, párr. 107. En igual sentido la CEDAW, Recomendación General Núm 24.

De allí que cualquier previsión por parte del Estado —especialmente su prohibición, pero también su regulación por causales o por plazos, los requisitos de acceso, etc.— tenga un *impacto diferenciado en este grupo* social que pone a sus miembros en una *situación de desventaja estructural* ya que permite al Estado intervenir en sus cuerpos y proyectos de vida.⁹⁸ ii) El segundo punto es que la previsión para acceder al aborto implica necesariamente una *distribución de recursos* que, justamente por impactar en un grupo en situación de vulnerabilidad, tiene que ser *preferente*.⁹⁹ iii) Por lo anterior, el tercer punto tiene que ver con el proceso mismo de regulación, pues en éste se juega el derecho sustantivo. Así, una previsión mediante protocolos administrativos, normas oficiales o incluso, deducida de fallos judiciales aislados como el que analizamos, genera situaciones de incertidumbre jurídica, falta de apropiación de los derechos y dependencia que, otra vez, impacta de modo diferenciado en las mujeres y personas con capacidad de gestar, colocándolas en desventaja de forma sistemática. De allí la necesidad de *transversalizar* la perspectiva de género a lo largo de la decisión judicial.

Como se pudo ver en el amparo analizado, la Ley General de Salud no preveía la interrupción voluntaria del embarazo, por lo que la solicitud quedó en manos de lo que las autoridades consideraron adecuado. La SCJN hizo una aplicación garantista de la normativa constitucional y convencional sobre el tema, pero esta elaboración debería estar presente en la actuación de las autoridades administrativas o de la salud en el día a día. Por esta razón un remedio judicial transformador,

⁹⁸ SCJN, *Idem*, párr. 109 donde la Corte reconoce que el artículo 4 constitucional establece el derecho a la autodeterminación reproductiva y de allí afirma que “la decisión de ser madre o no tiene que ser adoptada de manera informada, no puede ser impuesta externamente, ni provocar una carga desproporcionada”.

⁹⁹ Sobre este punto la Corte solo dice que “no basta con tener libertad para adoptar autónomamente las decisiones acerca de la propia salud, es fundamental poder ejecutarlas adecuadamente. Esto es [...] debe existir toda la infraestructura para poder llevarla a cabo: servicios médicos seguros, disponibles, accesibles, aceptables, asequibles, respetuosos y de calidad”. *Idem*, párr. 110 y luego concluye que la Ley General de Salud puede interpretarse en el sentido de garantizar el acceso a *servicios* de interrupción del embarazo por razones de salud y que estos pueden entenderse como *servicios de atención médica prioritaria* —párr. 150—. Pero el impacto distributivo al que nos referimos va más allá de los recursos materiales y tiene que ver con las oportunidades, la remoción de obstáculos y las posibilidades de llevar adelante un proyecto de vida autónomo, sin interferencias del estado o de terceros. En el caso de la interrupción del embarazo, la asimetría entre hombres y mujeres con respecto a la libertad de decidir el proyecto de vida y contar con el sistema de salud para ello, es patente: solo las personas gestantes enfrentan potenciales limitaciones a su proyecto de vida reproductiva a través del sistema de salud.

debería señalar reglas generales claras que reconozcan el *derecho* de las mujeres y personas gestantes a interrumpir su embarazo y decidir sobre su salud reproductiva, sin intromisiones externas, sin necesidad de causales, normas que a su vez garanticen su acceso gratuito, universal y de calidad en todo el territorio de la república.

La Corte nos debe aún esta orden estructural, pues los efectos del fallo se circunscriben al restablecimiento en el goce del derecho a la salud de la quejosa, proporcionándole atención médica y psicológica. En ese sentido, la decisión se decanta por un remedio que *compensa* la violación pasada y *corrige* hacia delante para que la quejosa tenga pleno acceso a la atención en salud, pero limitándose al caso específico. El remedio queda corto en cuanto a los procesos de transformación que, dentro de las limitaciones procesales, podría haber impulsado al indicar directrices para las autoridades administrativas.

V. Reflexiones teóricas y conclusión

Los derechos sociales desde su origen buscan la *desmercantilización* de ciertos bienes —necesidades— por considerarlos fundamentales para la vida y por tanto reconocerlas como derechos fundamentales.¹⁰⁰ Esta desmercantilización se dio en un primer momento para ciertas condiciones del trabajo que llevaron al paso del Estado liberal al Estado social de derecho —o Estado de bienestar—.¹⁰¹ Una lucha y conquista encabezada por el sujeto político de *los trabajadores*¹⁰² y que repercutió en el reconocimiento al derecho al trabajo —y sus derechos asociados: libertad sindical, huelga, salario mínimo, limitación de los tiempos de trabajo, etc.—, la seguridad social y la salud —en la gran mayoría de los casos con una provisión también asociaba al trabajo—, quedando quizá solo la educación como derecho

¹⁰⁰ Cf., Esping-Andersen, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*.

¹⁰¹ Utilizamos la definición de Estado de Bienestar de Orloff, como “intervenciones del Estado en la sociedad civil para alterar las fuerzas sociales y del mercado” en busca de mayor igualdad entre los ciudadanos. Orloff, “Gender and the Social Rights... cit”, p. 304.

¹⁰² Véase Noguera Fernández, “Derecho antidiscriminatorio y protección de los colectivos en situación de vulnerabilidad en las constituciones de Ecuador de 2008 y Bolivia de 2009” en *Derechos y Libertades*, pp. 151-184, p. 154.

universal, independiente del trabajo.¹⁰³ Es paradigmático en este sentido el reconocimiento en la Declaración Universal de Derechos Humanos —en adelante DUDH— de los derechos sociales. En su artículo 25, se establece que: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, *así como a su familia*, la salud y el bienestar [...]”, lo que anticipa un modelo de derechos vinculados al trabajador, —sostén de familia/hombre— donde las mujeres y personas dependientes solo son protegidas indirectamente por ser parte de la *familia* del titular.¹⁰⁴

Pero este proceso de desmercantilización del trabajo “productivo” y el traslado desde el mercado a la co-responsabilidad del Estado para su protección, no sucedió de igual modo con el trabajo “reproductivo” y de cuidados, también fundamental para la vida.¹⁰⁵ La lucha del sujeto político *feminista*¹⁰⁶ está asociada con la lucha por la desmercantilización del trabajo reproductivo, que da un nuevo enfoque a los derechos sociales pues pretende una transformación trasladando su protección y coresponsabilizando —junto a la familia— al Estado, las empresas y la comunidad del mismo.¹⁰⁷

Las decisiones judiciales aquí analizadas toman medidas que históricamente han sido constitucionalizadas a través de derechos sociales vinculados al trabajo remunerado. Tal reconocimiento constituyó un avance en términos de derechos para las mujeres,¹⁰⁸ pero tiene fallas desde una perspectiva de género, en tanto

¹⁰³ Para Orloff la provisión de derechos sociales fue un triunfo de la clase obrera —dominada por hombres— por “desmercantilizar” el trabajo. Esto significó transformar un servicio en un derecho y de esta forma, permitir a las personas mantener un sustento sin depender del mercado. La autora entiende que la *independencia* es un rasgo central de la ciudadanía. *Idem*, p. 308, 311.

¹⁰⁴ Agradecemos a Carlos Lema Añón por señalarlos este punto sobre la DUDH.

¹⁰⁵ Así como podemos decir que como actividad colectiva el trabajo productivo no es una “opción”, —aunque en términos individuales pueda ser una elección en algunas circunstancias normalmente de privilegio— lo mismo ocurre con el trabajo reproductivo, pues las sociedades no podrían subsistir sin este, aunque en términos individuales —y solo en los Estados donde están garantizados los derechos sexuales y reproductivos— esté sujeto a la libre elección.

¹⁰⁶ Que emerge y marca un giro en el constitucionalismo contemporáneo. Sobre la categoría véase Cobo, “Democracia paritaria y sujeto político feminista”, en *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, pp. 29-44.

¹⁰⁷ Villa Ayala, Trevilla, *et al.*, *op. cit.*, p. 144.

¹⁰⁸ Incluyendo medidas constitucionales que intentaron proveer a las mujeres embarazadas y las madres trabajadoras con los medios para combinar el trabajo remunerado y no remunerado, como un modo de

implica para las mismas una forma distinta y limitada de habitar el mercado laboral.¹⁰⁹ En este sentido, las políticas de “reconciliación” entre el Estado y el mercado, intentaron empujar a las mujeres al trabajo remunerado, pero no cuestionaron la división sexual del trabajo que daban por sentada a partir del trabajo reproductivo.¹¹⁰

En este sentido, agregar la perspectiva de género a la comprensión de los derechos sociales en la esfera judicial no consiste simplemente en extender su alcance original para incluir a las mujeres, en tanto trabajadoras, al espacio público mediante la no discriminación en el acceso al trabajo, o el acceso a las mismas oportunidades de ascenso laboral, —superando el techo de cristal— o a recibir el mismo salario por la misma actividad. La perspectiva de género implica incluir en el análisis de los DESCA, los obstáculos estructurales que les impiden a las mujeres el acceso igualitario a los derechos —a la salud física y mental, derechos sexuales y reproductivos, derecho a vivir una vida libre de violencia, por ejemplo, considerando el acoso sexual/laboral, acceso a la educación y posibilidades de capacitación, derechos *maternalistas*, licencias de maternidad, por cuidados, etc.—, prestando especial atención al trabajo reproductivo que ha sido invisibilizado bajo la lógica asimilacionista —según la cual solo el trabajo masculinizado en la esfera pública es considerado trabajo—.

La lógica asimilacionista del trabajo reproductivo también ha significado que la protección de los derechos sociales está ampliamente sesgada hacia la normalización de los estereotipos sobre las cargas de cuidado y, por tanto, el análisis con

asegurar que podían estar presentes en el mercado laboral a la vez que seguir siendo madres y cuidadoras. Rubio Marín, *op. cit.*, p. 801.

¹⁰⁹ Generando procesos de ascenso diferenciados —“mommy track”— trabajos de medio tiempo, menor salario, segregación laboral, techos de cristal, etc. Medidas que además pueden terminar reforzando en lugar de revertir los estereotipos de género existentes. *Idem*, p. 802.

¹¹⁰ Orloff, “Gendering the Comparative Analysis of Welfare States [...]”, p. 321. El término “división sexual del trabajo” es reconocido por la SCJN que lo define como “la asignación de tareas y espacios con base en el sexo de las personas” y lo vincula tanto con i) la división de funciones al interior de la familia: los hombres “salen a trabajar” mientras las mujeres se quedan a cargo de las labores domésticas y de crianza, como con ii) el tipo de trabajos remunerados que unos y otras realizan de acuerdo a los roles sociales: los hombres se asocian con tareas de liderazgo, esfuerzo físico y disponibilidad de horario, las mujeres trabajos “femeninos”, de cuidados, preparación de alimentos, etc. SCJN, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*, p. 36.

perspectiva de género debe incluir también la consideración sobre dichas cargas y la forma en que limitan el acceso de las mujeres a los derechos, o la forma en que naturalizan una forma diferente y desaventajada de ejercer dichos derechos.

Piénsese por ejemplo en las licencias de maternidad que, si bien pretenden garantizar el derecho al trabajo en conjunción con la reproducción, al ser reconocidas exclusivamente a favor de las mujeres o con tiempos irrisorios en el reconocimiento a los hombres, reproduce los estereotipos de género y orillan a las mujeres al goce parcializado del derecho al trabajo en términos de ascensos, remuneraciones, etc. Un análisis con perspectiva de género invitaría a democratizar dichas cargas de cuidado y con ello, a la transformación de estereotipos que las mantienen feminizadas y limitadas a la esfera privada.

La adjudicación de los DESCAs con perspectiva de género tendría que empezar por hacer visibles y explícitos los *contextos de desigualdad* en los que se encuentran las mujeres con respecto al acceso y goce de los derechos. También debería incluir la consideración sobre los arreglos sociales e institucionales que dan por sentado dicho acceso y goce diferente y desigual para las personas feminizadas, identificando la forma en que naturalizan y reproducen estereotipos sobre los roles sociales y expectativas de comportamiento. Este paso en el análisis judicial de los DESCAs con perspectiva de género permite identificar a partir de la información sociológica, las barreras de acceso, los impactos diferenciados del reconocimiento legal, y las cargas asimétricas que asumen hombres y mujeres en la distribución de las tareas de cuidado y del trabajo reproductivo. A partir de estas consideraciones, es posible identificar las medidas necesarias para *compensar* las asimetrías, desigualdades y discriminaciones que enfrentan las mujeres cuando pensamos en el derecho al trabajo, la seguridad social, la salud o la vivienda. Eso significa también que la compensación en el caso concreto debe buscar *corregir* hacia el futuro, los factores que perpetúan esas asimetrías y que hacen que las mujeres enfrenten, por ejemplo, “techos o paredes de cristal” en el contexto laboral, o que no reciban compensación por el trabajo de cuidado, o que se sigan feminizando las políticas de seguridad social.

El análisis con perspectiva de género tendría que seguir con la tarea de identificar, en los casos concretos, cómo se materializa ese contexto de desigualdad y

cuál es su relación con las falsas presunciones sobre los roles de las mujeres y de las personas feminizadas en la sociedad. A partir de ello, un análisis de género tendría que evitar reproducir tanto los estereotipos, como las situaciones estructurales que hacen que las mujeres tengan acceso y goce restringido de sus derechos.

Adicionalmente y por obvio que parezca, el análisis de los DESCA con perspectiva de género debe poner el énfasis en el trabajo de cuidados —remunerados y no remunerados— y en el trabajo reproductivo, no como políticas asistencialistas sino como derechos con la correlativa responsabilidad del estado y las garantías de la concepción sustantiva de la igualdad que implican visibilizar el valor económico de dichos trabajos, el valor social y de interés público de ellos.

El *desmonte* o la desintegración de los roles de género necesita de muchas medidas que recién se empiezan a ver en el constitucionalismo comparado. Dicho desmonte requiere que superemos la concepción del género como un asunto natural que define los roles sociales de las personas y que lo entendamos desde la perspectiva de la igualdad sustantiva, es decir, como un método para corregir la desigualdad estructural que marca el acceso a los derechos de ciertos grupos sociales. Las decisiones de la SCJN aquí analizadas nos dan buenas pautas para avanzar hacia el uso integral de una perspectiva de género en los casos de DESCA, en aplicación y respeto pleno del orden constitucional y, como demostramos en nuestro análisis, nos marcan también las áreas de oportunidad para alcanzar decisiones judiciales *transformadoras* respecto de la desigualdad de género.

Bibliografía

Libros

Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

Carbonell, Miguel, “Estudio preliminar. Igualdad y derechos humanos”, *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, Miguel Carbonell comp., CNDH, Ciudad de México, 2003.

- Esping-Andersen, Gøsta, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Princeton University Press, Princeton, 1990.
- Fredman, Sandra, *Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- Fiss, Owen, “Groups and the Equal Protection Clause”, *Equality and Preferential Treatment*, Cohen, Marshall, Nagel, Thomas y Scanlon, Thomas (eds.), Princeton University Press, Princeton, 1997.
- Fowkes, James, “Transformative Constitutionalism and the Global South”, *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*, Von Bogdandy, Armin, *Et al.* (eds.), Oxford University Press, Oxford 2017.
- Irving, Helen, *Gender and the Constitution. Equity and Agency in Comparative Constitutional Design*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- Pateman, Carole, *El Contrato Sexual*, trad. María Luisa Fermeñas, Ménades, Madrid, 2019.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género*, 2021.
- Villa Ayala, Karina, Trevilla Espinal, Diana Lilia y Ríos Quiroz, Laura, “La organización del cuidado en México: Políticas, normas, actores, instituciones y desafíos”, *Los cuidados. Del centro de la vida al centro de la política*, Torres Santana, Aylinn (ed.), Friedrich Ebert Stiftung, Santiago, junio 2021.
- Wade, Lisa y Marx Ferree, Myra, “Gender Ideologies”, *Ideas, Interactions, Institutions*, Wade, Lisa y Marx Ferree, Myra, *Gender*, Norton & Company, Nueva York, 2019.
- West, Robin, *Progressive Constitutionalism. Reconstructing the Fourteenth Amendment*, Duke University Press, Durham, 1994.

Young, Iris Marion, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton University Press, Princeton, 1990.

Revistas

Alterio, Ana Micaela y Niembro Ortega, Roberto, “La exigibilidad de los derechos sociales desde un modelo deliberativo de justicia constitucional”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Núm. 16, julio-dic 2011.

Calnitsky, David y Goñalons-Pons, Pilar, “The Impact of an Experimental Guaranteed Income on Crime and Violence”, *Social Problems*, Núm. 0, 2020.

Clérico, Laura, Ronconi, Liliana y Aldao, Martín, “Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe en materia de Igualdad: sobre la no-discriminación, la no-dominación y la redistribución y el reconocimiento”, *Revista Direito GV*, 9(11), Enero - Junio 2013.

Cobo, Rosa, “Democracia paritaria y sujeto político feminista”, *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, Núm. 36, 2002.

England, Paula, Budig, Michelle y Folbre, Nancy, “Wages of Virtue: The Relative Pay of Care Work”, *Social Problems*, Vol. 49 Núm. 4, 2002.

Folbre, Nancy y Nelson, Julie, “For Love or Money?”, *The Journal of Economic Perspectives*, Vol. 14 Núm. 4, 2000.

Fraser, Nancy, “Las contradicciones del capital y los cuidados”, *New Left Review* 100, sept- oct 2016.

Fredman, Sandra, “Substantive Equality Revisited”, en *I-CON*, Vol. 14 Núm. 3, 2016.

_____, “Engendering Socio-Economic Rights” en *South African Journal on Human Rights*, Vol. 25, Núm. 3, 2009.

Lema Añón, Carlos, “Derechos sociales ¿para quién? Sobre la universalidad de los derechos sociales”, *Derechos y libertades: Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, Año Núm. 14, Núm. 22, 2010.

Noguera Fernández, Albert, “Derecho antidiscriminatorio y protección de los colectivos en situación de vulnerabilidad en las constituciones de Ecuador de 2008 y Bolivia de 2009”, *Derechos y Libertades*, Núm. 40, época II, enero 2019.

Orloff, Ann Shola, “Gender and the Social Rights of Citizenship: The Comparative Analysis of Gender Relations and Welfare States”, *American Sociological Review*, Vol. 58, Núm. 3, 1993.

_____, “Gendering the Comparative Analysis of Welfare States: An Unfinished Agenda”, *Sociological Theory*, Vol. 27, Núm. 3, Sep. 2009.

Pautassi, Laura, “El cuidado como derecho. Un camino virtuoso, un desafío inmediato” *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Núm. 272, septiembre-diciembre 2018.

Ramírez Sánchez, Adriana, “La Suprema Corte y el trabajo doméstico: los retos de la desigualdad estructural”, *El juego de la Suprema Corte*, Nexos, 14 de diciembre de 2018, Disponible en <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/la-suprema-corte-y-el-trabajo-domestico-los-retos-de-la-desigualdad-estructural/>

Ribotta, Silvina, “Condiciones materiales para el ejercicio de la autonomía. El jaque de la desigualdad a la libertad”, *Revista Derecho del Estado* 48, diciembre 2020.

Rodríguez Garavito, César, “Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socio-Economic Rights”, *Texas Law Review*, Vol. 89, Núm 7, 2011.

_____, “Activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales”, en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, 14(2), 2013.

Rodríguez Ruiz, Blanca y Rubio Marín, Ruth, “De la paridad, la igualdad y la representación en el Estado Democrático”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 81, 2007.

Rubio Marín, Ruth “Constitutional law and women’s citizenship: A retrospective – In memoriam Ruth Bader Ginsburg”, *I-CON*, Vol. 18 Núm. 4, 2020.

_____, “The (dis)establishment of gender: Care and gender roles in the family as a constitutional matter”, *I-CON*, Vol. 13 Núm. 4, 2015.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Cuadernos de Jurisprudencia* Núm. 7, *Igualdad y no discriminación*, CEC, 2021.

Jurisprudencia y normas

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Caso Marcia Cecilia Trujillo Calero v., Ecuador*, 26 de marzo 2018.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general Núm. 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal, 1999.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-410, 1994, MP Carlos Gaviria Díaz.

_____, Sentencia T-426, 1992, M.P. Eduardo Cifuentes.

_____, Sentencia T-624, 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) v. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 29 de mayo de 2014, Serie C Núm. 2795.

Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 1388/2015, 15 de mayo de 2019, Ministro ponente Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Secretaria M.G Adriana Ortega Ortiz, Secretaria Auxiliar Irlanda Avalos Núñez, Colaboradora Itzel de Paz Ocaña.

_____, Amparo Directo en Revisión 1754/2015, 14 de octubre de 2015, Ministro Ponente Arturo Zaldívar, Secretarías Ana María Ibarra Olguín y (Auxiliar) Geraldina González de la Vega.

Principios de Montreal sobre los derechos económicos, sociales y culturales de las mujeres, Montreal, Quebec, 7-10 de diciembre de 2002.

Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en Revisión 59/2016, 29 de junio de 2016, Ministra ponente Margarita Beatriz Luna Ramos, Secretaria Guadalupe Ortiz Blanco.

_____, Voto concurrente que formula el Ministro Javier Laynez Potisek en el Amparo en Revisión 59/2016.

_____, Voto particular que formula el Ministro José Fernando Franco González Salas en el Amparo en Revisión 59/2016, fallado en sesión de la Segunda Sala de 29 de junio de 2016.

_____, Amparo Directo 8/2018, 5 de diciembre de 2018, Ministro Ponente Alberto Pérez Dayán, Secretario Isidro Muñoz Acevedo.

Otros

Bergallo, Paola, Mangini, Marcelo, *Et. al.*, PNUD LAC C19 PDS No. 25. *Los impactos del COVID-19 en la autonomía económica de las mujeres en América Latina y el Caribe*, ONU MUJERES, marzo 2021, Disponible en: https://www.latinamerica.undp.org/content/rblac/es/home/library/womens_empowerment/los-impactos-del-covid-19-en-la-autonomia-economica-de-las-mujer.html

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Núm. 9, El derecho a la Seguridad Social, 2008.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre personas trans y de género diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, OEA, 2020, Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PersonasTransDESCA-es.pdf>

Saba, Roberto, “Castas, desigualdad estructural y la igualdad como no-sometimiento”, *Pobreza, derechos y desigualdad estructural*, SCJN, Ciudad de México, 2012.

Pueblos indígenas, derecho al territorio y derechos sociales

Rodrigo Gutiérrez Rivas*
Daniela Sánchez Carro**

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

** Licenciada en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México.

Pueblos indígenas, derecho al territorio y derechos sociales. I. Introducción; II. Consideraciones preliminares sobre los derechos de los pueblos; III. Derecho al territorio y su relación con los derechos sociales; IV. El reconocimiento del derecho al territorio indígena; IV. La noción del derecho al territorio en la Corte Interamericana de Derechos Humanos; V. Derechos sociales y adecuación cultural.

I. Introducción

Las condiciones de vida de los pueblos indígenas en México continúan marcadas por la exclusión, la pobreza y la discriminación. Después de padecer durante siglos procesos como la colonización y el integracionismo, en nuestros días siguen enfrentando violaciones múltiples y estructurales a sus derechos. Esta situación se materializa en la falta de acceso a la justicia, a los servicios básicos, a la educación, a la salud, entre otras graves vulneraciones. Basta con dar algunas cifras que dan cuenta de esta situación: de acuerdo con información oficial, se estima que el 41.9% de la población de México se encuentra en situación de pobreza, de la cual, el 69.5% es de origen indígena.¹ En comparación con el resto de la población, la comunidad indígena presenta un mayor porcentaje en la falta de acceso a la educación, seguridad social, servicios de salud, vivienda y alimentos.²

¹ Consejo Nacional para de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, *La pobreza en la población indígena de México, 2008-2018*. Disponible en: https://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Documents/Pobreza_Poblacion_indigena_2008-2018.pdf

² *Idem*. Otro ejemplo que refleja la desigualdad de condiciones de vida de los pueblos indígenas lo retomamos del informe de la visita a México de Relatora especial sobre los derechos de los pueblos indígenas que, con base en información gubernamental, alertó que la esperanza de vida de los indígenas es siete años menor que la de la del resto de la población, presentándose altas tasas de mortalidad infantil superiores al promedio nacional. V., Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas sobre su visita a México, A/HRC/39/17/Add.2, párr. 72.

Las condiciones de adversidad que enfrentan los pueblos se agravan cuando analizamos el despojo de bienes comunes que sufren debido a la imparable construcción de infraestructura, al avance de la frontera extractiva de recursos, de los emprendimientos turísticos, y otros megaproyectos que son desarrollados en sus tierras y territorios y que afectan de forma radical su entorno.³

En 2017, en su visita a México, la entonces relatora sobre la situación de los derechos de los pueblos indígenas advirtió que los derechos económicos, sociales y culturales de los pueblos indígenas se encuentran en constante amenaza por el desarrollo de proyectos en sus territorios.⁴ Esta correlación entre las afectaciones a los derechos sociales y la destrucción de los territorios de los pueblos indígenas muestra una vital conexión entre sus espacios de vida y el acceso a bienes primordiales necesarios para satisfacer necesidades básicas, como son la alimentación, la salud, el agua, indispensables para reproducir sus culturas. Sin embargo, a pesar de la evidente importancia de sus territorios, éstos son constantemente asediados, hasta el punto que su defensa ha llegado a cobrar la vida de muchos integrantes de sus comunidades.⁵ En este marco, la justiciabilidad de los derechos de los pueblos indígenas se vuelve trascendental, no sólo por la urgencia que deriva de la realidad, sino también porque muchos de los pueblos han decidido apostar por el Derecho, y a confiar en los jueces, para proteger sus territorios y en consecuencia sus vidas.

Contrario a lo que podría suponerse, en un país en el que habitan 68 pueblos originarios y donde el 21.5% de la población se autoadscribe como indígena,

³ El patrón de desposesión y diferentes tipos de vulneraciones a los derechos de los pueblos indígenas en relación a sus tierras y territorios ha sido visibilizado en diferentes informes de procedimientos especiales de la ONU, así como por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Cf., ONU, CDH, Informe del Relator Especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento acerca de su misión a México, A/HRC/36/45/Add.2, párrs. 34 y 49; *Idem*, Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas acerca de su misión a México, A/HRC/35/32/Add.2, párrs. 7, 22-43; *Idem*, Informe del Relator Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos relativo a su misión a México, A/HRC/37/51/Add.2, párrs. 32, 47 y 66. En el mismo sentido, OEA, CIDH, Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en México, OEA/Ser.LV/II. Doc. 44/15, 31 diciembre 2015, párrs. 252-254.

⁴ ONU, CDH, Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas sobre su visita a México, A/HRC/39/17/Add.2, párrs. 71-74.

⁵ V., *Idem*, Informe del Relator Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos relativo a su misión a México, A/HRC/37/51/Add.2, párrs. 47, 61, 66-69.

los casos de defensa del territorio y de derechos sociales de pueblos indígenas que han llegado a tribunales son escasos.⁶ En la búsqueda que se realizó, para este trabajo, de tesis y jurisprudencia a partir de la décima época,⁷ se observó que la mayoría de resultados relacionados con los derechos de los pueblos indígenas tratan aspectos adjetivos, tales como interés legítimo, representación, consulta, acceso a intérpretes o acreditación de carácter de persona indígena. Es decir, los criterios establecidos abordan principalmente el acceso a la justicia para los pueblos y el derecho a la consulta previa. Pocos son los casos en los cuales se emite una decisión sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales o Ambientales.⁸ Sin pretender considerar estos resultados como concluyentes, es posible interpretarlos como indicios. De ahí que resulte necesario que los operadores del derecho realicen mayores esfuerzos para proteger y garantizar los derechos sustantivos de los pueblos, —y no sólo procedimentales como la salud— entre ellos el territorio, la vivienda, la alimentación, la educación, entre otros.

En ese sentido, este trabajo pretende contribuir al conocimiento del derecho al territorio de los pueblos indígenas en México, en su estrecha relación con el disfrute y garantía de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales —DESC—, e identificar algunos estándares que permitan tomar mejores decisiones y adoptar las medidas necesarias para proteger y garantizar los derechos de los pueblos y

⁶ Sólo se toman en cuenta los asuntos resueltos en instancias federales, con base en una búsqueda en el *Semanario Judicial de la Federación* bajo las siguientes palabras: “pueblos indígenas”, “pueblos originarios”, “pueblo indígena”, “indígena” e “indígenas”, siendo los criterios y adjetivos que pudieron arrojar resultados que abarquen una gama amplia de temas. Por otro lado, con base en el Cuaderno de Jurisprudencia Núm. 4. de la SCJN, 2020, se contabilizan algunos casos más relacionados con derechos de los pueblos indígenas, aunque la conclusión a la que se llega en el cuaderno es similar a la que asume este trabajo. Cf., Rabasa Salinas, *et al.*, “Derecho a la propiedad de la tierra, el territorio y los recursos naturales”, *Cuadernos de Jurisprudencia* núm. 4; pp. 8. Sobre las barreras que pueden enfrentar los pueblos al judicializar sus derechos, puede verse: Ortega Soriano, “Algunos problemas para la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en México. Cuestiones persistentes y nuevas”, pp. 401-454.

⁷ Tomando en cuenta que esta época se inició con la reforma constitucional de derechos humanos de 2011, a partir de la cual es incuestionable que los derechos de los pueblos indígenas y sus obligaciones, establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales, tienen un carácter vinculante para autoridades y jueces.

⁸ Los registros que llegan a resolver el fondo de la controversia, se relacionan con el derecho-principio a la libre determinación, derecho de uso del espectro radioeléctrico, derecho al medio ambiente, derecho a la no discriminación, derechos lingüísticos y reconocimiento de sistemas normativos.

comunidades. En un primer momento, el texto describe algunas precisiones que buscan que los actos de las autoridades, incluyendo las decisiones judiciales, tengan como punto de partida las necesidades y demandas de los pueblos. Estas aclaraciones resultan relevantes, ya que la interpretación descontextualizada de sus demandas puede afectar el goce de sus derechos. Posteriormente, se profundizará en el concepto del derecho al territorio y, a continuación, en la forma en que se interrelacionan el territorio y los derechos sociales de los pueblos indígenas. De la relevancia del territorio en el disfrute de los DESC, resulta pertinente identificar cómo este ha sido protegido y cómo se ha garantizado este derecho a los pueblos indígenas en la sede judicial. Aquí, se profundiza en el desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyos precedentes son vinculantes para México y, además, son referentes para la protección de los derechos de los pueblos. Este apartado pretende aportar elementos para entender al territorio como un derecho con contenido y obligaciones identificadas para los Estados, que permita interpretar de mejor manera las normas de derecho interno y, así, llegar a una adecuada comprensión de este derecho, que a su vez contribuya a la garantía de los derechos sociales.

El énfasis dado al derecho al territorio en relación con los DESC, no debe suponerse como la única forma en que los pueblos pueden disfrutar de los derechos sociales, pues de igual manera, estos tienen derecho a ejercer y disfrutar de los DESC como el resto de la población no indígena. Sin embargo, este ejercicio y acceso a los DESC debe darse bajo condiciones distintas, que atiendan a su diferencia cultural. Por ello, en la última parte del texto, se trata la forma en que los DESC deben garantizarse de forma particular cuando son exigidos por los pueblos indígenas, bajo el principio y obligación de la adecuación cultural.

II. Consideraciones preliminares sobre los derechos de los pueblos

Reflexionar sobre los derechos de los pueblos y comunidades indígenas exige realizar algunas precisiones sobre su origen, reconocimiento y concepción. Para comprender el alcance de los mismos, es necesario tomar en cuenta el contexto en el que han vivido, —hasta la fecha viven— marcado por la discriminación,

el racismo y las condiciones de pobreza a las que han sido sometidos. Lo anterior se refleja en su cotidianidad, y exige actuaciones específicas por parte de los Estados.

Como primera nota preliminar, debe tenerse presente que el reconocimiento a los derechos de los pueblos se materializó gracias a la intensa lucha y organización de los pueblos indígenas, quienes durante décadas⁹ se esforzaron para lograr ser reconocidos como sujetos de derecho y exigieron traducir al lenguaje jurídico un conjunto amplio de demandas que durante siglos habían sido soslayadas.

En segundo lugar, se trata de derechos diferenciados en razón de los titulares, característica que tiene dos reflejos en el mundo jurídico. Por un lado significa que se trata de prerrogativas con una esencia distinta, atendiendo a la diferencia cultural de los pueblos,¹⁰ su organización y autoconcepción como colectivos¹¹ así como a su situación de vulnerabilidad.¹² De la misma forma, que se consideren derechos diferenciados implica una actuación particular por parte del Estado, pues exige la adopción de medidas determinadas en función de las particulares necesidades de protección de los colectivos en situación de vulnerabilidad.¹³

En tercer lugar, debe de considerarse que los derechos de pueblos indígenas son derechos colectivos, tanto en su titularidad como en su ejercicio. Es decir, no se trata del reconocimiento de un agregado de derechos individuales, sino que implica concebir a pueblos y comunidades como titulares en sí mismos. Esto es

⁹ Anaya, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, pp. 91-96. En el mismo sentido, Aponte Miranda, "Indigenous People as International Lawmakers", en *University of Pennsylvania Journal of International Law*, pp. 203-263.

¹⁰ Al respecto, es conveniente retomar también a Stavenhagen, que consideraba que los derechos de los pueblos indígenas atienden a la diferencia étnica de colectivos y que, además, derivan de injusticias y trascienden para denunciar los crímenes cometidos en contra de los pueblos indígenas. Cf., Stavenhagen, "Los derechos de los indígenas: algunos problemas conceptuales", en *Nueva Antropología*, pp. 83-99, p. 90.

¹¹ Los derechos colectivos ha sido un tema ampliamente debatido. Puede consultarse al respecto: López Calera, *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*; Cruz Parcerio, *El lenguaje de los derechos*; García Inda, *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*. Dado el reconocimiento jurídico de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas de naturaleza colectiva, el presente texto asume esta postura, adoptada por el Derecho internacional de los derechos humanos.

¹² Cf., Corte IDH, Caso de los *trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, Serie C Núm. 318, p. 337.

¹³ *Ibidem*.

de suma importancia, pues el reconocimiento de derechos en lo individual desnaturaliza las reivindicaciones indígenas que subyacen y afectan su disfrute. Por ello, debe enfatizarse que los derechos de los pueblos son derechos de titularidad y ejercicio colectivo,¹⁴ como se ha reconocido en el Convenio Núm. 169 de la OIT, en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y como ha sido reafirmado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en la Opinión Consultiva 22/16 reiteró, tal como venía haciendo en distintos casos, que *las comunidades indígenas son titulares de derechos*.¹⁵

En cuarto lugar, al reflexionar y adoptar cualquier tipo de medida que involucre a pueblos y comunidades indígenas, se debe pensar desde una perspectiva o enfoque intercultural, desde el marco teórico construido por los pueblos indígenas,¹⁶ —desde donde se reflexiona de forma crítica y decolonial, para dismantelar las estructuras de violencia y opresión que existen sobre los pueblos indígenas— y en conceptos, normas, acciones de personas, grupos, instituciones y gobiernos.¹⁷

Las formas en que puede resolverse un caso bajo una mirada intercultural son diversas, pero deben tener como objetivo: facilitar el acceso material a la justicia de los pueblos, que estos participen de forma real en la toma de decisiones, que se reconozcan sus diferencias culturales, y que sus demandas sean atendidas tomando en cuenta la desigualdad de poder, y las violaciones múltiples a sus derechos y sus intereses.¹⁸

¹⁴ No sólo la Corte regional lo ha considerado así, sino al igual distintos tribunales, como la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (caso *Ogiek vs. Kenia*); el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial —Recomendación general Núm. 23—; la relatoría especial sobre derechos de los pueblos indígenas; entre otros organismos internacionales.

¹⁵ Corte IDH, OC-22/16 titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los arts. 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de la CADH, así como del art. 8.1.a y b del Protocolo de San Salvador, p. 72.

¹⁶ Si bien la interculturalidad ha sido reivindicada y parte de las reflexiones de los pueblos indígenas, también ha sido incorporada por órganos internacionales o nacionales como eje de acción de políticas públicas o sentencias, y se han propuesto algunas definiciones. V., CIDH, Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales en la Panamazonía, párrs. 43, 44 y 45.

¹⁷ Cf., Garzón López, *Ciudadanía indígena. Del multiculturalismo a la colonialidad del poder*, pp. 290-294, y Walsh, C., *Interculturalidad, estado y sociedad. Luchas (de) coloniales de nuestra época*, p. 41.

¹⁸ Cf., Grosfoguel, “Interculturalidad, ¿diálogo o monólogo?: la subalternidad desde la colonialidad del poder en los procesos fronterizos y transculturales latinoamericanos”, en *Guaragua*, pp. 97-110, p. 97;

Al respecto, podemos retomar como ejemplo los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que en la resolución del Amparo Directo en Revisión 5465/2014 consideró que el enfoque intercultural implica hacer una interpretación culturalmente sensible de las normas, donde se considere el contexto en el que se desarrollan las comunidades indígenas y sus particularidades culturales. Asimismo, consideró que el diálogo intercultural es la única forma en que los miembros de las comunidades indígenas pueden gozar y ejercer sus derechos y libertades en condiciones de igualdad y no discriminación.¹⁹

Estas cuatro consideraciones preliminares para el abordaje de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas tienen reflejo en las resoluciones de operadores jurídicos. Tal es el caso del Tribunal Plurinacional Constitucional de Bolivia, que ha adoptado el enfoque intercultural como principio de interpretación constitucional,²⁰ y el de la Corte Constitucional de Colombia, que en las numerosas sentencias relativas a pueblos indígenas suele pronunciarse de forma previa para considerar que los pueblos enfrentan:

- (i) la existencia de patrones históricos de discriminación en contra de los pueblos y personas indígenas; (ii) presión ejercida sobre sus territorios; (iii) incomprensión de sus formas de ver el mundo, organización social y percepción del desarrollo, por parte de la sociedad no-indígena.²¹

En la misma tesitura, también podemos retomar como ejemplo de abordaje intercultural, la reinterpretación de disposiciones y conceptos jurídicos que ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos para atender las necesidades de los pueblos y comunidades. Un ejemplo emblemático de ello es la interpretación del Artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Mignolo, *Desobediencia epistémica: retórica de la modernidad, lógica de la colonialidad y gramática de la descolonialidad*, pp. 31-36, y Santos, B., *Descolonizar el saber, reinventar el poder*, Montevideo, p. 17.

¹⁹ SCJN, Tesis aislada: 1a. CCXCIX/2018 Libro 61, Tomo I, p. 337.

²⁰ El Tribunal Plurinacional de Bolivia, en reiteradas ocasiones, ha señalado que los ejes fundacionales que deben guiar al intérprete constitucional al momento de resolver los problemas jurídicos planteados en sede constitucional, son la plurinacionalidad, interculturalidad, pluralismo y descolonización. Por ejemplo, *Cf.*, Sentencia constitucional 0698/2013.

²¹ Colombia, Corte Constitucional de Colombia, Tribunal Plurinacional de Bolivia, Sentencia T-661/15.

—CADH—, el cual tutela la propiedad privada. En este caso, la Corte determinó que la Convención también protege el territorio indígena bajo la modalidad de la propiedad comunal.²²

La importancia de tener en cuenta las consideraciones anteriores cobra relevancia al momento en que se está frente a un caso que involucra a pueblos indígenas, pues ello exige hacer una distinción en la forma en que se reciben y procesan sus demandas en el mundo jurídico. En este sentido, la Corte Interamericana también ha sentado criterios respecto a los recursos judiciales y administrativos con los que deben contar los pueblos, estableciendo que los Estados están obligados a proporcionar recursos idóneos para combatir las violaciones a sus derechos, sencillos y rápidos,²³ que tengan en cuenta sus particularidades, su situación de especial vulnerabilidad, así como el derecho y costumbres de los pueblos,²⁴ y que sean accesibles de forma colectiva, señalando que los recursos son inadecuados e ineficaces si sólo están disponibles para personas en lo individual.²⁵

Las anteriores puntualizaciones no tendrían forma de materializarse si no es a través del ejercicio práctico y de la aplicación de instrumentos jurídicos de derechos humanos. En el caso del *corpus iuris* de derechos de pueblos indígenas, encontramos un avance paulatino en su cristalización en distintas fuentes, tales como convenios, decisiones de tribunales, informes, observaciones generales, entre otros, en los cuales es común identificar una protección particular: la relación especial que tienen los pueblos con sus tierras y territorios, que además propicia la satisfacción de necesidades básicas, como el acceso al agua, a alimentos, a una vivienda adecuada, y consecuentemente, asegura su vida, salud e integridad.

1. El derecho de los pueblos indígenas al territorio

A lo largo de décadas, los pueblos indígenas han exigido el reconocimiento jurídico y la protección de los espacios que producen, habitan y ocupan. Esta ardua

²² Sobre este tema se profundiza en apartados siguientes.

²³ Corte IDH, Caso *Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*. Serie C Núm. 346, párr. 131.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Idem*, Caso del *Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Serie C Núm. 172, párr. 179.

lucha se ha intensificado frente a las amenazas y vulneraciones crecientes sobre sus espacios esenciales y recursos debido a la implementación de normas, medidas y proyectos que cada día más afectan el medio en el que desarrollan sus culturas. El clamor unificado por el respeto a su libre determinación y a sus territorios está relacionado con el especial significado que estos tienen para los pueblos y sus culturas. Los espacios que crean y habitan, y a los que han dado un significado a lo largo de siglos, son sagrados bajo su cosmogonía: Tanto las montañas, como los ríos, las lagunas, las cuevas, la flora y la fauna son elementos indisolubles de sus culturas y formas de comprender el mundo.²⁶ Esta especial relevancia del territorio para la vida de los pueblos ha sido abordada por diferentes disciplinas y reflexionada con base en las propias manifestaciones indígenas, entre las cuales es común entender al territorio como el espacio producido por los pueblos, base de su reproducción cultural, donde ejercen su autonomía, se organizan y estructuran política y económicamente.²⁷

Debe enfatizarse que, para los pueblos, sus territorios revisten una importancia material e inmaterial pues, al mismo tiempo, el territorio provee de condiciones materiales para la vida, y además tiene una dimensión intangible ligada a la cultura de los pueblos. La trascendencia material del territorio se hace evidente cuando, por ejemplo, el asentamiento comunitario de los pueblos está fundado en la posibilidad de acceder a diferentes recursos, como a frutos, plantas tradicionales, o a ríos para el abasto de agua. La relevancia inmaterial radica en el significado que tienen todos estos elementos en su cultura, historia o cosmogonía.²⁸ Esta doble dimensión de los espacios de los pueblos indígenas ha sido visibilizada y protegida a través del Derecho. Muestra de lo anterior es la emblemática sentencia del caso *Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua*, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, misma que comenzó a sentar las bases del reconocimiento del derecho al territorio de los pueblos indígenas:

²⁶ García Hierro, "Territorios indígenas: tocando a las puertas del Derecho", en *Tierra Adentro. Territorio indígena y percepción del entorno*, p. 289.

²⁷ Cf., Sosa Velásquez, *¿Cómo entender al territorio?*, pp. 44-45.

²⁸ Cf., Rajsbaum, "Lugares y objetos sagrados", en *Pirámides, cerros y calvarios. Lugares sagrados y legislación mexicana*, p. 60.

149. [...] Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.²⁹

En el mismo sentido, el tribunal ha identificado la existencia de un valor intangible de los territorios, considerando que la falta de concreción de este derecho constituye un *daño inmaterial*, en virtud del significado especial de la tierra para los pueblos indígenas.³⁰ Otras aproximaciones jurídicas robustas al derecho al territorio han sido desarrolladas por la Corte Constitucional de Colombia a lo largo de diferentes resoluciones.³¹ En la Sentencia T-661/15 reafirmó que el territorio es un concepto abarcativo de distintos ámbitos de los pueblos:

22. El concepto de territorio colectivo no se agota en concepciones jurídicas asociadas a la demarcación de fronteras; ni a los mojones y linderos, propios del derecho civil. El reconocimiento estatal de los territorios y la delimitación de su área constituyen mecanismos de protección relevantes de las tierras indígenas. Sin embargo, el territorio colectivo *no es un concepto espacial, sino uno cultural* (el ámbito de vida de la comunidad). Y, en consecuencia, como lo ha explicado la jurisprudencia constitucional, puede tener un efecto expansivo, en el que se incluyen espacios de relevancia social, cultural y religiosa para las comunidades.

²⁹ Corte IDH, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua*. Serie C Núm. 79.

³⁰ *Idem*, *Caso Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*, Op. Cit. párr. 246. En el mismo sentido, caso *Comunidad Indígena Yakyé Axa vs. Paraguay*, Serie C, Núm. 125, párr. 203.

³¹ V., Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T 380/93; Sentencia T 693/11; Sentencia T-849/14, entre muchas otras. Al respecto, ésta última sentó el siguiente precedente: “Debido al sentido particular que tiene para los pueblos indígenas la tierra, la protección de su territorio no se limita a aquellos que se encuentran titularizados, sino que se trata de un concepto jurídico que se extiende a toda la zona indispensable para garantizar el pleno y libre ejercicio de sus actividades culturales, religiosas y económicas, de acuerdo como las ha venido desarrollando de forma ancestral. El Estado tiene la obligación de proteger a las comunidades indígenas frente a las perturbaciones que puedan sufrir en el ejercicio de sus actividades en lo que han considerado su territorio ancestral, y debe tomar todas las medidas pertinentes para evitar que conductas de particulares puedan afectar sus derechos”.

Es importante señalar que el territorio indígena también abarca los recursos naturales, pues la subsistencia de los pueblos depende del acceso y uso de los recursos y de su control efectivo; es a través del acceso al territorio y de los recursos que ahí se encuentran, que los pueblos materializan el derecho al agua, al acceder a ríos; a la alimentación, al cosechar alimentos o a través de la ganadería o la pesca; a la vivienda, al obtener insumos para la construcción de sus casas, o a la salud, teniendo disponibles sus plantas medicinales. Para ilustrar esta correlación, nos remitiremos al caso *Saramaka vs. Surinam*, en el cual los clanes Saramaka fueron afectados por la explotación forestal en los bosques de su territorio, dentro del cual el pueblo cazaba, pescaba, cosechaba, aprovechaba el agua y recolectaba plantas medicinales, aceites y madera. Dicho por uno de sus miembros, para el pueblo, el bosque es como un “mercado local; allí obtenemos nuestras medicinas, nuestras plantas medicinales. Allí cazamos para tener qué comer. El bosque constituye verdaderamente nuestra vida entera”.³²

En otros casos similares, la Corte Interamericana ha considerado que privar a los pueblos del disfrute de su territorio significa privarlos de sus medios de subsistencia tradicionales,³³ y que el derecho a usar y gozar el territorio carecería de sentido si no implicara los recursos que se encuentran en él. Por ello la titularidad del derecho al territorio también ampara la titularidad de los recursos.³⁴

Como ha quedado claro, retomando las palabras de Herreño, podríamos decir que el territorio es un derecho-condición de la posibilidad de otros derechos,³⁵ especialmente con el ejercicio de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales.

III. Derecho al territorio y su relación con los derechos sociales

Los efectos que tiene el disfrute o la desposesión de los territorios en otros derechos de los pueblos han sido evidenciados en los constantes informes de los

³² Corte IDH, Caso del Pueblo *Saramaka vs. Surinam...* cit, párr. 82.

³³ *Idem*, Caso *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, párr. 157 b)

³⁴ *Idem*, Caso del Pueblo *Saramaka vs. Surinam*, párr. 122.

³⁵ Cf., Herreño Hernández, “Evolución política y legal del concepto de territorio ancestral indígena en Colombia”, en *Revista El Otro Derecho*, pp. 547-272, p. 252.

procedimientos especiales de la Organización de las Naciones Unidas. En el caso del derecho a la alimentación, el Relator ha señalado que la alimentación de los pueblos suele depender de sus posibilidades de acceder a los recursos naturales existentes en la tierra o territorios que ocupan y del control que ejercen sobre los recursos.³⁶ De igual forma, ha advertido que problemas como el hambre y la malnutrición en pueblos indígenas, “se asocian con la falta de reconocimiento de su derecho a la tierra, la apropiación de recursos naturales y dificultades en el acceso a la justicia”.³⁷

En el caso del derecho a una vivienda adecuada, para algunos pueblos, el territorio entraña en sí mismo su primer hogar,³⁸ o bien construyen sus viviendas a partir de materiales que se encuentran en sus tierras.³⁹ A pesar de esta simbiosis entre territorio y vivienda, los pueblos indígenas han sido víctimas constantes de desalojos forzosos que se efectúan en relación con proyectos a gran escala,⁴⁰ lo que tiene como consecuencia la pérdida de sus viviendas, del acceso a sus cultivos, alimentos, agua y desarraigo del lugar que habitaron por siglos. En este mismo sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —Comité DESC—, ha señalado que el desplazamiento de los pueblos de sus territorios y entornos tradicionales, la pérdida de sus recursos alimenticios y la ruptura de su relación con la tierra tienen efectos perjudiciales en la salud de los pueblos.⁴¹

De forma coincidente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos —CIDH—, con base en la información que recibe de los pueblos, audiencias, visitas y peticiones, ha advertido que los emprendimientos extractivos de recursos en territorios indígenas perjudica fuentes de agua, suelos, sistemas de producción, fauna y flora del lugar, trastocando el equilibrio de la reproducción

³⁶ ONU, Comisión de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación, Doc. A/60/350, párr. 23.

³⁷ *Idem*, Documento A/61/306, párr. 42.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Mantilla Quijano, “Derechos sociales y bien-estar indígena: el racismo soterrado a la autonomía”, en Observatorio Indígena de Políticas Públicas de Desarrollo y Derechos Étnicos, *Indígenas sin derechos. Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas*. p. 113.

⁴⁰ ONU, Comité DESC, OG Núm. 7, El derecho a una vivienda adecuada; párrafo 1 del artículo 11 del Pacto: los desalojos forzosos, párr. 7.

⁴¹ *Idem*, OG Núm. 14, párr. 27.

étnica y cultural de los pueblos.⁴² A todas estas aseveraciones, se une la señalada por el Comité de Derechos Humanos respecto al derecho a la cultura, que en su Observación General Núm. 23, indica que para los pueblos, el derecho a disfrutar de la cultura puede guardar relación con el territorio y al uso de recursos.⁴³ Esta consideración, ha sido reafirmada en casos concretos, en donde se ha puesto de relieve que existen lesiones a la identidad cultural de los pueblos relacionadas con sus recursos naturales y alimentarios.⁴⁴

Desde la voz de los propios pueblos, de la narración de sus vivencias recogidas en distintos trabajos y de sus testimonios en defensa de sus territorios⁴⁵ se evidencia el territorio como un elemento vital en razón de la relación con su cultura, con su identidad, con el acceso a recursos, y la preservación de su integridad como pueblos.

Dada la importancia del territorio por su relación con los derechos sociales, es de especial relevancia su reconocimiento jurídico, protección y garantía, y para entenderlo como un derecho con contenido tangible y obligaciones estatales identificadas, lo que también ha quedado plasmado en las fuentes que reconocen el derecho al territorio y en resoluciones de tribunales.

En este sentido, a continuación, se profundizará en el reconocimiento y avance sobre el derecho al territorio en el Convenio Núm. 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁴² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 47/15, párr. 250.

⁴³ ONU, Comité de Derechos Humanos, OG Núm. 23, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 27 - Derecho de las minorías, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 183, párr. 3.2.

⁴⁴ Cf., Corte IDH, Caso de las *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Indígena Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*, Fondo, Serie C Núm. 420, p. 339.

⁴⁵ Pueden consultarse los tomos de la obra Barabas, *Diálogos con el territorio*, así como Boege Schmidt, et al., *El patrimonio biocultural de los pueblos indígenas de México; La lucha por la tierra y el territorio desde la voz de las mujeres. Experiencias organizativas de comunidades en resistencia*, México; Del Pozo, Martínez, *Caminos desde abajo. Organización social y usos del derecho en la defensa del territorio en México*.

IV. El reconocimiento del derecho al territorio indígena

La especial relevancia de las tierras y territorios para los pueblos indígenas ha sido incorporada en el Derecho nacional de algunos países⁴⁶ y en instrumentos internacionales como un derecho fundamental. Este avance en el *corpus iuris* de derechos de los pueblos es además visible en tratados como el Convenio Núm. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, declaraciones como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, así como en interpretaciones de tratados, sentencias, recomendaciones, informes de relatorías, entre otras. En la región, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha sentado las bases para la protección y garantía de los territorios indígenas a través de la jurisprudencia de la Corte e informes de la Comisión. En todas estas fuentes, se ha reconocido la relación especial que los pueblos mantienen con su territorio y la titularidad del derecho al territorio y a los recursos que ahí se encuentran. Al mismo tiempo, se ha reafirmado el reconocimiento de derechos sociales como a la salud, a la educación, a la vivienda, a la alimentación, a la cultura y al agua, entre otros derechos sociales.

Uno de los principales tratados con los que cuentan los pueblos para la protección y garantía de sus derechos es el Convenio Núm. 169⁴⁷ que, entre otras temáticas relevantes, reconoce el derecho a las tierras y territorios y da protección a la *relación especial* de los pueblos con sus tierras y territorios:

Artículo 13

1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su *relación con las tierras o territorios*, o con ambos, según

⁴⁶ Por ejemplo, Constitución Política del Estado de Bolivia —art. 394 III—, Constitución Política de Colombia —arts. 329 y 330—, Constitución de la República de Guatemala —artículos 68 y 69—.

⁴⁷ Adoptado por la Organización Internacional del Trabajo el 27 de junio de 1989, en vigor para México desde el 5 de septiembre de 1991.

los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

El término *relación especial*, incorporado en sentencias y otras declaraciones, distingue un nexo particular entre los pueblos y áreas ancestrales, que implica una imbricación socio-cultural y un sentimiento religioso y espiritual profundamente arraigado para los colectivos.⁴⁸ A través de esta categoría, que se ha expresado jurídicamente que los territorios son elemento vital, parte de la cosmogonía, identidad e historia de los pueblos y comunidades; ésta se ha afianzado jurídicamente y ha sido retomada por diversos tribunales regionales y nacionales.

A través del Convenio también podemos darnos cuenta de la amplitud del territorio, considerado un concepto más complejo y profundo que el de tierra:

Artículo 13

[...]

1. La utilización del término tierras en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de *territorios*, lo que cubre la *totalidad del hábitat* de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.

Conviene detenernos en esta redacción para aclarar que los territorios, en su dimensión material, tal como refiere el citado artículo, pueden abarcar regiones o áreas más allá de las cuales los pueblos habitan. Es decir, el territorio indígena no sólo incluye las tierras a las que los pueblos acceden, habitan u ocupan, sino que puede extenderse sobre espacios que tienen un valor y significado cultural sagrado. Ejemplo de ello lo podemos encontrar en la *Acción de Tutela T 693/11* de la Corte Constitucional de Colombia. Los hechos del caso se refieren a la construcción de un oleoducto en un área cercana al territorio habitado por la comunidad

⁴⁸ Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención Discriminaciones y Protección a las Minorías, Estudio del Problema de la Discriminación contra las poblaciones indígenas, Reporte Final (última parte) presentada por el Relator Especial, Sr. José R. Martínez Cobo, E/CN.4/Sub.2/1983/21/Add.4, párr. 71.

originaria Achagua Piapoco. Sin embargo, aún y cuando el oleoducto no estaba proyectado dentro del área habitada por la comunidad, sí debía atravesar el Río Meta y los charcones Emmita y Humapo, en los cuales el pueblo Achagua —hijos del río en lengua achagua— realiza prácticas religiosas y pesca de subsistencia.⁴⁹

Teniendo como referente un concepto amplio del territorio, la Corte extendió el ámbito de protección, señalando que el territorio de las comunidades no se reduce a aquellas áreas habitadas o reconocidas jurídicamente, sino que también comprende las áreas que constituyen el ámbito tradicional de actividades culturales y económicas, de forma que el territorio indígena:

[C]onstituye no sólo aquel espacio que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera, sino también las tierras que no están exclusivamente ocupadas por ellos, pero han tenido tradicionalmente acceso a ellas para sus actividades tradicionales y de subsistencia.⁵⁰

De la lectura del Convenio, es patente una protección distinta para los pueblos, de la cual se deriva que los Estados deben:

- Reconocer y proteger los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales de los pueblos.
- Respetar sus instituciones.
- Adoptar medidas especiales acordes a los pueblos y sus necesidades.
- Planear, desarrollar y aplicar medidas que puedan afectarles con su participación.
- Tomar en consideración la relevancia del territorio y de sus tierras para su vida y cultura.
- Respetar su organización comunitaria.
- Tomar en cuenta su conocimiento, prácticas tradicionales, valores y prioridades de desarrollo.

⁴⁹ Colombia, Corte Constitucional de Colombia, Sala Séptima de Revisión de tutelas, Sentencia T 693/11.

⁵⁰ *Idem*, Consideraciones de la Corte, 4.5.3.4. Derecho a participar en la utilización, explotación y conservación de recursos naturales.

Los anteriores deben ser entendidos como ejes rectores de las acciones estatales encaminadas a garantizar los derechos.

El segundo instrumento internacional que amplió la protección de los derechos es la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas —DNUDPI—, adoptada en 2007,⁵¹ que reconoce el derecho de los pueblos a mantener y fortalecer su relación espiritual con las tierras, territorios, aguas y otros recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado,⁵² así como el derecho a poseer, utilizar desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos en razón de la propiedad tradicional o cualquier otro tipo de ocupación o utilización. De nueva cuenta, este instrumento enfatiza que las tierras y territorios de los pueblos son objeto de una protección diferenciada, y que abarca los recursos de los cuales depende su subsistencia.

Por otra parte, si bien no es propósito de este texto hacer un recuento de todos los derechos reconocidos en la Declaración, es necesario mencionar que, en cuanto a derechos sociales, se encuentran reconocidos el derecho a la educación, al empleo, a la vivienda, al saneamiento, a la salud y la seguridad social, como se ve en el artículo 21. De forma particular, respecto del derecho a la salud, el Artículo 24 enfatiza que los pueblos tienen derecho a usar sus propias medicinas tradicionales y a mantener sus prácticas de salud, conservación de plantas, animales y minerales vitales, además de tener derecho a todos los servicios de salud. De la mano de la protección a las tierras, también se reconoce el derecho de los pueblos a la conservación y protección del medio ambiente — Artículo 29— y el derecho a controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos, expresiones culturales, recursos genéticos, semillas, medicinas, el conocimiento de la fauna y la flora, entre otros elementos que entrelazan su cultura y la naturaleza —Artículo 31—.

⁵¹ Aprobada por la Asamblea General de la ONU el 13 de septiembre de 2007, con 144 votos a favor —incluido el de México—, 4 en contra y 11 abstenciones.

⁵² Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, A/RES/61/295, “Artículo 25. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras”.

La protección que ofrecen el Convenio y a la Declaración ha sido reforzada por la interpretación realizada por distintas cortes, en especial, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuyos criterios han reconocido la relevancia del territorio para el goce de otros derechos de los pueblos. Este tribunal regional ha dado contenido al derecho al territorio y ha establecido obligaciones que los Estados deben cumplir para satisfacer este derecho y los que guardan una relación interdependiente con éste. De ahí que retomemos en este trabajo las determinaciones más importantes realizadas por el tribunal, para dar cuenta de las posibilidades de protección de los territorios indígenas, y por ende, de sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

V. La noción del derecho al territorio en la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha tenido un papel crucial en el desarrollo de estándares y obligaciones de los Estados para la protección y garantía del derecho al territorio de los pueblos. Desde la primera sentencia en donde resolvió sobre derechos de los pueblos indígenas, *Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua*, hasta la última, *Lhaka Honhat vs. Argentina*, se ha encargado de dar pautas en los más de diez casos relacionados con tierras y territorios de pueblos indígenas resueltos.

Este avance tuvo como piedra angular la interpretación evolutiva del Artículo 21 de la CADH, que como se mencionó, protege el derecho a la propiedad privada. En el caso *Mayagna (Sumo) Awas Tigni*, la Corte Interamericana sostuvo que el Artículo 21 de la Convención, en conjunto con la prohibición de interpretar de forma restrictiva los derechos contemplados en la CADH,⁵³ debe salvaguardar el

⁵³ Organización de Estados Americanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Art. 29. Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”.

territorio de los pueblos a través de la propiedad comunal,⁵⁴ en congruencia con la concepción colectiva de los derechos de los pueblos.

La Corte ha matizado su apreciación de la propiedad para establecer que el concepto de propiedad en las comunidades indígenas no necesariamente corresponde a una concepción clásica, sino que, para las comunidades indígenas, existe una tradición comunitaria sobre la tierra, en la que su pertenencia no corresponde a un individuo sino a la comunidad.⁵⁵ En este sentido, el tribunal reconoce que existen versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas en función de la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo⁵⁶ y, por tanto, no se puede limitar la protección a la propiedad privada.

Como segunda consideración, el tribunal interamericano ha señalado que la propiedad de las tierras no se fundamenta ni depende del reconocimiento del Estado, sino de la voluntad de los pueblos, considerando que los derechos territoriales de los pueblos existen “aún sin actos estatales que los precisen”⁵⁷ y sin un título real de propiedad.⁵⁸ Esto es importante, debido a que en los casos de reivindicaciones territoriales de pueblos y comunidades se ha exigido a los pueblos la presentación de títulos que acrediten la propiedad de tierras, con lo cual se pone de relieve una mala interpretación de sus derechos, la escasa sensibilidad a su diferencia cultural, así como la falta de una perspectiva intercultural que propicie que los pueblos tengan en un proceso judicial la posibilidad de obtener una sentencia que realmente les proteja.

En este mismo sentido, dadas las condiciones de desventaja que pueden enfrentar los pueblos, la Corte ha establecido, por un lado, que la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio y, por otro, que los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad

⁵⁴ Corte IDH, Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Serie C Núm. 146, párr. 118.

⁵⁵ *Idem*, Caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua*, párr. 149.

⁵⁶ *Idem* Caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, párr. 120.

⁵⁷ *Idem*, Caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua*, Alegatos de la Comisión, 140 (d).

⁵⁸ *Idem*, *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, párr. 128.

han perdido la posesión de sus tierras tradicionales, mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal.⁵⁹

De igual forma, el Sistema Interamericano ha incorporado en el ámbito material del derecho al territorio⁶⁰ a los recursos naturales utilizados por los pueblos indígenas, incluyendo sus usos materiales y espirituales,⁶¹ estableciendo que los Estados deben garantizar el derecho de los pueblos indígenas al control y uso de sus recursos naturales.⁶²

A lo largo de su jurisprudencia, el tribunal interamericano también ha centrado su reflexión sobre el territorio indígena en la *relación especial* de los pueblos con sus territorios. En el caso de la *Comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, consideró que la relación especial puede expresarse de distintas maneras, según el pueblo del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre”.⁶³ Además de lo anterior, ha sentado que la existencia de la relación especial debe ser posible, es decir, que no exista imposibilidad por causas ajenas a su voluntad de realizar las actividades que denoten la relación con sus tierras tradicionales.⁶⁴

Podemos retomar el caso de las *Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica vs. Colombia*, para dar cuenta de que la conexión especial con el territorio. En esta intervención, las comunidades externaron tener una “relación con el territorio casi umbilical”, una relación vital en la cual el territorio es su madre y es su padre porque de él reciben todos los beneficios.⁶⁵ De forma similar, en el caso del *Pueblo Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, el pueblo relató que la tierra de Sarayaku “es una tierra viva, una selva viviente”, a la cual llaman *Kawsak Sacha*, espacio que les da “potencialidad y la energía vital para poder sobrevivir y vivir”. Para el pueblo, “todo está entrelazado entre las lagunas,

⁵⁹ *Idem*, Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil, párr. 117.

⁶⁰ *Idem*, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, párr. 137.

⁶¹ *Idem*, párr. 181.

⁶² *Idem*, Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil, párr. 117.

⁶³ *Idem*, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, párr. 131.

⁶⁴ *Idem*, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Serie C Núm. 245.párr. 148.

⁶⁵ *Idem*, Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (*Operación Génesis*) vs. Colombia. Serie C Núm. 270, párr. 340

las montañas, los árboles, los seres, y también nosotros como un ser viviente exterior”.⁶⁶

Aunque no ha dejado de dar protección al territorio indígena bajo el Artículo 21 de la Convención, en distintos momentos la Corte ha considerado que toda denegación al goce o ejercicio de los derechos territoriales conlleva el menoscabo de valores muy representativos para los miembros de los pueblos, quienes corren el peligro de perder o sufrir *daños irreparables* en su vida, identidad cultural y en el patrimonio cultural,⁶⁷ dejando entrever que el derecho vulnerado, más que la propiedad, es la vida.

En su sentencia *Lhaka Honhat vs. Argentina*, la Corte también reafirmó la interdependencia del territorio con los derechos al medio ambiente, a la alimentación adecuada, al agua y a la participación en la vida cultural, y determinó de forma directa la violación del Artículo 26 de la Convención en un caso relacionado con el acceso, uso y control del territorio indígena.⁶⁸ De esta forma, abre la puerta a considerar que el territorio indígena no sólo puede protegerse bajo el concepto de propiedad, sino bajo el artículo que reconoce y garantiza los derechos sociales.⁶⁹ Esto, sin duda, significa considerar una forma más robusta e integral de mirar el territorio desde el Derecho y de brindarle protección en la dimensión merecida, pues subraya que no sólo está en juego la protección de un espacio físico, sino la conjunción de elementos culturales y el disfrute de derechos como la alimentación, el medio ambiente, el agua, la salud o la vivienda.

Uno de los objetivos de este capítulo es facilitar estándares para el respeto, garantía y protección del derecho al territorio desarrollados en sede internacional.

⁶⁶ *Idem*, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, párrs. 150-153.

⁶⁷ *Idem*, Caso Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá, párr. 246. En el mismo sentido, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, párr. 203.

⁶⁸ *Idem*, Caso de las Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Indígena Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina, párrs. 287-289.

⁶⁹ El artículo 26 de la CADH establece lo siguiente: Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

No obstante, debe tenerse en cuenta que el derecho al territorio también tiene correlativas obligaciones. De esta forma, con base en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, cuyos criterios también han sido acogidos por otros tribunales regionales⁷⁰ y además son obligatorios para el Estado mexicano, a continuación se desarrollarán de forma breve algunos de los más importantes deberes estatales para la realización del derecho al territorio de los pueblos indígenas.

1. Obligaciones derivadas de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

A lo largo de dos décadas, el tribunal regional ha avanzado para dar contenido y definir el alcance de las obligaciones de los Estados. Obviando las obligaciones generales en materia de derechos humanos, podemos distinguir algunas obligaciones específicas en relación con los derechos territoriales de los pueblos, cuyo cumplimiento da efectividad al derecho al territorio, y que se pueden hacer cumplir desde el ámbito judicial:

- A. *Adopción de medidas especiales.* Los Estados deben adoptar medidas específicas en el caso de los pueblos indígenas, en razón de las condiciones de vulnerabilidad, marginación y discriminación que han sufrido históricamente y a las violaciones continuadas a sus derechos que aún enfrentan.⁷¹ Es decir, no se trata de medidas genéricas como si fueran pensadas para el resto de la población, sino de la implementación de medidas diferenciadas, que tomen en cuenta la especial condición de los pueblos indígenas, la desigualdad de poder y sus particularidades culturales.
- B. *Delimitación y demarcación.* Las obligaciones de demarcación y delimitación son unos de los principales mecanismos de garantía del derecho de

⁷⁰ Cf., Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, caso *Ogiek vs. Kenia*, A. 006/2012.

⁷¹ CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, párr. 49 y Corte IDH, *Caso de los trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, p. 337.

propiedad territorial de los pueblos. A pesar de que no han sido definidas, se ha interpretado que se relacionan directamente con la certeza de la extensión geográfica y el conocimiento de los límites del territorio.⁷²

Para cumplir con estas obligaciones, los Estados deben consultar a los pueblos interesados⁷³ y tomar en cuenta su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres⁷⁴ en los procesos de delimitación y demarcación.

- C. *Titulación.* La titulación es el acto formal mediante el cual el Estado reconoce jurídicamente a los pueblos como dueños de sus tierras,⁷⁵ es decir, es el reflejo en el mundo jurídico de su propiedad comunitaria y está directamente relacionado con el derecho a la seguridad jurídica. Este reconocimiento debe garantizarse través del otorgamiento de un título de propiedad formal u otra forma de reconocimiento estatal, respetado en los hechos y en el sistema jurídico interno para salvaguardar su certeza jurídica⁷⁶ y debe constituirse en nombre de la comunidad; es decir, se trata de un título colectivo.⁷⁷ La Corte también ha ordenado que la titulación de territorios debe satisfacer que el título sea único, y debe garantizar: a) el carácter colectivo o comunitario; b) administración autónoma; c) debe ser imprescriptible, inembargable, no enajenable ni susceptible de gravámenes o embargos.⁷⁸

También es necesario anotar que la misma Corte ha señalado que “[e]l territorio indígena es una forma de propiedad que no se fundamenta

⁷² Corte IDH, Caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua*, párr. 153.

⁷³ *Idem*, Caso del *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, párr. 115. En el mismo sentido, Caso *Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam*. Serie C Núm. 306, párr. 141.

⁷⁴ *Idem*, Caso de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua*, párr. 138.

⁷⁵ CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales...cit*, párr. 82.

⁷⁶ Corte IDH, Caso del *Pueblo Saramaka vs. Surinam*, párr. 115.

⁷⁷ *Idem*, párr. 194. En este caso, la Corte determinó como garantía de no repetición el otorgamiento del título colectivo del territorio, de conformidad con el derecho consuetudinario del pueblo Saramaka y a través de consulta previa.

⁷⁸ *Idem*, Caso de las *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Indígena Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*, párr. 327.

en el reconocimiento oficial del Estado, sino en el tradicional uso y posesión de las tierras y recursos”,⁷⁹ por lo que la titulación del territorio por parte del Estado no es determinante para la existencia del derecho, pero sí para contribuir en dar certeza jurídica en caso de ser necesario, por ejemplo, frente a la intervención de terceros o del propio Estado.⁸⁰

- D. *Provisión de procedimiento y recurso efectivo.* Otra de las obligaciones establecidas por la jurisprudencia de la Corte en cuanto a la propiedad comunal de los pueblos indígenas es asegurar la existencia de procedimientos efectivos para la delimitación, demarcación, titulación y saneamiento de los territorios. Éstos deben satisfacer lo establecido en los artículos 8 y 25 de la CADH.⁸¹

Por ello, la Corte ha enfatizado que el Estado debe proveer de mecanismos administrativos efectivos y expeditos, a través de los cuales se puedan llevar a cabo los procesos de titulación, demarcación y delimitación, que supongan una posibilidad real para que las comunidades indígenas y tribales defiendan sus derechos y puedan ejercer el control efectivo de su territorio.⁸²

Además, es importante señalar que la Corte ha enfatizado que no se debe remitir a los pueblos a procesos agrarios,⁸³ ya que estos, por lo general, toman como punto de partida la explotación de las tierras,

⁷⁹ *Idem*, Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil, párr. 94.

⁸⁰ *Idem*, Caso Comunidad Garifuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras. Serie C Núm. 304, párr. 169, y Corte IDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua, párrs. 152-154.

⁸¹ *Idem*, Caso Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil, párr. 130.

⁸² *Idem*, párr. 132.

⁸³ *Idem*, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua, párr. 123. En este mismo sentido, la Relatora especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, consideró que “el régimen agrario de ejidos, tierras comunitarias y propiedad privada, no responde a las necesidades de los pueblos indígenas y no se ajusta a las actuales obligaciones internacionales de México, que reconocen el derecho de los pueblos indígenas a las tierras, territorios y recursos naturales que tradicionalmente han poseído, ocupado, utilizado o adquirido”. véase Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas sobre su visita a México, párr. 18.

sin considerar las características de los pueblos ni la relación especial con el territorio.⁸⁴

- E. *Restitución de tierras*. En el caso en que los pueblos hayan perdido sus tierras, corresponde al Estado realizar las acciones necesarias para devolver las tierras al pueblo indígena que las reclama.⁸⁵ La Corte ha determinado que, en primer lugar, debe privilegiarse la devolución de los territorios, sin importar si éstos se encuentran en manos de otros tenedores. En caso de no ser posible, debe optarse por la entrega de tierras alternativas, y en última instancia, al pago de indemnizaciones.⁸⁶ Resulta trascendente señalar que la Corte ha determinado que los Estados no pueden argumentar que las tierras están siendo explotadas o son productivas para no restituir las tierras a los pueblos.⁸⁷
- F. *Saneamiento*. La obligación de saneamiento es el complemento a las obligaciones de seguridad jurídica que materializa el derecho al territorio de los pueblos, pues consiste en la eliminación de cualquier tipo de obstáculo que impida a los pueblos disfrutar y gozar de sus tierras, es decir, que el derecho tenga un contenido tangible y real.⁸⁸ En palabras de la Corte, el saneamiento es “un proceso que deriva de la obligación del Estado de remover cualquier tipo de interferencia sobre el territorio en cuestión”,⁸⁹ lo que implica la actuación del Estado para garantizar el pleno goce y disfrute del territorio.

En el caso *Xucuru vs. Brasil*, el tribunal consideró como algunas acciones para el saneamiento, el desalojo de terceros de buena fe o de personas que ocupen ilegalmente territorios demarcados, garantizar la posesión pacífica y que las tierras tituladas estén libres de vicios ocultos, es decir, se encuentren libres de otras obligaciones o gravámenes.⁹⁰

⁸⁴ *Idem*, Caso *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, párr. 104.

⁸⁵ *Idem*, párr. 135.

⁸⁶ *Idem*, párr. 138.

⁸⁷ *Idem*, párr. 139.

⁸⁸ *Idem*, Caso *Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*, párr. 124.

⁸⁹ *Idem*, Caso *Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*, párr. 170.

⁹⁰ *Idem*, Caso *Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*, párr. 124.

Para finalizar, conviene recordar que si bien las obligaciones desarrolladas en los párrafos anteriores, se dirigen a satisfacer el derecho al territorio, subyace a su cumplimiento el asegurar la subsistencia de los pueblos y su continuidad colectiva.

VI. Derechos económicos, sociales y culturales de los pueblos indígenas y adecuación cultural

A lo largo del texto se ha explicado que el ejercicio de los derechos sociales en el caso de los pueblos indígenas tiene una relación directa con el acceso, uso y control de sus territorios. Esta conexión exige del Estado la no intervención, así como la protección jurídica al derecho al territorio. Sin embargo, también existe la obligación por parte del Estado de respetar, garantizar y proteger los derechos sociales de los pueblos de forma autónoma, a partir de la obligación-principio de adecuación cultural.

Este principio, refiriéndonos a los derechos de los pueblos indígenas, implica tomar como eje sus especificidades, y que el contenido de cada derecho sea compatible con la cultura de los pueblos interesados.⁹¹ Al respecto, también podemos considerar que la adecuación cultural es una forma de expresión del enfoque intercultural, lo que se puede reflejar en la generación de servicios adecuados culturalmente y en la atención diferenciada a los pueblos indígenas.⁹²

El principio de adecuación cultural se ha incorporado en fuentes jurídicas como las Observaciones Generales del Comité DESC. A través de ellas, el Comité toma en consideración la diferencia cultural de los pueblos indígenas para sentar las bases del contenido de sus derechos sociales, así como para definir las medidas diferenciadas que los Estados deben adoptar para proteger sus derechos, con base en dos perspectivas: el de la aceptabilidad y adecuación cultural.

⁹¹ V., en este sentido, OIT, Convenio Núm. 169, arts. 22, 23, 25, 27, 28, 30 y 31. En el mismo sentido, Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, arts. 14, 21, 23 y 24. Cf., CIDH, Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales en la Panamazonía, OEA/Ser.L/V/II, párrs. 43-45.

⁹² *Idem*, párr. 45.

Por ejemplo, en el caso de la Observación General Núm. 14 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel de salud, el Comité precisa que los Estados, en razón de la aceptabilidad, deben garantizar bienes y servicios de salud culturalmente apropiados, es decir, que respeten y tomen en consideración la cultura de pueblos y comunidades. Además, establece que los Estados deben identificar los elementos que propicien atender a los pueblos con apego a su cultura. De igual forma, se deben adoptar medidas específicas que mejoren el acceso a los servicios de salud, mismos que deben tomar en cuenta los cuidados, prácticas curativas y medicinas tradicionales de los pueblos.⁹³

En igual sentido, en el caso del derecho a la alimentación, el Comité señala que la aceptabilidad comprende que los alimentos sean aptos para la cultura de quienes los consumen, y que se debe tomar en cuenta valores no necesariamente relacionados con la nutrición, que se relacionan con el origen y las características propias de los alimentos o su patrón de consumo.⁹⁴

Por lo que hace al derecho a la vivienda, el Comité ha especificado como característica y contenido del derecho la *adecuación cultural*, lo que implica que la forma en que se construye la vivienda, sus materiales y las políticas públicas de apoyo, deben permitir la expresión de la identidad cultural y diversidad de la vivienda, lo que también implica asegurar que cuente con todos los servicios tecnológicos necesarios.⁹⁵

En relación con el derecho al agua, la Observación General Núm. 15 establece que los Estados tienen la obligación de atender de forma especial a los grupos que históricamente han tenido dificultades para ejercer este derecho, como en el caso de los pueblos indígenas. En este sentido, se debe priorizar que las zonas desfavorecidas tengan acceso a servicios de agua, y se hace énfasis en la protección al acceso a las fuentes tradicionales de agua.⁹⁶ El derecho al agua de los pueblos también

⁹³ ONU, Comité de DESC, OG Núm. 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, artículo 12 del PIDESC, E/C.12/2000/4, p. 27.

⁹⁴ *Idem*, OG Núm. 12, El derecho a una alimentación adecuada, art. 11, E/C.12/1999/5, párr. 11.

⁹⁵ *Idem*, OG Núm. 4, El derecho a una vivienda adecuada, párr. 1 del art. 11 del Pacto, párr. 8.

⁹⁶ *Idem*, OG Núm. 15, El derecho al agua, artículos 11 y 12 del PIDESC, E/C.12/2002/11, párrs. 7 y 16.

comprende la protección a los recursos de agua en sus tierras, mismos que se deben proteger de toda contaminación.⁹⁷ Es de suma relevancia apuntar que los Estados deben facilitar recursos para que los pueblos planifiquen, ejerzan y controlen su acceso y fuentes de agua. En este sentido el Comité, en el párrafo 16 d) de la misma Observación, ha puesto especial énfasis en la obligación que tienen los Estados de adoptar medidas y facilitar recursos para que los pueblos indígenas puedan planificar y controlar su acceso al agua. En el párrafo 21, estableció la obligación de las autoridades de no inmiscuirse de forma arbitraria en los sistemas consuetudinarios o tradicionales de distribución de agua.⁹⁸

En el campo del derecho a la educación, la adecuación cultural es un elemento clave, pues garantiza la transmisión de conocimientos y reproducción de su cultura, por lo que los programas de estudio y métodos pedagógicos deben ser adecuados culturalmente y pertinentes.⁹⁹ A su vez resulta de particular relevancia entender que la educación intercultural garantiza que los pueblos no sean sometidos a procesos de asimilación o integración.

Por su parte, la Corte Interamericana también se ha pronunciado en el sentido de que los Estados, para garantizar el acceso a la justicia a los pueblos indígenas, deben tomar en cuenta sus particularidades propias, características económicas y sociales, y situación de vulnerabilidad; de lo contrario, se estarían generando situaciones de discriminación.¹⁰⁰ En el mismo sentido, ha afirmado que los Estados tienen el deber de tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general al interpretar y aplicar su normativa interna.¹⁰¹

En otros casos, la Corte ha adoptado lo establecido por el Comité DESC, considerando que los Estados deben satisfacer necesidades de vivienda con base en las necesidades de las personas y grupos, como ordenó en el caso *Masacre Plan*

⁹⁷ *Idem*, párr. 16.

⁹⁸ *Idem*, párr. 21.

⁹⁹ *Idem*, OG Núm. 13 El derecho a la educación, artículo 13 del Pacto, E/C.12/1999/10, párr. 6 C. Aceptabilidad.

¹⁰⁰ Corte IDH, *Caso Fernández Ortega y otros. vs. México*. Excepción Preliminar. Serie C Núm. 215, p. 200.

¹⁰¹ *Idem*, *Caso Comunidad Indígena Yaky Axa vs. Paraguay*, p. 51.

de *Sánchez vs. Guatemala*, que tuvo como víctimas a miembros de comunidades mayas Achí.¹⁰² En el mismo caso, la Corte determinó que, como medida de reparación, el Estado debía desarrollar programas de estudio y difusión de la cultura maya Achí en las comunidades afectadas, un sistema de alcantarillado y suministro de agua potable, enseñanza intercultural y bilingüe en las comunidades, y un centro salud en la aldea de Plan de Sánchez con las condiciones adecuadas.¹⁰³

En cuanto a la falta de normas adecuadas culturalmente que impidan u obstaculicen el ejercicio de los derechos de los pueblos, la Corte ha establecido que se viola el deber de adoptar disposiciones de derecho interno cuando los Estados no adecuan sus normas tomando en cuenta las tradiciones, usos y costumbres de los pueblos, que posibiliten el ejercicio de sus derechos.¹⁰⁴ En el caso particular, la Corte también ordenó como forma de reparación, la difusión de párrafos de su sentencia en los medios de comunicación usados por las comunidades indígenas, y además, traducirlos a los idiomas hablados por los pueblos.¹⁰⁵

En la sentencia *Lhaka Honhat vs. Argentina*, la Corte ordenó que las acciones que adopte el Estado relacionadas con la reparación del disfrute del derecho al agua, a la alimentación y al medio ambiente por parte de las comunidades indígenas, deben tener un diagnóstico basado en las necesidades particulares de los pueblos, deben ser aptas para su situación de vulnerabilidad, constar en un plan a cumplirse en un periodo determinado y someterse a consideración de las comunidades.¹⁰⁶ Estas medidas fueron dirigidas a lograr la prestación de bienes y servicios básicos de forma adecuada y periódica, a la conservación de aguas superficiales o subterráneas de los territorios de los pueblos y remediar su contaminación, garantizar el acceso permanente al agua potable, evitar la pérdida de recursos forestales y procurar su recuperación, y posibilitar el acceso a la alimentación nutricional y culturalmente adecuada.¹⁰⁷

¹⁰² *Idem*, Caso *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Serie C Núm. 116, p. 105.

¹⁰³ *Ibidem*, párrs. 100, 102-103, 106-108 y 109-111.

¹⁰⁴ *Idem*, Caso *Yatama vs. Nicaragua*, Serie C Núm. 127, p. 259.

¹⁰⁵ *Idem*, p. 253.

¹⁰⁶ *Idem*, Caso de las *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Indígena Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*, párrs. 332-333.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

En sede nacional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación y tribunales colegiados, en algunos criterios han incorporado aspectos que denotan un ejercicio para llevar a la acción la adecuación cultural, principalmente, en el proceso judicial, por ejemplo, al considerar la necesidad de la figura del intérprete de lengua y cultura indígena en los casos que así lo requieran;¹⁰⁸ la obligación de la suplencia en la deficiencia de la queja¹⁰⁹ y, de forma importante, que los procesos judiciales de personas indígenas necesitan un trato diferenciado debido a sus especificidades culturales, y que en virtud de ello, las autoridades están obligadas a implementar procesos susceptibles de tutelar sus derechos, eliminar las barreras lingüísticas y ser sensibles las particularidades de los pueblos que consideren sus costumbres.¹¹⁰ Estos y otros criterios aplicados a los procesos judiciales, también deberían tomarse en consideración al momento en que los pueblos judicializan sus derechos sociales.

Como puede verse a lo largo del texto, la protección de los DESC en el caso de los pueblos y comunidades indígenas atraviesa dos ejes fundamentales: a) la protección del derecho al territorio y, b) la adecuación cultural. En este sentido, pocos han sido los avances desde tribunales nacionales respecto del primer eje: el no tener una línea jurisprudencial afianzada respecto de los derechos sociales de los pueblos indígenas y del derecho al territorio muestra, por un lado, las barreras que enfrentan los pueblos para acceder a tribunales y, por otro, puede propiciar la reproducción de condiciones estructurales de desigualdad, discriminación y pobreza.

Desde este texto, se invita a pensar que el Poder Judicial tiene el potencial para conocer, resolver y hacer cumplir las sentencias que recaigan a las demandas de los pueblos indígenas y avanzar en la mejora de sus condiciones de vida.

¹⁰⁸ SCJN, Tesis: 1a./J. 61/2013, Libro 1, Tomo I, página 285, registro digital: 2005031.

¹⁰⁹ *Idem*, Tesis: I.1o.P.10 K, Libro 41, Tomo II, página 1776, registro digital: 2014129.

¹¹⁰ *Idem*, Tesis: P. XVII/2015, Libro 22, Tomo I, página 232, registro digital: 2009995.

Bibliografía

Libros

- Anaya, James, *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, trad. de Luis Rodríguez-Piñero, Trotta-Universidad Internacional de Andalucía, Madrid, 2005.
- Aparicio Wilhelmi, M. (ed.), *Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales y al territorio. Conflictos y desafíos en América Latina*, Icaria, Barcelona, 2011.
- Barabas, Alicia M. (coord.), *Diálogos con el territorio*, Instituto Nacional de Antropología e Historia, México, 2003.
- Boege Schmidt, E., et al., *El patrimonio biocultural de los pueblos indígenas de México*, Instituto Nacional de Antropología e Historia-Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, México, 2008.
- Bonfil Batalla, Guillermo, *México Profundo. Una civilización negada*, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social,-Secretaría de Educación Pública, México, 1987.
- Chenaut, V. y Sierra, T., (coords.), *Pueblos Indígenas ante el Derecho*, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social-Centro Francés de Estudios Mexicanos y Centroamericanos, México, 1995.
- Chirif, Alberto y García Hierro, P. *Marcando territorio, progresos y limitaciones de la titulación de territorios indígenas en la Amazonía*, Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas(IWGIA), Perú, 2007.
- Del Pozo, E. y Martínez, J. (coords.), *Caminos desde abajo. Organización social y usos del derecho en la defensa del territorio en México*, Fundar Centro de Análisis e Investigación-Gedisa, México, 2019.

- Eide, Asbjorn, “Los pueblos indígenas, el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas y la adopción de la Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas”, en Charters, C. y Stavenhagen, R. (eds.), *El desafío de la Declaración Historia y futuro de la declaración de la ONU sobre pueblos indígenas*, IWGIA, Copenhague, 2010.
- García Hierro, Pedro, “Territorios indígenas: tocando a las puertas del Derecho”, en García Hierro, P. y Surrallés, A., *Tierra Adentro. Territorio indígena y percepción del entorno*, Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas IWGIA, Lima, 2004.
- García Inda, A., *Materiales para una reflexión sobre los derechos colectivos*, Dykinson, Madrid, 2001.
- Garzón López, Pedro, *Ciudadanía Indígena. Del multiculturalismo a la colonialidad del poder*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.
- Gutiérrez Chong, Natividad, *Ser indígena en México. Raíces y derechos. Encuesta Nacional de Indígenas, Los mexicanos vistos por sí mismos*, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2015.
- Gutiérrez Rivas, R. y Matamoros, M. (coords.), *Globalización, neoliberalismo y derechos de los pueblos indígenas en México*, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2020.
- Huamán Rodríguez, Gloria, *Pueblos Indígenas e Inversión en Territorio Ancestral. Violación de un derecho colectivo. Amazonía peruana en pedazos para petróleo y gas*, PL Academic Research, Internationaler Verlag der Wissenschaften, Frankfurt am Main, 2015.
- La lucha por la tierra y el territorio desde la voz de las mujeres. Experiencias organizativas de comunidades en resistencia*, Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez, México, 2015.

López Bárcenas, F., *¡La Tierra No Se Vende! Las tierras y territorios de los pueblos indígenas en México*, Centro de Orientación y Asesoría a Pueblos Indígenas-Tosepan-Instituto Comunitario para el Desarrollo Comunitario-Centro de Estudios para el Cambio en el Campo Mexicano, México, 2005.

López Calera, N., *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, Ariel, Barcelona, 2000.

Mantilla Quijano, A., “Derechos sociales y bien-estar indígena: el racismo soterrado a la autonomía”, en Rey, Elena (ed.), *Indígenas sin derechos. Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Informe 2007*, Centro de Cooperación al Indígena-Observatorio Indígena de Políticas Públicas de Desarrollo y Derechos Étnicos, Bogotá, 2007.

Mignolo, Walter, “El pensamiento decolonial: desprendimiento y apertura. Un manifiesto.”, en Grosfoguel, R. y Castro Gómez S. (eds.), *El giro decolonial. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*, Siglo del Hombre Editores-Universidad Central-Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos-Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar, Bogotá, 2007.

Núñez Rodríguez, Violeta, *Territorios indígenas: una historia permanente de despojos*, Plaza y Valdéz, México, 2011.

Oliva Martínez, D., *Los Pueblos Indígenas a la Conquista de sus Derechos. Fundamentos, contextos formativos y normas de Derecho Internacional*, Universidad Carlos III de Madrid-Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2012.

Rajsbaum, Ari, “Lugares y objetos sagrados”, en Escalante Y. et al, *Pirámides, cerros y calvarios. Lugares sagrados y legislación mexicana*, Instituto Nacional Indigenista-Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2001.

Rodríguez Garavito, César, *Etnicidad.gov. Los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Bogotá, 2012.

Santos, B. de Sousa, *Descolonizar el saber, reinventar el poder*, Ediciones Trilce-Extensión Universidad de la República, Montevideo, 2010.

—————, *Una epistemología del Sur*, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales-Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2009.

Sieder, Rachel, “Pueblos indígenas y derecho(s) en América Latina” en Rodríguez Garavito, César (coord.), *El derecho en América Latina; un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2011.

Sosa Velásquez, Mario, *¿Cómo entender al territorio?*, Universidad Rafael Landívar-Editorial Cara Parens, Guatemala, 2012.

Walsh, C., *Interculturalidad, estado y sociedad. Luchas (de)coloniales de nuestra época*, Universidad Andina Simón Bolívar-Abya Yala, Quito, 2009.

Revistas

Almanza Alcalde, Horacio, “La concepción de la territorialidad indígena: la comunidad rarámuri de Choréachi”, *Espacialidades*, Universidad Autónoma Metropolitana, vol. 5, núm. 2, México, julio-diciembre, 2015.

Aponte Miranda, L., “Indigenous People as International Lawmakers”, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 32, n. 1, 2010.

Herreño Hernández, L., “Evolución política y legal del concepto de territorio ancestral indígena en Colombia”, *Revista El Otro Derecho*, núm. 31-32, Colombia, agosto 2004.

Ortega Soriano, R. “Algunos problemas para la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en México. Cuestiones persistentes y nuevas”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, año III, núm. 5, México, julio-diciembre 2017.

Palau, Marco, “The Struggle for Dignity, Land, and Autonomy: The Rights of Mexico’s Indigenous People a Decade after the Zapatista Revolt”, *Columbia Human Rights Law Review*, núm.36 (427), 2005, pp. 427-487.

Paz Salinas, María F, “Luchas en defensa del territorio. Reflexiones desde los conflictos socio ambientales en México”, *Acta Sociológica*, México, núm. 73, mayo-agosto de 2017, pp. 197-219.

Rabasa Salinas, A. et al, “Derecho a la propiedad de la tierra, el territorio y los recursos naturales”, *Cuadernos de Jurisprudencia núm. 4*, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Centro de Estudios Constitucionales- Due Process of Law Foundation, México, 2020.

Stavenhagen, Rodolfo, “Los derechos de los indígenas: algunos problemas conceptuales”, *Nueva Antropología*, vol. XIII, núm. 43, noviembre, México, 1992.

Jurisprudencia y normas

Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, caso *Ogiek vs. Kenia*, A. 006/2012, Sentencia del 26 de mayo de 2017.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-661/15.

_____, Sentencia T 380/93, 13 de septiembre de 1993.

_____, Sentencia T 693/11, 23 de septiembre de 2011.

_____, Sentencia T-849/14, 12 de noviembre de 2014.

Corte IDH, Caso de los *trabajadores de la Hacienda Brasil Verde v. Brasil*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Núm. 318, sentencia del 20 de octubre de 2016

_____, Caso *Pueblo Indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Núm. 346, Sentencia de 5 de febrero de 2018.

_____, Caso del *Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Núm. 172, Sentencia del 28 de noviembre de 2007.

_____, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C Núm. 79, . Sentencia del 31 de agosto de 2001.

_____, *Caso Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Núm. 284, Sentencia del 14 de octubre de 2014.

_____, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C, Núm. 125, Sentencia del 17 de junio de 2005.

_____, *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C Núm. 146, párr. 118. Sentencia de 29 de marzo de 2006.

_____, *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*. Fondo y Reparaciones, Serie C Núm. 245. párr. 148, Sentencia de 27 de junio de 2012.

_____, *Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*. Excepciones Pre-

liminaries, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C Núm. 270, Sentencia del 20 de noviembre de 2013.

_____, Caso de las *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Indígena Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Núm. 420 Sentencia de 6 de febrero de 2020.

_____, Caso *Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Núm. 304, Sentencia del 8 de octubre de 2015.

_____, *Caso Fernández Ortega y otros. vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Núm. 215, Sentencia de 30 de agosto de 2010.

_____, *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Reparaciones, Serie C Núm. 116, Sentencia del 19 de noviembre de 2004.

_____, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Núm. 127, Sentencia de 23 de Junio de 2005.

_____, Opinión Consultiva OC-22/16

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, A/RES/61/295.

Organización de las Naciones Unidas, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Núm. 7, El derecho a una vivienda adecuada: los desalojos forzosos.

Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en México, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 44/15, 31 diciembre 2015.

SCJN, Tesis aislada: 1a. CCXCIX/2018 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 61, Tomo I, diciembre de 2018, página 337.

_____, Tesis: 1a./J. 61/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 1, Tomo I, Diciembre de 2013, página 285, registro digital: 2005031.

_____, Tesis: I.Io.P.10 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 41, Tomo II, Abril de 2017, página 1776, registro digital: 2014129.

_____, Tesis: P. XVII/2015 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 22, Tomo I, Septiembre de 2015, página 232, registro digital: 2009995.

Tribunal Plurinacional de Bolivia, sentencia constitucional 0698/2013.

Otros

Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención Discriminaciones y Protección a las Minorías, Estudio del Problema de la Discriminación contra las poblaciones indígenas, Reporte Final (última parte) presentada por el Relator Especial, Sr. José R. Martínez Cobo, E/CN.4/Sub.2/1983/21/Add.4.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 diciembre 2009.

_____, *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, OEA/Ser.L/V/II., Doc. 47/15, 31 diciembre 2015.

_____, *Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales en la Panamazonía*, OEA/Ser.L/V/II, septiembre 2019.

Consejo Nacional para de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, *La pobreza en la población indígena de México, 2008-2018*, Agosto 2019, disponible en: https://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Documents/Pobreza_Poblacion_indigena_2008-2018.pdf

Grosfoguel, Ramón, “Interculturalidad, ¿diálogo o monólogo?: la subalternidad desde la colonialidad del poder en los procesos fronterizos y transculturales latinoamericanos”, *Guaragua*, América Latina: los próximos doscientos años, Biblioteca para el diálogo 5, año 19, núm. 48, primavera 2015.

Organización de las Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas sobre su visita a México, *A/HRC/39/17/Add.2*, junio de 2018.

_____, Informe del Relator Especial sobre el derecho humano al agua potable y el saneamiento acerca de su misión a México, *A/HRC/36/45/Add.2*, septiembre 2017.

_____, Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas acerca de su misión a México, *A/HRC/35/32/Add.2*, abril de 2017.

_____, Informe del Relator Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos relativo a su misión a México, *A/HRC/37/51/Add.2*, febrero 2018.

_____, Informe del Relator Especial sobre el Derecho a la Alimentación, Doc. *A/60/350*, 12 de septiembre de 2005.

_____, Informe del Relator especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la alimentación, Documento *A/61/306*, 1 de septiembre de 2006.

- _____, Observación General Núm. 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000.
- _____, Observación General Núm. 12, El derecho a una alimentación adecuada, E/C.12/1999/5, 12 de mayo de 1999.
- _____, Observación General Núm. 4, El derecho a una vivienda adecuada.
- _____, Observación General Núm. 15, El derecho al agua, E/C.12/2002/11, 20 de enero de 2003.
- _____, Observación General Núm. 13, El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto), E/C.12/1999/10, 8 de diciembre de 1999.
- _____, Comité de Derechos Humanos, Observación General Núm. 23, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 27 - Derecho de las minorías, 50º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 183 (1994), párr. 3.2.

Derechos humanos y desastres. Los deberes del Estado y el papel del Poder Judicial en su cumplimiento

María Paula Saffon*
Mayra Ortiz Ocaña**

* Doctora en Ciencia Política por la Universidad de Columbia. Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

** Licenciada en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Estudiante del Doctorado de Ciencia Política en la Universidad de Notre Dame.

Derechos humanos y desastres. Los deberes del Estado y el papel del Poder Judicial en su cumplimiento. I. Introducción; II. Etapa anterior a la emergencia; III. Etapa de emergencia; IV. Etapa posterior a la emergencia; V. Conclusión.

I. Introducción

Existe una visión extendida de que los fenómenos naturales que generan desastres rebasan la capacidad de planeación humana, y por ende no es posible asignar responsabilidades por sus efectos.¹ Se trata de una visión común en el derecho. Analistas importantes, como Ernesto Garzón Valdés, usan las causas naturales como ejemplo icónico de aquello que escapa la intencionalidad y por ende la responsabilidad humana.² Los desastres, según el autor, se distinguen de las calamidades,

¹ Marchezini, “La producción silenciada de los ‘desastres naturales’ en catástrofes sociales”, en *Revista Mexicana de Sociología*, p. 255.

² Garzón Valdés usa el ejemplo para identificar con claridad las atrocidades frente a las cuales cabe la responsabilidad del estado; por ejemplo, el genocidio contra la comunidad judía. Una de las autoras de este texto también defendió otrora esta visión implícitamente con una motivación similar: para criticar la falta de reconocimiento de las víctimas de desplazamiento forzado de personas como víctimas de violaciones de derechos humanos en Colombia, argumentó que la ley les trataba “como víctimas de una catástrofe natural, que deben ser asistidas por el Estado por razones humanitarias, pero que no tienen derecho a conocer las causas y los responsables de su actual situación, a que éstos sean condenados judicialmente, a recibir reparaciones por el daño sufrido, ni a tener la garantía de que no tendrán que verse inmersos en esa situación de nuevo”; Uprimny y Saffon, “Desplazamiento forzado y justicia transicional en Colombia. Estudio sectorial”, en *Desplazamiento forzado y políticas públicas*. En contraste, ahora defendemos que todos estos derechos pueden también recaer en cabeza de las víctimas de fenómenos naturales que generan efectos desastrosos, siempre que el Estado haya podido prevenir o mitigar el daño y no lo haya hecho. Al respecto, V, Saffon y Mora, *Contra el desamparo del Estado: violaciones a los derechos de las personas damnificadas por el sismo 19S*.

pues son desgracias provocadas por causas naturales que exceden al control humano, mientras que las calamidades son desastres resultado de acciones humanas en las que existe intencionalidad.³ En sus palabras: “Es obvio que, si se acepta esta propuesta terminológica, las calamidades son evitables y las catástrofes no. En el caso de las primeras cabe hablar de responsabilidad normativa —moral o jurídica—; en las segundas, no”.⁴ Desde esta perspectiva, en materia de desastres, es poco o nada lo que el derecho podría hacer; al exceder el control humano, no es posible preveer estos desastres, ni sus efectos evitarse o mitigarse. Tampoco habría lugar a responsabilidades estatales, ni a violaciones de derechos humanos derivadas de su incumplimiento.

En las últimas décadas, esta visión ha sido enfáticamente criticada por las personas que se dedican a estudiar desastres.⁵ Aunque los desastres derivan de fenómenos naturales, estos no los producen por sí solos. Dependiendo de la capacidad de prevención, reacción en la emergencia y mitigación de un Estado, un fenómeno natural puede o no desembocar en un desastre. Si esa capacidad es alta, los costos en vidas y afectaciones en diversas esferas humanas pueden ser inexistentes o mucho más bajos que si esas capacidades no existen. Es por eso que, según las desastrólogas, los desastres —a diferencia de sus causas— no son naturales sino socialmente creados. Si bien un fenómeno natural no puede siempre evitarse o ser detenido, los efectos negativos que recaen en las personas pueden prevenirse o mitigarse, pues en muchos casos existe —o debería existir— un conocimiento previo sobre las probabilidades de ocurrencia de estos fenómenos en un territorio determinado; así como sobre las vulnerabilidades poblacionales que pueden hacer que esos fenómenos tengan efectos negativos y desproporcionados en ciertos sectores. Igualmente debería existir un aparato institucional especializado capaz de producir ese conocimiento, desarrollar políticas para enfrentar la ocurrencia

³ Thiebault, “Calamidades, intencionalidades y daños”, en *Doxa* pp. 193-198. Disponible en: <https://doxa.ua.es/article/view/2007-n30-calamidades-intencionalidades-y-danos>

⁴ Cf., Garzón Valdés, *Calamidades, passim*

⁵ V., Gil Ureta, “God or Nature? Catastrophes and Modernity from Lisbon to Valparaíso”, en *International Journal of Mass Emergencies and Disasters*, pp. 115-136; Llanes Burón, “Los desastres nunca serán naturales”, en *Revista INVI*, pp. 41-53.

del fenómeno y mitigar sus impactos negativos, especialmente en poblaciones vulnerables.

Esta visión se torna tanto más importante en un contexto como el actual, en el que los fenómenos naturales susceptibles de producir efectos desastrosos son —y serán— cada vez más frecuentes; tal y como nos lo ha demostrado penosamente la actual pandemia, que en los últimos meses se ha visto acompañada de incendios, inundaciones, temperaturas extremas en diversos lugares del mundo, etc. ¿Podemos seguir sosteniendo la visión de que los efectos desastrosos de los fenómenos naturales exceden el control humano y no pueden ser evitados, o al menos mitigados, por los Estados? Si hay tanta variación en los efectos de distintos desastres naturales según el nivel de prevención estatal —compárense los terremotos recientes en Chile y México, por ejemplo— y de reacción ante la emergencia —compárense las respuestas de los distintos países a la pandemia, tanto en materia de restricciones para evitar el aumento de casos como de apoyos económicos—, ¿no pueden atribuirse responsabilidades estatales en los contextos en los que, pudiendo prevenir o mitigar, no lo han hecho?

Si comprendemos los desastres como socialmente creados, cabe perfectamente pensar en responsabilidades jurídicas estatales por acción y omisión, así como en violaciones de derechos humanos asociadas a ellas. Los Estados pueden y deben prevenir y mitigar los riesgos asociados con los fenómenos naturales con anterioridad a su ocurrencia y, si no lo hacen adecuadamente, son responsables de las afectaciones de diversos derechos humanos que de otro modo podrían haberse evitado o menguado. Asimismo, los Estados pueden y deben estar preparados para responder a las situaciones de emergencia que los fenómenos naturales producen, de modo que puedan respetar y proteger los derechos humanos de las personas afectadas durante la ocurrencia del fenómeno natural y de sus efectos catastróficos, incluso cuando no era posible prever o anticipar esos fenómenos. Finalmente, con posterioridad a la ocurrencia de tales fenómenos, los Estados pueden y deben restablecer los derechos de las personas afectadas y garantizar que esas afectaciones no vuelvan a ocurrir, es decir, impedir que los fenómenos naturales vuelvan a producir desastres.

Ello explica que, en décadas recientes, el derecho internacional de los derechos humanos haya comenzado a desarrollar estándares normativos en materia de fenómenos naturales que generan desastres. Entre ellos, destacan el *Marco de Acción de Hyogo* para 2005-2015⁶ y el *Marco de Acción de Sendai* para 2015-2030,⁷ producidos por la Oficina de las Naciones Unidas para la Reducción del Riesgo de Desastres y su Asamblea General. Ambos documentos señalan una serie de acciones necesarias por parte del Estado para disminuir los efectos desastrosos de los fenómenos naturales, entre las que se encuentran: recopilar datos sobre riesgos y vulnerabilidades; aplicar estrategias y planes de reducción del riesgo de desastres con calendarios de ejecución, metas, indicadores y plazos; generar mecanismos de vigilancia para el cumplimiento de los planes. El *Marco de Sendai* es particularmente importante en la actualidad, ya que se puede aplicar a “los riesgos de desastres de pequeña y gran escala, frecuentes y poco frecuentes, súbitos y de evolución lenta, debidos a amenazas naturales o de origen humano, así como a las amenazas y los riesgos ambientales, tecnológicos y biológicos conexos”.⁸ Como es posible apreciar, la definición puede incluir amenazas biológicas, por lo cual los lineamientos pueden ser empleados para que los Estados actúen durante la pandemia por COVID-19 u otras que emerjan en el futuro.

Por otro lado, están las *Directrices operacionales sobre la protección de los derechos humanos en situaciones de desastres naturales*,⁹ elaboradas por el Comité Permanente entre organismos —en adelante Directrices IASC—¹⁰. Estas directrices establecen una serie de obligaciones estatales y medidas concretas para la protección de personas en situaciones de desastres con un enfoque de derechos humanos, incluyendo las obligaciones en materia de información, los estándares para la reubicación, y acciones para garantizar los derechos a la salud y la educación.

⁶ UNISDR, Marco de Hyogo para 2005-2015: Aumento de la resiliencia de las naciones y las comunidades ante los desastres.

⁷ *Idem*, Marco de Sendai para 2015-2030.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Comité Permanente entre Organismos, Directrices operacionales del IASC sobre la protección de las personas en situaciones de desastres naturales.

¹⁰ Es el mecanismo para la coordinación y asistencia humanitaria interagencial, y permite coordinar el trabajo de agencias clave de Naciones Unidas y sus socios.

En el ámbito nacional, igualmente ha comenzado a surgir la visión de que existe una relación importante entre los desastres y los derechos humanos. Así, por ejemplo, a raíz de los sismos de 2017, la Comisión Nacional de Derechos Humanos elaboró las *Directrices de actuación de la CNDH ante situaciones de desastre por sismos de gran magnitud*.¹¹ Por su parte, la Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México presentó el informe especial *El estado que guarda la garantía de los derechos humanos de las personas damnificadas por el sismo de septiembre de 2017 en la Ciudad de México*.¹²

Sin embargo, el desarrollo de esos estándares es aún incipiente y, en general, prevalece la desconexión entre la regulación de los desastres y los estándares de derechos humanos. El objetivo de este capítulo es establecer esa conexión de manera explícita, identificando las obligaciones internacionales, constitucionales y legales de derechos humanos que tiene el Estado mexicano cuando enfrenta amenazas naturales, de origen humano, ambientales, tecnológicas o biológicas —en adelante ANHATB— con efectos potencialmente desastrosos. Para ello, clasificamos las diversas obligaciones estatales en tres etapas clave para la emergencia generada por una ANHATB: a) la etapa previa a la concreción de la ANHATB, en la cual la obligación fundamental es la prevención de afectaciones a derechos; b) la etapa de la emergencia, es decir aquella inmediatamente posterior a la concreción de la ANHATB, en la cual el Estado debe atender a las personas afectadas, minimizar los daños inminentes e impedir que ocurran más daños, y c) la etapa posterior a la emergencia, en la cual las obligaciones estatales incluyen el retorno, la restitución, la estabilización socioeconómica, la reconstrucción, la reparación y las garantías de no repetición.¹³

¹¹ CNDH, *Directrices de actuación de la CNDH ante situaciones de desastre por sismos de gran magnitud*.

¹² CDHDF, *Informe Especial. El estado que guarda la garantía de los derechos humanos de las personas damnificadas por el sismo de septiembre de 2017 en la Ciudad de México. Radiografía a un año del desastre*.

¹³ Esta división temporal coincide parcialmente con las etapas señaladas en el *Marco de Sendai* que identifica los momentos de prevención, mitigación, preparación, respuesta, recuperación y rehabilitación; no obstante, para facilitar su aplicación agrupamos algunos de estas acciones en tres etapas. Originalmente propusimos la división en etapas y las obligaciones contenidas en cada una en el capítulo 8 del libro Saffon y Mora, *op. cit.*, que, a través de un trabajo participativo en red de más de 40 brigadas de estudiantes y organizaciones de la sociedad civil, documentó las violaciones de derechos generadas por las omisiones y acciones de las autoridades estatales en relación con el sismo del 19 de septiembre de

Esperamos que la identificación de estas obligaciones sea útil no solo para que las autoridades responsables comprendan sus facultades en perspectiva de derechos humanos, sino también y especialmente para que las integrantes del Poder Judicial, como garante último de los derechos humanos, puedan evaluar las actuaciones y omisiones de dichas autoridades con esa misma perspectiva, y establecer las responsabilidades correspondientes en los casos que lleguen a sus manos. Es fundamental que el Poder Judicial comprenda los desastres como eventos socialmente construidos en los que el Estado tiene responsabilidades centrales y, en ese sentido, que admita y juzgue con perspectiva de derechos humanos los casos de víctimas de efectos desastrosos de fenómenos naturales que deriven de omisiones o acciones del Estado.

Si el Estado desarrolla políticas preventivas adecuadas antes del acaecimiento de un fenómeno natural, despliega acciones coordinadas suficientes durante la emergencia para reducir y mitigar daños, y busca restablecer derechos y garantizar que estos no se vean afectados en un próximo fenómeno natural, los efectos desastrosos de los fenómenos naturales pueden evitarse o disminuir exponencialmente. En ese entender, del Estado depende en buena medida que un fenómeno natural no se convierta en un desastre. Por ello, cuando el Estado es omiso en sus responsabilidades preventivas, de emergencia y mitigación o de reconstrucción es crucial que el Poder Judicial así lo indique, interpretando las normas existentes con base en el principio *pro persona* y ordenando medidas correctivas y transformadoras destinadas no solo a resarcir los daños causados, sino también a evitar que estos no vuelvan a causarse.

II. Etapa anterior a la emergencia

A primera vista podría pensarse que el Estado debe intervenir única o principalmente cuando acaece una ANHATB. Sin embargo, su actuación en la etapa anterior es tanto o más importante que aquella desplegada durante y con posterioridad al evento natural. Durante esa etapa, el Estado puede anticipar y prevenir muchos

2017. Mientras que el capítulo se centra en las obligaciones estatales relacionadas con sismos, en este texto buscamos ampliarlas a otros fenómenos naturales y eventos de riesgo.

de los riesgos e impactos asociados a la ANHATB con base en las condiciones del territorio. Por ejemplo, en lugares con alto riesgo de terremotos, huracanes o incendios, el Estado puede y debe desarrollar políticas para prever con qué probabilidad y magnitud ocurrirán esos eventos y para evitar o reducir los daños que pueden causar.

La reciente intersección entre la regulación de los desastres y los derechos humanos ha llamado la atención sobre la necesidad de pensar no solo en los daños a la infraestructura, sino también y prioritariamente en las personas y sus derechos. Ello implica que el Estado puede y debe anticipar los riesgos e impactos de las ANHATB, no solo con base en las condiciones del territorio, sino también de la población y, en particular, de las vulnerabilidades de esta. Ello permite prevenir o mitigar el impacto de las ANHATB en los derechos humanos a través de la reducción de vulnerabilidades. Es por ello que los estándares internacionales exigen la reducción de exposición, la disminución de vulnerabilidad de las personas y la mejora en la preparación para eventos adversos.¹⁴

Esto no quiere decir que cualquier daño derivado de una ANHATB sea automáticamente una violación de las obligaciones estatales en materia de derechos humanos: pueden existir escenarios en los que los sucesos rebasan la capacidad de previsión —como quizás pueda argumentarse en relación con el comienzo de la actual pandemia—, así como también puede haber daños posibles de mitigar pero imposibles de prevenir por completo —como puede suceder con sismos cuya ocurrencia es previsible pero no su magnitud—. Sin embargo, en la gran mayoría de casos, es posible prever la probabilidad —aunque no necesariamente el momento de ocurrencia o la magnitud— con la que las ANHATB ocurrirán, y por ello los Estados son responsables de desplegar políticas e instituciones de prevención y mitigación adecuadas y suficientes para el nivel de riesgo que caracteriza a sus territorios y poblaciones. Esto significa que los Estados tienen una obligación mayor de prevención y mitigación cuando sus territorios son catalogados como de alto riesgo —como sucede con los sismos en Guerrero, Oaxaca o la Ciudad de

¹⁴ Oficina de las Naciones Unidas para Reducción de Riesgo de Desastres, *Terminology on Disaster Risk Reduction*, p. 10.

México, o las inundaciones en Chiapas o Tabasco— y cuando sus poblaciones son vulnerables —como sucede con las comorbilidades en relación con riesgos biológicos, o con la pobreza y la precariedad en materia de vivienda y salud en relación con amenazas naturales, ambientales y biológicos, de muchos sectores del país—. La premisa rectora en esta materia debe ser: a mayor riesgo, más acción de prevención y mitigación.

La obligación de prevención y mitigación tiene como propósito lograr la protección de los derechos de las personas. Usualmente se piensa en los derechos a la vida e integridad personal: no obstante, dada la interdependencia de los derechos,¹⁵ en muchas situaciones la protección de esos derechos depende de la protección efectiva de los DESCAs, el tema que compete a este libro. A través de la protección previa y adecuada de derechos como la vivienda, la educación, la salud y la seguridad social de toda la población, y en especial de los sectores afectados por situaciones de vulnerabilidad o discriminación estructural, es posible prevenir o reducir significativamente los daños producto de ANHATBs, así como atender adecuadamente dichos daños cuando ocurran.

A continuación, presentamos las fuentes jurídicas nacionales e internacionales que consagran las obligaciones estatales en materia de prevención, y que deberían ser tomadas en cuenta por las personas juzgadoras en todos los casos relacionados con amenazas naturales, humanas, ambientales, tecnológicas y biológicas que generen riesgos de desastre.

1. Obligación de protección

En México, la obligación de prevención de daños asociados a desastres tiene como fuente principal el artículo primero constitucional, que señala las cuatro obligaciones fundamentales para todas las autoridades: promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos contenidos tanto en la Constitución como en los tratados internacionales de los cuales México es parte.

¹⁵ Serrano, Vázquez, *Los derechos en acción. Obligaciones y principios de derechos humanos*, p. 35.

La obligación de protección requiere que el Estado tome todas las medidas necesarias para evitar que ocurran las violaciones a derechos humanos, tanto a manos de agentes estatales como de particulares. Para ello, debe contarse con “mecanismos de vigilancia como de reacción ante el riesgo de vulneración del derecho, de forma que se impida la consumación de la violación”.¹⁶ En ese sentido, la obligación de protección tiene un carácter positivo, pues requiere que las autoridades desarrollen e implementen acciones que aseguren el efectivo ejercicio de los derechos.¹⁷ Esto se logra a través de la actividad legislativa para la expedición de un marco normativo adecuado y conforme a estándares constitucionales, la actividad ejecutiva para su desarrollo e implementación efectivas, y la actividad judicial y de los órganos de monitoreo autónomo para la vigilancia del cumplimiento del marco normativo¹⁸ y de los estándares constitucionales. Así pues, la obligación de protección tiene dos momentos de concreción, que implican obligaciones distintas para las diferentes autoridades.

En un primer momento, la protección requiere de la creación de un marco jurídico para establecer de forma precisa las facultades de las autoridades y sus marcos de acción. Este marco jurídico debe establecer protocolos de actuación para que las autoridades puedan reaccionar de forma ordenada, efectiva y conforme a derechos durante la concreción de una ANHATB, así como señalar conductas prohibidas por ser violatorias a derechos humanos.¹⁹ Si tales protocolos no existen, o no cumplen con los estándares constitucionales, la autoridad responsable de expedirlos estaría en incumplimiento de la obligación de protección.

En un segundo momento, es necesario que se cree un aparato institucional para implementar las medidas establecidas en el marco normativo, y que actúe de forma oportuna y eficaz en todas las etapas de enfrentamiento de las ANHATB. La implementación adecuada de la legislación tiene una estrecha relación con la

¹⁶ *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tesis: XXVII.3o. J/25 (10a.), Libro 15, Tomo III, p. 2256.

¹⁷ Corte IDH, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*.

¹⁸ UNISDR, Marco de Sendai para 2015-2030.

¹⁹ Serrano, *Obligaciones del Estado frente a los derechos humanos y sus principios rectores: una relación para la interpretación y aplicación de los derechos*, pp. 107-108. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3567/9.pdf>

obligación de garantía durante la emergencia, pues en caso de existir omisiones o actuaciones violatorias de la legislación o los estándares constitucionales de parte de las autoridades encargadas de la implementación, será muy difícil evitar los efectos desastrosos. Por ejemplo, durante el sismo del 19 de septiembre de 2017, a pesar de la existencia de legislación sobre protección civil, las autoridades no actuaron conforme a ella, y por ende produjeron afectaciones a derechos humanos que podrían haberse evitado.²⁰

Para alcanzar los objetivos de la obligación de protección, resulta imprescindible que tanto el marco jurídico que regule la respuesta a las ANHATB como el aparato institucional encargado de su implementación tomen en cuenta no solo las situaciones de riesgo inherentes a la geografía diversa de un país, sino también las condiciones de vulnerabilidad de sus sectores poblacionales, tal y como lo veremos en las siguientes secciones.

2. Obligación de prevención

El deber de prevención se desprende de la obligación general de protección y tiene como función evitar las violaciones a derechos humanos a través de la identificación y evaluación oportuna de situaciones de riesgo especial para personas o grupos de personas. Como ha señalado la Corte Interamericana, la prevención “abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito”.²¹

Los estándares de prevención han sido usados para determinar violaciones a derechos en casos que involucran violencia estructural contra mujeres²² y personas defensoras de derechos humanos,²³ así como contextos de violencia estatal.²⁴

²⁰ V., Saffon, Mora, *op. cit.*

²¹ Corte IDH, *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala*, párr. 139.

²² Ídem, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*.

²³ Ídem, *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala*.

²⁴ Ídem, *Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*.

Si bien no ha habido un desarrollo particular en el tema de desastres o de ANHATB, estos estándares pueden ser fácilmente extrapolados a estos casos, pues también se caracterizan por involucrar situaciones de riesgo especial y vulnerabilidades estructurales. Es, pues, obligación del Estado identificar y tener conocimiento de las situaciones de riesgo y las condiciones de vulnerabilidad que ponen en peligro los derechos humanos, y desarrollar e implementar políticas públicas e instituciones que permitan salvaguardar los derechos humanos cuando se concrete una ANHATB.²⁵

Así, por ejemplo, en lugares que han sido identificados por el mismo Estado como zonas propensas a sismos, inundaciones, huracanes, tornados, erupciones volcánicas u otras amenazas naturales,²⁶ el Estado tiene una obligación clara de desplegar todas las acciones necesarias para evitar, o cuando menos minimizar, las afectaciones a derechos humanos que puedan recaer en las poblaciones expuestas a riesgos, teniendo en cuenta sus vulnerabilidades. La misma Ley de Protección Civil define al riesgo como los: “daños o pérdidas probables sobre un agente afectable, resultado de la interacción entre su vulnerabilidad y la presencia de un agente perturbador”.²⁷ En este sentido, la acción preventiva que deben desplegar las autoridades en casos de riesgos identificados consiste concretamente en la disminución de los riesgos y las vulnerabilidades, de modo que la amenaza natural —el agente perturbador— no ocasione o solo ocasione daños mínimos a las personas.²⁸

Igualmente, el Estado tiene la obligación de identificar otras posibles situaciones de riesgo antes no previstas, tales como las amenazas humanas, ambientales, biológicas y tecnológicas a las que se refieren los estándares internacionales. Por ejemplo, dados los efectos devastadores de la actual pandemia, derivados en buena medida de su carácter imprevisto y de las carencias de capacidad estatal y la existencia de vulnerabilidades estructurales en materia de salud, es preciso que

²⁵ CDHDF, Deberes específicos de prevención, investigación y sanción, pp. 42-44.

²⁶ V., Atlas Nacional de Riesgo.

²⁷ Ley General de Protección Civil, artículo 2, fracción XLIX.

²⁸ Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, párr. 182.

los Estados se preparen para futuras pandemias, estableciendo políticas e instituciones especializadas dedicadas a la identificación de riesgos, la producción de datos sobre estos y sobre los mecanismos para enfrentarlos adecuadamente —como vacunas—, la elaboración de protocolos de actuación de emergencia y la reducción de vulnerabilidades.

El deber de prevención es de medio y no de resultado.²⁹ Esto significa que, para verificar su violación, es preciso analizar si las autoridades hicieron todo lo que estaba en sus manos para prevenir o minimizar las afectaciones a derechos derivadas de riesgos anticipables. Debido al análisis complejo que requiere la prevención, el papel de las y los jueces se vuelve fundamental; a través de un estudio serio y con enfoque de derechos humanos, pueden y deben identificar los casos en los que efectivamente los daños ocurridos eran prevenibles. Esta potestad requiere que la función judicial tome en serio los derechos de las personas afectadas y no se limite a sobreseer casos por las dificultades que representa juzgar cuestiones relacionadas con ANHATB.

3. Disminución de vulnerabilidades a través de la garantía de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA)

La obligación estatal de disminuir vulnerabilidades no solo se desprende de los deberes de protección y prevención, sino también de las obligaciones autónomas que resultan de los compromisos internacionales adquiridos en materia de DESCAs. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y los demás instrumentos internacionales que se refieren a estos derechos establecen la obligación de los Estados de cumplir con diversos estándares para garantizar los DESCAs y de hacerlo de forma progresiva y no discriminatoria.³⁰ Aunque estas obligaciones tienen el propósito de garantizar los DESCAs, su cumplimiento puede

²⁹ Ídem, *Caso Yarce y otras vs. Colombia*, párr. 181.

³⁰ CDESC, Observación General Núm. 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto); Observación General Núm. 20, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

abonar a la reducción de vulnerabilidades, y con ello a la prevención y mitigación de riesgos de las poblaciones expuestas a ANHATB.

Por ejemplo, hay poblaciones que, por razones de precariedad socioeconómica u otras, tienen sus viviendas ubicadas en zonas de alto riesgo natural. En muchos casos, esas viviendas son informales y precarias y se encuentran en zonas alejadas o poco accesibles, por lo cual pueden carecer de, o tener un acceso limitado a, infraestructura y a servicios públicos y sociales. En consecuencia, esas poblaciones se encuentran muy expuestas a violaciones múltiples a sus derechos, no solo por su alta exposición al riesgo de concreción de una amenaza natural, sino también por sus múltiples vulnerabilidades, que hacen que sea muy probable que la amenaza produzca en ellas daños magnificados.³¹

Es posible identificar dos formas en las que la garantía de los DESCAs puede contribuir a disminuir las vulnerabilidades ante los riesgos que representan las ANHATB. En primer lugar, el cumplimiento de todos los DESCAs requiere que la infraestructura empleada para garantizar los derechos atienda los estándares de disponibilidad, accesibilidad, calidad, asequibilidad, seguridad, dignidad, adecuabilidad cultural, adaptabilidad, justiciabilidad, progresividad y no discriminación: y para el derecho a la vivienda, habitabilidad.³² En contextos de riesgo por ANHATB, estos estándares pueden implicar el despliegue de acciones especiales tendientes a garantizarlos durante la materialización de la amenaza. Por ejemplo, la revisión periódica de la seguridad de las construcciones en zonas de riesgo sísmico, y su reforzamiento en caso de ser necesario, puede lograr que la calidad de las viviendas, hospitales, escuelas y otros lugares a través de los que se garantizan los DESCAs se mantenga o, al menos, que no se deterioren exacerbadamente con la ocurrencia de un sismo. El despliegue de tales acciones puede evitar o disminuir no solo las afectaciones a los derechos a la vida y a la integridad,

³¹ Fernandes, *Regularización de asentamientos informales en América Latina*, p. 7.

³² Cf., CDESC, Observación General Núm. 4, El derecho a una vivienda adecuada; Observación General Núm. 6, Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores; Observación General Núm. 12, El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11); Observación General Núm. 13, El derecho a la educación (artículo 13); Observación General Núm. 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12).

sino también previene la interrupción del goce de los DESCAs cuando la amenaza se concrete. Por ejemplo, si se despliegan acciones adecuadas y suficientes para revisar periódicamente y dar mantenimiento a la infraestructura educativa y de provisión de agua es posible que no sea necesario cerrar las escuelas o cortar la provisión de agua durante la emergencia, o al menos que el período de interrupción de los servicios sea corto.

En segundo lugar, la garantía de los DESCAs puede contribuir a la prevención de efectos desastrosos a través del cumplimiento de la obligación de progresividad y no discriminación, que es exigida por los estándares internacionales y constitucionales.³³ El cumplimiento de esta exigencia puede reducir las vulnerabilidades de las poblaciones expuestas a las ANHATB, al implicar que cada vez más personas tengan acceso a viviendas, escuelas, hospitales, etc., que cumplan con los estándares. Además, es posible argumentar que, con base en el principio de no discriminación, la garantía de los DESCAs debe ser reforzada en contextos de riesgos de ANHATB y prioritaria frente a poblaciones vulnerables.

En contextos de altos riesgos de amenazas naturales, la ausencia de una garantía reforzada y prioritaria de los DESCAs de poblaciones vulnerables conduce a graves afectaciones a los derechos, tal y como lo ilustraron los sismos de 2017 en México. Las falencias estatales en la revisión periódica de las construcciones condujeron a la destrucción o grave deterioro de infraestructuras básicas para los DESCAs como las escuelas públicas, que afectaron no solo la vida e integridad de algunas personas, sino también el derecho a la educación de muchas niñas y niños, que vieron sus escuelas cerradas de manera prolongada. En el caso de niñas y niños de sectores vulnerables de la población —en situación de pobreza o integrantes de grupos étnicos—, esos cierres escolares probablemente pusieron en riesgo su continuidad educativa y su derecho a verse libres de trabajo infantil en el mediano y largo plazo. Asimismo, muchas viviendas ubicadas en zonas de alto riesgo sufrieron afectaciones graves en razón de sus condiciones de vulnera-

³³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 1.

bilidad, incluyendo la precariedad de algunas de sus construcciones y su carácter informal o irregular.³⁴ Pero además, tales afectaciones magnificaron las condiciones de vulnerabilidad de las ocupantes de esas viviendas, que probablemente incluían también limitaciones de acceso a servicios públicos y la falta de titularidad de derechos de sus ocupantes, que dificulta la exigencia de derechos.

Pero incluso en contextos de ANHABT no previstas, como la actual pandemia, las falencias de garantía adecuada de los DESCAs y prioritaria para poblaciones vulnerables pueden amplificar los efectos negativos de la amenaza en los derechos humanos de esas poblaciones. Es bien sabido que las vulnerabilidades poblacionales y los déficits de capacidad institucional en materia de salud produjeron más efectos negativos en ciertos sectores poblacionales —las personas más pobres en América Latina, o latinas y afrodescendientes en Estados Unidos, por ejemplo—.³⁵

En todos esos casos, es preciso que el Poder Judicial realice una interpretación sistemática de las obligaciones de protección, prevención y garantía de los DESCAs que, con base en los principios de no discriminación y *pro persona*, tenga en cuenta las situaciones de vulnerabilidad de las personas afectadas; no solo para identificar las responsabilidades estatales, sino también los obstáculos que les dificultan a las reclamantes argumentar sus casos. Por ejemplo, ante un caso en el que exista una vivienda irregular que dificulte la acreditación de derechos de la persona afectada, las juezas y jueces pueden intentar determinar si hubo omisiones por parte de las autoridades en torno a la regularización de los predios, así como aceptar la comprobación de derechos de posesión u ocupación y no solo de propiedad o arrendamiento.

³⁴ Es importante destacar que la vivienda informal no se limita únicamente a las personas que ocupan terrenos públicos o áreas ecológicamente protegidas, sino también a las personas que viven en inmuebles producidos por la subdivisión sin permiso de suelos privados o comunales, o vivienda subdividida de forma no autorizada de predios preexistentes.

³⁵ Lustig y Tommasi, *Covid-19 y la protección social de las personas pobres y los grupos vulnerables en América Latina: un marco conceptual*, pp. 3-6.

4. Deber de fiscalización en torno a los DESCA

Conforme al derecho internacional de los derechos humanos, además de las obligaciones anteriores, los Estados tienen un deber de fiscalización, que les exige tomar las medidas necesarias para comprobar y garantizar los servicios de interés público en los que estén en juego bienes fundamentales —tales como la salud,³⁶ la educación³⁷ o la construcción de viviendas—, para que estos se ofrezcan de forma adecuada y acatando la legislación y los estándares de derechos humanos involucrados, —incluso cuando esos servicios sean ofrecidos por entidades privadas o mixtas—.

El deber de fiscalizar parte de la noción de que el Estado tiene la potestad de delegar algunos servicios públicos a particulares, pero conserva la obligación de vigilar la prestación adecuada y efectiva de dichos servicios.³⁸ En palabras de la Corte IDH “la obligación de fiscalización estatal comprende tanto a servicios prestados por el Estado, directa o indirectamente, como a los ofrecidos por particulares”.³⁹ En México, esta obligación es aplicable, pues la SCJN ha resuelto casos importantes en los que se reconoce que los particulares pueden fungir como autoridades responsables en el juicio de amparo.⁴⁰

En términos concretos, en materia de ANHATB, la obligación estatal de fiscalización involucra, entre otras cosas: i) la construcción por parte del Estado o la vigilancia de la construcción por empresas mixtas o privadas de infraestructura segura, adecuada, suficiente y conforme a estándares para la provisión de servicios de interés público; ii) la provisión universal, o amplia y progresiva, y no discriminatoria de los servicios de interés público en cuestión por parte del Estado o por empresas mixtas o privadas con la vigilancia del Estado; iii) la revisión

³⁶ Corte IDH, *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*, párr. 119.

³⁷ *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tesis: 1a. CLXXIX/2015 (10a.), Libro 18, Tomo I, p. 426.

³⁸ Corte IDH, *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, párr. 96.

³⁹ Ídem, *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*, párr. 149.

⁴⁰ Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 327/2017, Ponente Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, resuelto por unanimidad.

periódica y especializada de la infraestructura, teniendo en cuenta las ANHATB particulares de cada región, para que cumpla con la normativa sobre mitigación de riesgos frente a ANHATB; iv) la vigilancia, también periódica y especializada, de la provisión de los servicios, teniendo en cuenta las vulnerabilidades de las poblaciones beneficiarias; v) la garantía de acceso a recursos para la solicitud de información y la presentación de quejas y reclamaciones.⁴¹

Como es evidente, las violaciones a esta obligación se actualizan cuando el Estado omite desplegar las acciones necesarias para construir y proveer servicios adecuados y conforme a estándares directamente, o para revisar y vigilar las construcciones y la provisión de servicios llevadas a cabo por empresas privadas o mixtas. En ese sentido, la obligación exige la existencia de instituciones fuertes, no solo para la provisión de servicios, sino también para la vigilancia de aquellos provistos por particulares. La obligación de vigilancia se vuelve reforzada y prioritaria cuando se encuentra involucrado un grupo en una situación de riesgo o de vulnerabilidad, pues el Estado tiene la obligación de atender las necesidades particulares de protección de las personas.⁴²

Es importante que las y los jueces tengan en cuenta que la mera existencia de legislación no implica el cumplimiento de la obligación de fiscalización, pues la omisión de ejecutar dicha vigilancia puede llevar a que las autoridades sean responsables de la violación a derechos humanos por un actuar omiso en las labores de supervisión de quienes construyen o evalúan la seguridad de la infraestructura, así como de quienes proveen servicios de interés público.

III. Etapa de emergencia

Ante la materialización de una ANHATB, corresponde a los agentes estatales desplegar acciones inmediatas y eficaces, que busquen impedir que esta tenga efectos desastrosos o mitigarlos. Dicho despliegue será tanto más posible y conforme

⁴¹ Corte IDH, *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, párr. 177.

⁴² Ídem, *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*, párr. 120.

a derechos, cuanto más existan y se cumplan los marcos normativos y los aparatos institucionales que exigen las obligaciones de protección, prevención y reducción de vulnerabilidades descritas en la sección anterior.

En efecto, la etapa de la emergencia suele ser un momento dramático en el que se debe actuar tanto con urgencia, como con diligencia y precisión. En este sentido, es fundamental que las autoridades cuenten con un marco de actuación concreto y acotado, que debe estar claro mucho antes de la emergencia. Como lo señala Holmes, en situaciones de emergencia, las reglas permiten actuar sin dubitaciones y siguiendo pasos preestablecidos para la mayor salvaguarda posible de los derechos en peligro.⁴³ Por lo anterior, el Estado debe tener protocolos de actuación detallados, que determinen las competencias y acciones que debe desempeñar cada una de las autoridades competentes —por ejemplo, quiénes entran a rescatar en zonas de desastres—, así como criterios para la toma de decisiones difíciles —por ejemplo, a qué personas priorizar en caso de saturación hospitalaria—.

De acuerdo con los estándares internacionales en materia de desastres, durante la emergencia, las autoridades estatales deben adoptar una perspectiva centrada en los derechos humanos de las personas damnificadas, que tenga en cuenta “los principios de humanidad, neutralidad, imparcialidad, [...] no discriminación, [...] las necesidades de los especialmente vulnerables”.⁴⁴ Dicha perspectiva permite la aplicación de los estándares generales de derechos humanos, así como de aquellos específicos desarrollados para otras situaciones pero que son pertinentes y aplicables a las personas afectadas por los efectos desastrosos de las ANHATB.

Así, los estándares del derecho internacional sobre las personas desplazadas parecen particularmente pertinentes para concretar las obligaciones estatales en materia de asistencia humanitaria de emergencia, garantía del mínimo esencial

⁴³ Holmes, “Stephen. In Case of Emergency: Misunderstanding Tradeoffs in the War on Terror”, en *California Law Review*, pp. 302-303.

⁴⁴ CD, Proyecto de la CDI sobre Protección de las Personas en Caso de desastre, artículo 6; V, los sucesivos informes presentados por el Relator Especial encargado de esta tarea desde el 2007.

de los derechos y retorno. Ello es así, no solo porque esos estándares contemplan explícitamente como titulares de derechos a las personas desplazadas por desastres,⁴⁵ sino también porque muchas de sus disposiciones son pertinentes para las personas afectadas no desplazadas, y se basan en el principio de humanidad que, como se dijo antes, es fuente de las obligaciones internacionales en materia de atención humanitaria de emergencia por ANHABT.

Finalmente, los estándares relativos a la participación de las personas en las decisiones sobre los temas que las afectan son también pertinentes y aplicables a las personas damnificadas, en relación con decisiones sobre la satisfacción o reparación de sus derechos, la reconstrucción o reubicación de sus viviendas, entre otras.

A continuación, desarrollamos las obligaciones concretas que, con base en los estándares, consideramos tiene el Estado durante una situación de emergencia y podrían ser aplicados por el Poder Judicial.

1. Obligación de garantía

Como lo mencionamos en la sección anterior, el artículo primero de la Constitución mexicana identifica la garantía de los derechos humanos como otra obligación estatal fundamental adicional a la de protección, que es particularmente pertinente en la etapa de ocurrencia de las ANHATB. Como ha señalado la Corte Interamericana, la obligación de garantía no se agota en la creación de un marco normativo con el objetivo de cumplir la obligación, sino que exige acciones positivas de las autoridades para que, en el ámbito de sus funciones, realicen las conductas necesarias que aseguren la existencia real de un eficaz, libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.⁴⁶

Así pues, el primer componente del deber de garantía consiste en la existencia de un aparato estatal efectivo que asegure la garantía de los derechos. Como lo vimos anteriormente, este componente se encuentra íntimamente ligado a la obli-

⁴⁵ Cf., ONU, Principios Rectores de los desplazamientos internos.

⁴⁶ Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, párr. 91.

gación de prevención, que exige la adopción de un marco normativo e institucional previo a la emergencia, así como el despliegue de acciones preventivas que puedan evitar o reducir los impactos negativos de esta, así como regular las actuaciones de las autoridades mientras la emergencia ocurre.⁴⁷

El segundo componente del deber de garantía exige acciones positivas de parte de las autoridades, incluso cuando no haya políticas públicas, aparatos institucionales especializados o protocolos de actuación previos para atender la emergencia. Dichas acciones deben encaminarse a evitar o minimizar el riesgo de vulneración de los derechos humanos durante la ANHABT. Así, por ejemplo, frente a sismos en los cuales las actividades preventivas como la revisión y el refuerzo de inmuebles no se dieron o fueron insuficientes, el Estado tiene en todo caso la obligación adicional de hacer revisiones inmediatas para minimizar los daños que puedan resultar de las deficiencias estructurales con posterioridad a los sismos. De modo similar, —incluso si los Estados pudieran comprobar que la actual pandemia no era previsible o si se les encontrara responsables por no haberla previsto a través de un marco normativo e institucional adecuado—, las actuaciones estatales durante la pandemia también podrían evaluarse, con base en la obligación de garantía; esto para determinar si buscaron y lograron minimizar las vulneraciones a los derechos humanos. Entre otras cuestiones relevantes que podrían llegar al seno del poder Judicial se encuentran el impacto en la tasa de contagios y de afectaciones serias a la salud y la vida de la ausencia de restricciones fuertes a la movilidad de las personas o, en su defecto, de apoyos económicos a los sectores socioeconómicos vulnerables para evitar o reducir su movilidad. También el impacto en el bienestar psicosocial y emocional de niños y niñas, y en la capacidad laboral de padres y madres, debido al cierre prolongado de escuelas.

2. Deber de atención humanitaria de emergencia

Aunque en sus orígenes el deber de atención humanitaria de emergencia se ideó para las víctimas de guerras o conflictos armados,⁴⁸ la incidencia cada vez más

⁴⁷ Serrano, Vázquez, *Principios y obligaciones de derechos humanos: los derechos en acción*, p. 21.

⁴⁸ V., Convenio de Ginebra, I y su protocolo adicional; II y su protocolo adicional; III y su protocolo adicional; IV y su protocolo adicional; Convención sobre el Estatuto de los Refugiados.

frecuente de efectos desastrosos derivados de ANHATB ha llevado a que dicha atención se considere aplicable a las víctimas de tales amenazas. Así sucede con las “personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de [...] *catástrofes naturales o provocadas por el ser humano*”, que han sido reconocidas explícitamente como parte de la definición de personas desplazadas, y por ende titulares de todos los derechos reconocidos en los *Principios Rectores sobre el Desplazamiento de Personas*.⁴⁹ Como resulta evidente, la definición es lo suficientemente amplia como para incluir a las personas desplazadas por las diferentes ANHABT, pues estas pueden considerarse producidas de modo más próximo o mediato por amenazas naturales o humanas —como es el caso de las amenazas biológicas, tecnológicas y ambientales—.

Además, es posible argumentar que la atención humanitaria de emergencia prevista en los principios de desplazamiento y en las normas de derecho internacional humanitario más generales,⁵⁰ es aplicable a otras víctimas de ANHATB que no sean desplazadas pero sí necesiten dicha atención para paliar sus sufrimientos y menguar la vulneración de sus derechos de manera inmediata. En efecto, como vimos antes, los estándares internacionales en materia de desastres identifican el deber de atención humanitaria basado en el principio de humanidad, y es ese mismo principio el que funda los deberes de atención humanitaria previstos en materia de desplazamiento. Igualmente, en unos y otros estándares, se identifican como principios adicionales relevantes los de “neutralidad, imparcialidad, [...] no discriminación, [...] las necesidades de los especialmente vulnerables”.⁵¹

⁴⁹ La definición de persona desplazada interna de acuerdo con los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos es: “[...] *Las personas o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual, en particular como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida*”.

⁵⁰ Protocolo a la Convención Sobre Deberes y Derechos de los Estados en Caso de Luchas Civiles; Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II).

⁵¹ CD, Proyecto de la CDI sobre protección de las personas en caso de desastre, cit., artículo 6; V, los sucesivos informes presentados por el Relator Especial encargado de esta tarea desde el 2007; Principios Rectores De Los Desplazamientos Internos, Principio 1.

Ambos tipos de estándares deben ser comprendidos como criterios relevantes de interpretación de los derechos humanos por parte de las autoridades estatales en general, y del Poder Judicial en particular.⁵²

Los estándares en materia de desplazamiento especifican que la asistencia humanitaria debe comprender la oferta de refugios o albergues de emergencia⁵³ en condiciones dignas, así como la atención a las necesidades básicas de las personas, incluyendo aquellas en materia de salud, alimentación, higiene, abastecimiento y saneamiento de agua.⁵⁴ En México, aunque no se habla explícitamente de atención humanitaria de emergencia, el *Manual de Organización y Operación del Sistema Nacional de Protección Civil* —MOOSNPC— previene a las autoridades competentes para el suministro de refugio, víveres, medicamentos y material de abrigo —todas medidas de atención humanitaria,⁵⁵ que por ende deben comprenderse regidas por los estándares internacionales en la materia—. Entre los estándares mínimos se encuentran:

- Garantizar el derecho a la alimentación a través de la distribución de alimentos que cumplan normas nutricionales y que atiendan la cultura de la población afectada.⁵⁶ Además, se debe proporcionar información clara y accesible respecto de la frecuencia, horarios, condiciones y cantidad de los alimentos a suministrar.
- Garantizar un mínimo vital de agua gratuita suficiente y apta para el uso doméstico y personal y prevenir enfermedades.⁵⁷ Esto requiere de

⁵² *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tesis: P/J. 21/2014 (10a.), Libro 5, Tomo I, p. 204. La propia Corte Interamericana ha empleado los Principios rectores sobre desplazamientos internos como criterio interpretativo en sus decisiones *Cf.*, Corte IDH, *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, párr. 140; Ídem, *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, párr. 173.

⁵³ De acuerdo con la Ley General de Protección Civil, artículo 2, fracción XLVII, un refugio temporal es: “La instalación física habilitada para brindar temporalmente protección y bienestar a las personas que no tienen posibilidades inmediatas de acceso a una habitación segura en caso de un riesgo inminente, una emergencia, siniestro o desastre”.

⁵⁴ *Cf.*, UNHCR, Sitio web ACNUR. Disponible en : <https://eacnur.org/es/actualidad/noticias/eventos/ayuda-humanitaria-la-unica-forma-de-sobrevivir-para-millones-de-personas>

⁵⁵ DOF. *Manual de Organización y Operación del Sistema Nacional de Protección Civil*.

⁵⁶ CDESC, Observación General Núm. 12, El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

⁵⁷ Ídem, Observación General Núm. 15, El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

la existencia de instalaciones de agua potable y saneamiento, incluyendo bombas de agua, baños y servicios de aseo. Estos servicios deben ser accesibles para personas con discapacidad, niños, niñas, mujeres y personas adultas mayores.

- Brindar atención médica y psicológica gratuita a las personas afectadas, e incluir dentro de estos servicios atención especializada para personas con discapacidad, personas que viven con VIH/SIDA, enfermedades crónicas y tomar en cuenta las necesidades especiales que puedan tener mujeres y niñas en temas de salud sexual y reproductiva.⁵⁸
- Crear espacios de garantía del derecho a la cultura con actividades de esparcimiento y recreación.
- En garantía del derecho a la vivienda, respetar la libre circulación en los albergues permitiendo que las personas entren y salgan a la hora que deseen.

Como puede verse, varias de las medidas de atención humanitaria de emergencia previstas para las personas desplazadas no dependen de que las personas se encuentren en un refugio o albergue, sino que se justifican por las necesidades básicas asociadas a ellas. Ello implica que el Estado mantiene la obligación de proporcionar ayuda humanitaria a todas las víctimas de ANHABT que tengan carencias básicas, en el lugar en el que se encuentren.⁵⁹

Además de los lineamientos mencionados, existen estándares internacionales relacionados con los DESCAs sobre las condiciones, características y formas en las que se debe proporcionar la ayuda humanitaria que busque satisfacer tales derechos.⁶⁰

⁵⁸ Comité Permanente entre Organismos, *op. cit.*

⁵⁹ Para buenas prácticas V, CDHCDMX, Protocolo para la atención humanitaria de emergencia a personas migrantes y/o sujetas de protección internacional en la Ciudad de México Albergues o campamentos temporales. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/SRMigrants/submissions/Mexico_HRCDF_Annex7_Submission_GA-Report.pdf; ACNUR, *Manual para situaciones de Emergencia*, p. 36, Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2012/1643.pdf>

⁶⁰ *Cf.*, CDESC, Observación General Núm. 4, El derecho a una vivienda adecuada, Observación General Núm. 6, Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores; Ídem, Observación General Núm. 12, El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11); Ídem, Observación General Núm. 13

- **Accesibilidad:** Los bienes y servicios deben ser físicamente accesibles y garantizados sin discriminación, esto es, teniendo en cuenta las desigualdades estructurales y las vulnerabilidades de las personas. En el caso de albergues, es necesario que estos sean establecidos en lugares cercanos a las viviendas de las personas para facilitar la entrega de ayuda.
- **Aceptabilidad:** Los bienes y servicios deben respetar las identidades culturales de minorías, pueblos y comunidades. Esto implica, entre otras cosas, que deben procurarse servicios de traducción para las personas que no hablen el idioma oficial, y que no se puede separar a integrantes de personas de pueblos y comunidades indígenas en distintos albergues en contra de su voluntad.
- **Adaptabilidad:** Los bienes y servicios deben proporcionarse de manera flexible y adaptarse a las necesidades y etapas de la emergencia.
- **Calidad:** Los bienes y servicios deben encontrarse en condiciones óptimas. Por ejemplo, los alimentos deben estar en buen estado y ser comestibles.
- **Dignidad:** Las personas que reciban la ayuda humanitaria por parte de las autoridades deben recibir un tratamiento con respeto y exento de maltrato tanto físico como psicológico.
- **Disponibilidad:** Los bienes y servicios deben ser suficientes tanto en cantidad como en calidad.
- **Gratuidad:** Los bienes y servicios de emergencia que se provean deben ser gratuitos.
- **Habitabilidad:** Los albergues o refugios deben ser adecuados para proteger del frío o calor, el viento y otras amenazas a la salud como enfermedades y riesgos estructurales.
- **No discriminación:** La ayuda humanitaria debe ser otorgada a todas las personas sin distinción y atendiendo a las características de los distintos grupos en situación de vulnerabilidad. Esto implica no solamente

El derecho a la educación (artículo 13); Ídem, Observación General Núm. 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12); ACNUR, *Manual para situaciones de Emergencia*, p. 36, Disponible en <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2012/1643.pdf>>.

que no puede excluirse o marginarse a las personas de esas medidas por razones de género, orientación sexual, raza, etnia, ingresos, origen, edad, discapacidad, etc., sino también que se debe dar prioridad y atender con medidas especiales a las personas que, por pertenecer a alguno de esos sectores poblacionales o por otras razones, están sometidas a desigualdades estructurales o expuestas a mayores riesgos en razón de sus vulnerabilidades durante la emergencia. Por ejemplo, deben crearse mecanismos para la prevención, reducción y sanción de actos de violencia sexual en albergues, tales como el establecimiento de refugios o áreas especiales para mujeres solas o con niños y niñas a su cargo y de estancias infantiles con personal capacitado en el cuidado infantil.

- Seguridad: Las personas deben sentirse fuera de peligro físico en los albergues, lo cual implica el establecimiento de medidas especiales en caso de concentración de ciertas poblaciones como niños, niñas, personas adultas mayores, personas con discapacidad y mujeres. Por ejemplo, debe evitarse que los albergues sean atendidos por personal militar.
- Voluntariedad: Los bienes y servicios deben ser suministrados a las personas que lo necesitan con su consentimiento y respetando su agencia. En materia de albergues, esto implica que las personas pueden decidir no refugiarse en ellos y, en cambio, establecer sus propios campamentos, sin que las demás medidas de atención humanitaria, como los alimentos o servicios de salud, se condicionen a su permanencia en los albergues.

En muchos casos, las ANHATB tienen efectos desastrosos de largo aliento, que impiden que las personas puedan retornar a sus viviendas o actividades durante un tiempo prolongado. Por ejemplo, en caso de terremotos, los edificios destruidos o dañados pueden tardar meses, sino años, en ser reconstruidos. En situaciones como esas, los albergues o refugios temporales de emergencia pueden tornarse inadecuados desde el punto de vista de los estándares de vivienda digna, por lo cual es preciso que el Estado ofrezca opciones de vivienda temporal con mejores condiciones que las de los albergues. Así lo establecen, las Directrices IASC, según las cuales “se tomarán medidas apropiadas que permitan la rápida transición de

un refugio de emergencia a un alojamiento temporal o a una vivienda permanente, sin discriminación alguna y a la mayor brevedad posible”.⁶¹

3. Obligación de garantía del mínimo esencial y no interrupción de servicios fundamentales

El Estado tiene la obligación de asegurar el cumplimiento de, al menos, los niveles esenciales de cada uno de los derechos a través de todos los medios posibles.⁶² Esta obligación es aplicable en contextos de emergencia. La categoría del mínimo esencial permite identificar los límites infranqueables en la restricción de derechos, basados en lo que se requiere para que las personas tengan una supervivencia digna. De acuerdo con la SCJN, la violación de los mínimos esenciales ocurre cuando un derecho “queda sometido a limitaciones que impiden su ejercicio, lo dificultan más allá de lo razonable, o bien, lo despojan de una necesaria protección”.⁶³

Una restricción tal puede ocurrir cuando el Estado interrumpa o restringe severamente la provisión de servicios esenciales como el agua, el alcantarillado, la luz o la recolección de basura. Tales servicios son fundamentales para garantizar el mínimo vital del derecho a la vida digna y de muchos DESC. Por ello, el Estado debe tener protocolos claros que busquen prevenir o minimizar su interrupción en situaciones de ANHABT. Así lo reconoce la Ley General de Protección Civil en México, que establece que las autoridades de todos los niveles deben ejecutar medidas de seguridad dentro de su competencia para garantizar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad.⁶⁴ Igualmente, el MOOSNPC determina algunas responsabilidades en relación con ciertos servicios esenciales. No obstante, es muy importante que cada una de las autoridades involucradas cuente con un protocolo de actuación en caso de emergencia, para evitar la interrupción o para restablecer de forma inmediata los servicios, en el cual se señalen en detalle

⁶¹ *Idem*, Apartado relativo a la “Protección de los derechos relacionados con la vivienda, la tierra, la propiedad, los medios de subsistencia, la educación secundaria y superior”.

⁶² CDESC, Observación General Núm. 3 La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto); V, la contribución de Leticia Morales, en esta misma obra.

⁶³ *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tesis: 2a. XCII/2016 (10a.), Libro 34, Tomo I, p. 842.

⁶⁴ Ley General de Protección Civil, México, artículo 73.

las acciones a tomar y se incluya el derecho de las personas a estar informadas sobre esas actuaciones. Un buen ejemplo es la *Guía para la Atención de Emergencias en Carreteras y Puentes* en la que la Secretaría de Comunicaciones y Transportes estableció las medidas a tomar en cada etapa de emergencia. Además, es importante que esos protocolos contemplen mecanismos alternativos para el suministro de servicios esenciales para las situaciones en las que, por motivos imprevisibles, su restablecimiento no pueda hacerse de modo inmediato. Finalmente, es importante que los protocolos prevean la atención prioritaria y gratuita de las poblaciones en situación de vulnerabilidad.

El mínimo vital también puede verse vulnerado cuando, en situaciones de ANHATB, el Estado restringe la movilidad de las personas o la apertura de lugares de trabajo sin ofrecer subsidios que les permitan tener una fuente básica de ingresos alternativa para sobrevivir. Es por ello que, en la actual pandemia muchos países del mundo y de América latina implementaron programas de ingreso o renta básica con variación en sus beneficiarios, montos y duración. México ha sido una excepción preocupante en esta materia.⁶⁵

IV. Etapa posterior a la emergencia

Puede considerarse que una emergencia disparada por una ANHATB termina cuando el riesgo y los efectos desastrosos inmediatos que produce se detienen o contienen —como sucede cuando, tras un terremoto, ya no hay más derrumbes de edificios, ni búsqueda de personas u objetos en ellos, o cuando los contagios de una pandemia se vuelven manejables y las hospitalizaciones y muertes mínimas—. Sin embargo, las obligaciones estatales no terminan ahí. Los efectos de una ANHATB pueden ser multidimensionales y de largo aliento, e incidir en la protección actual y futura de los derechos humanos y en las capacidades estatales y sociales para enfrentar futuras ANHATB.

La etapa posterior a la emergencia tiene dos momentos que deben ser diferenciados. El primer momento es aquel inmediatamente posterior al fin de la emergencia,

⁶⁵ Blofield, Lustig, et al., *Social Protection During the Pandemic: Argentina, Brazil, Colombia, and Mexico*.

que tiende a ser poco visibilizado pero muy crítico para las personas damnificadas. En él, las ayudas humanitarias tanto del Estado como de redes de sociedad civil y de apoyo internacional empiezan a cesar o a menguar significativamente, pero las necesidades de las personas afectadas son tanto o más apremiantes, pues aún no pueden regresar a sus actividades cotidianas porque sus viviendas siguen destruidas, sus lugares de trabajo o escuelas aún están cerradas, han perdido sus empleos, o tienen problemas de salud, entre otras. Por consiguiente, en esta etapa el Estado debería adoptar e implementar medidas encaminadas al retorno, la restitución y la estabilización socioeconómica de la población afectada con base en los estándares relativos al desplazamiento, la restitución de viviendas y patrimonios y la obligación de progresividad en la protección de los DESCAs.

El segundo momento es aquel en el cual, superada ya la emergencia, el Estado puede y debe concentrarse en la reconstrucción de los bienes y en el restablecimiento de los derechos destruidos, perdidos o menoscabados. En esta etapa, el Estado debería promover esfuerzos de reconstrucción y restablecimiento que permitan no solo la devolución de las personas afectadas a la situación en la que se encontraban, sino también y sobre todo la transformación de las condiciones de vulnerabilidad que permitieron o facilitaron los efectos desastrosos de la ANHATB para cumplir tanto con la obligación de progresividad en la protección de los DESCAs como con las obligaciones de prevención, reparación y garantía de no repetición derivadas de los derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos.

A continuación, elaboramos las obligaciones estatales que existen en cada uno de esos momentos.

1. Obligaciones de retorno y restitución o reubicación

Como se abordó en el apartado anterior, es común que las personas afectadas por ANHATB se vean forzadas a abandonar sus viviendas o lugares habituales de residencia y a desplazarse a lugares más seguros. Una vez que la amenaza cesa o es contenida, esas personas tienen derecho a regresar a sus lugares de origen y recuperar sus viviendas y patrimonios. Así lo establecen tanto los *Principios sobre*

Desplazamiento Forzado de Personas —Principios Deng—. ⁶⁶ como los *Principios sobre la Restitución de las Viviendas y el Patrimonio de los Refugiados y las Personas Desplazadas* —Principios Pinheiro—. ⁶⁷ Estos principios pueden ser complementados con documentos específicos sobre desplazamientos asociados con efectos desastrosos de amenazas naturales. ⁶⁸

Según esos estándares, el retorno siempre debe ser voluntario, informado y en condiciones de seguridad y dignidad. Si ello es imposible, debe proceder la reubicación voluntaria e informada. En ambos casos, ⁶⁹ la información debe ser “*completa, objetiva, actualizada y exacta, en particular sobre las cuestiones relativas a la seguridad física, material y jurídica en sus países o lugares de origen*”. ⁷⁰ Además, como veremos más adelante, el Estado tiene la obligación de garantizar la reconstrucción, reparación o —en caso de reubicación— el reemplazo de las viviendas destruidas o dañadas como resultado de ANHATB que no hayan sido adecuadamente prevenidas o mitigadas. Si, debido a razones presupuestales, técnicas o de seguridad, la restitución de la vivienda no puede ser inmediata, como lo mencionamos antes, las Directrices IASC establecen que deberán tomarse medidas para garantizar que las personas transiten de refugios o albergues a alojamientos temporales ⁷¹ que cumplan con los estándares del derecho a la vivienda digna.

2. Obligación del mínimo esencial y de estabilización socioeconómica

La obligación de garantizar el mínimo esencial de los derechos humanos no cesa con la emergencia, ni se limita solo al derecho a la vivienda. Como mencionamos

⁶⁶ ONU, *op. cit.*

⁶⁷ Sub-Comisión de Protección y Promoción de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Principios sobre la Restitución de las Viviendas y el Patrimonio de los Refugiados y las Personas Desplazadas (Principios Pinheiro).

⁶⁸ Es el caso de IASC, Directrices operacionales del IASC sobre la protección de las personas en situaciones de desastres naturales. Disponible en: http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/OtrosDocumentos/Doc_2017_045.pdf.

⁶⁹ V, Grupo de Trabajo del Grupo Sectorial Global de Protección, *Manual para la protección de los desplazados internos*. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11306.pdf>

⁷⁰ *Idem*, principio 10.1; V, principios 2, 3, 4, 6, 8 y 10; Sub-Comisión de Protección y Promoción de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Op. Cit.*

⁷¹ *Idem*, Apartado relativo a la “Protección de los derechos relacionados con la vivienda, la tierra, la propiedad, los medios de subsistencia, la educación secundaria y superior”.

antes, las personas afectadas por esta pueden enfrentar dificultades para retomar sus actividades económicas, y su subsistencia puede verse aún más amenazada que durante la emergencia si la ayuda humanitaria suministrada se corta o restringe.

Por ello, es vital, en primer lugar, que el Estado promueva políticas más prolongadas e integrales que las humanitarias para garantizar el mínimo esencial de los muchos DESCA que pueden verse afectados —como la alimentación y la salud—; para asegurar que las personas afectadas tengan un ingreso mínimo digno que les permita sobrevivir hasta lograr su reincorporación al mercado laboral, y para promover activamente su estabilización socioeconómica —a través de medidas como subsidios para la creación de microempresas, programas para la creación y el acceso a empleos dignos, becas para estudios técnicos y superiores, etc.—

Todos esos objetivos y medidas tienen como fundamento la prohibición de regresividad y la obligación de progresividad en la protección de los DESCA. Como es bien sabido, la primera exige que no se disminuyan o echen para atrás los niveles de protección de los DESCA logrados en un momento dado.⁷² Esto implica que el retiro de ayudas de emergencia no puede darse sin que haya políticas más amplias y duraderas que garanticen una protección superior que la obtenida a través de esas ayudas. Además, como veremos más adelante, si hay responsabilidades estatales en el surgimiento o el nivel de daño producido por una ANHATB, el Estado tiene como mínimo la obligación de devolver a las personas al nivel de protección del que gozaban con anterioridad a su materialización.

Por su parte, como ya vimos, la obligación de progresividad implica la exigencia de adoptar todas las medidas económicas y técnicas encaminadas a garantizar a toda la población de forma gradual pero creciente el goce de los DESCA.⁷³ Esta obligación es reconocida explícitamente por el Artículo 1ero constitucional y por la jurisprudencia de la SCJN.⁷⁴ En materia de desastres, la progresividad implica

⁷² Al respecto, V, la contribución de Christian Courtis, en este mismo volumen.

⁷³ CDESC, Observación General Núm. 2, Medidas internacionales de asistencia técnica (artículo 22 del Pacto).

⁷⁴ *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tesis: 2a./J. 35/2019 (10a.), Libro 63, Tomo I, p. 980.

que las autoridades no solo deben ampliar el nivel de protección de las personas afectadas, sino que además deben aumentar gradualmente los niveles de cobertura y protección de las demás personas.

3. Obligación de eliminar o reducir vulnerabilidades

Tanto la obligación de progresividad en la protección de los DESCAs como las obligaciones de protección y prevención de todos los derechos humanos analizadas en la primera sección de este escrito exigen que, con posterioridad a la concreción de una ANHATB, se adopten e implementen políticas tendientes a la eliminación o reducción significativa de las vulnerabilidades a los riesgos producidos por las ANHATB. En conjunto, tales obligaciones implican la exigencia de que el aumento de la cobertura y calidad de los DESCAs sea prioritario y reforzado, y conduzca al fortalecimiento o la resiliencia no solo de las poblaciones afectadas por la ANHATB materializada, sino también de todas aquellas que sean vulnerables a riesgos de ANHATB futuras.

Por ejemplo, en anticipación de futuros terremotos o huracanes, el Estado tiene la obligación de garantizar, por un lado, que en sus tareas de reconstrucción o reubicación de las viviendas destruidas o dañadas se garantice que estas serán resistentes a sismos o huracanes futuros. Y, por otro lado, que garantizará el acceso a viviendas gratuitas y de calidad de grupos históricamente discriminados y en situación de pobreza, cuyas viviendas enfrentan riesgos mayores de desastre ante futuras amenazas naturales. De modo similar, en la actual pandemia, el Estado tiene la obligación tanto de atender a las personas afectadas en su salud por la presente pandemia con medidas no solo curativas, sino también de reforzamiento de su salud y de prevención, como de garantizar la ampliación y el fortalecimiento del sector público de salud, y el acceso prioritario a la atención gratuita y de calidad de las personas pertenecientes a sectores históricamente discriminados, que son más vulnerables a futuras pandemias.

Estas obligaciones se derivan del estándar de no discriminación en materia de DESCAs que, según el Comité DESC, exige la adopción de medidas positivas que permitan disminuir desventajas estructurales.⁷⁵

4. Obligaciones de reparación, no repetición y acceso a la justicia

La obligación de eliminación o reducción de vulnerabilidades no se deriva solamente de aquellas de prevención y progresividad de los DESCAs: también encuentra fundamento en los derechos a la reparación y las garantías de no repetición de las víctimas de violaciones de derechos humanos, que incluyen a las víctimas de efectos desastrosos de las ANHATB en todos aquellos casos en los cuales pueda determinarse la responsabilidad del Estado por no haber prevenido o mitigado adecuadamente tales efectos.

Para cumplir con esa obligación, el Estado puede adoptar e implementar programas administrativos de reparación con un enfoque correctivo, tendientes a resarcir de manera expedita —sin necesidad de acceder a instancias judiciales— a las víctimas, a través de medidas que puedan no solo restituir las a la situación en la que se encontraban con anterioridad a la ANHATB, sino también transformar las condiciones de vulnerabilidad que hicieron posible o facilitaron la afectación de sus derechos.

En el caso de viviendas destruidas o deterioradas por sismos, huracanes o incendios, esos programas pueden apuntar a la reconstrucción o reubicación de los inmuebles dañados, procurando combatir situaciones de vulnerabilidad y discriminación estructural y garantizando el cumplimiento de los estándares en materia de vivienda digna.⁷⁶

⁷⁵ CDESC, Observación General Núm. 5, Las personas con discapacidad; V, la contribución de Silvia Serrano, en esta misma obra.

⁷⁶ *Idem*, Observación General Núm. 4, El derecho a una vivienda adecuada; V, al respecto, la contribución de María Silvia Emanuelli y Carla Escoffié, en esta misma obra.

- Adecuación cultural: Las formas de construcción de la vivienda, los materiales empleados y las políticas públicas que garanticen el derecho deben respetar la identidad cultural y diversidad de las personas para quienes sea la vivienda.
- Asequibilidad: La vivienda tiene que ser asequible para quienes tengan derecho, lo cual implica que se tenga en cuenta a los grupos en desventaja de forma diferenciada, para que tengan acceso pleno y sostenible a recursos para conseguir una vivienda.
- Disponibilidad de servicios: Las viviendas deben poder acceder a servicios públicos, infraestructura y facilidades que garantice la salud, nutrición, comodidad y seguridad. En razón de esto, las viviendas deben poder acceder a “recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia.”
- Gastos soportables: El mantenimiento no debe comprometer las necesidades básicas de las y los habitantes. En ese sentido, el Estado debe garantizar que los gastos se encuentren conforme al nivel de ingresos de sus habitantes.
- Habitabilidad: Esta característica implica que las viviendas deben tener un espacio suficiente a partir del número de personas que habiten, ser seguras para vivir, proteger frente al clima y no tener riesgos estructurales.
- Seguridad jurídica de la tenencia: Dependiendo del tipo de relación que se tenga con el inmueble, ya sea como propietario, arrendatario, incluso en asentamientos informales, las personas deben contar con documentos de fácil acceso para que tengan un nivel de protección frente al desalojo forzoso o arbitrario.
- Ubicación: La vivienda debe encontrarse en un lugar que facilite el acceso a opciones de empleo, a instituciones educativas, servicios de salud o centros de cuidado para niños y niñas.

La legislación de Protección Civil prevé la asignación de recursos financieros para la reconstrucción de la vivienda de la población afectada por amenazas

naturales.⁷⁷ Al interpretar esta obligación con perspectiva de derechos humanos, el Estado debe emplear el máximo de los recursos disponibles para la garantía de los DESCAs, y atender las situaciones de vulnerabilidad que agraven los riesgos de las ANHATB.⁷⁸ Tras el sismo de 2017, la Ley para la Reconstrucción, Recuperación y Transformación de la Ciudad de México en una cada vez más Resiliente⁷⁹ intentó lograr estos objetivos, al prever la reconstrucción gratuita de varios inmuebles colapsados tras el sismo de 2017 y establecer la transformación como principio orientador.⁸⁰ Sin embargo, la ley estableció también de manera cuestionable la reconstrucción de ciertos inmuebles a cargo de las personas afectadas y con la participación de empresas inmobiliarias que lucran de ello.⁸¹ Además, en su implementación, la ley enfrentó tropiezos varios, incluyendo malos manejos de los recursos por las autoridades, demoras y participación deficiente de las víctimas en la toma de decisiones sobre la reconstrucción.⁸²

Además de la reconstrucción de viviendas y otros inmuebles importantes para la satisfacción de DESCAs como escuelas y hospitales, el Estado también puede prever programas administrativos para reparar material y simbólicamente los daños a otros bienes y derechos personales causados por violaciones a las obligaciones de prevención y mitigación de los efectos de una ANHATB. Aunque esos programas no pueden reemplazar las reparaciones que ordene el Poder Judicial, sí pueden complementarlas y ofrecer un canal expedito para acceder a ellas. Las reparaciones previstas a cargo de la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas —CEAV— en México no cumplen con estos propósitos, pues dependen de la existencia de una sentencia judicial o decisión semi jurisdiccional en la mayoría de los casos.

En ausencia de programas administrativos de reparación, corresponderá al Poder Judicial determinar si hay lugar a la declaración de la responsabilidad del Estado

⁷⁷ Ley General de Protección Civil, artículo 34; Reglamento de la Ley General de Protección Civil, artículo 103.

⁷⁸ *Idem*, artículo 4.

⁷⁹ Si bien esta Ley fue derogada, en el momento posterior a la ocurrencia del desastre era el marco normativo con el que las personas afectadas serían restituidas en sus derechos.

⁸⁰ Ley para la Reconstrucción, Recuperación y Transformación de la Ciudad de México en una cada vez más Resiliente, artículos, 6, 17, 101-108.

⁸¹ *Idem*, artículo 38.

⁸² Guerrero Cantera, “La emergencia de un sujeto colectivo: el caso de Damnificados Unidos de la Ciudad de México”, en *Contra el desamparo del Estado: violaciones a los derechos de las personas damnificadas por el sismo 19S*.

por incumplimiento de alguna o varias de las obligaciones detalladas anteriormente en relación con las ANHATB. El análisis judicial de la responsabilidad estatal puede, a su vez, ser evaluado por instancias internacionales en términos de su adecuación a los estándares de derechos humanos en materia de acceso a la justicia y reparación. De conformidad con esos estándares, los Estados deben ofrecer mecanismos para atender y resolver adecuada y eficazmente las demandas relacionadas con violaciones a derechos humanos. Esto implica, entre otras cuestiones, la existencia de recursos adecuados y efectivos, instituciones que investiguen diligentemente conforme a protocolos detallados⁸³ y un aparato de impartición de justicia capacitado para procesar y resolver las demandas de manera independiente, imparcial y en un tiempo razonable.⁸⁴

En casos de responsabilidad estatal por violación de las obligaciones de prevención o mitigación de los efectos desastrosos de las ANHATB, se esperaría que el Poder Judicial analizara el fondo de los casos con base en todos los estándares antes mencionados, y realizara interpretaciones *pro persona* que le permitieran no solo asignar responsabilidades, sino también ordenar reparaciones integrales y transformadoras. Como lo analizamos en otro texto, aunque existen algunos obstáculos legales, es posible desarrollar interpretaciones protectoras de los derechos a la justicia y a la reparación que permitan identificar responsabilidades y ordenar reparaciones de ese tipo, tanto en los mecanismos ordinarios —civil, penal, patrimonial— como en el juicio de amparo.⁸⁵

En caso de existir sentencias judiciales que declaren la responsabilidad estatal, las víctimas pueden acudir a la CEAV que, según la Ley General de Víctimas, puede desarrollar “medidas de restitución, rehabilitación, compensación, satisfacción y garantías de no repetición, en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica”,⁸⁶ así como procurar que la reparación sea integral, adecuada, diferenciada, transformadora y efectiva. Estos parámetros son los que deben seguir

⁸³ Cf., Ley General de Víctimas.

⁸⁴ Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*, párr. 182.

⁸⁵ Cf., Saffon, y Ortiz Ocaña, “El acceso a la reparación integral de víctimas de violaciones a derechos humanos en México, una agenda pendiente”, en *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2011-2021). Una evaluación con perspectiva de futuro*.

⁸⁶ Ley General de Víctimas, artículo 27.

las juezas para cumplir cabalmente sus obligaciones constitucionales hacia las personas víctimas de desastres.

V. Conclusión

En buena medida, las ANHATB producen efectos desastrosos si los Estados fallan en sus deberes de prevención, mitigación y reacción ante una emergencia. Esas fallas acarrearán responsabilidades de las autoridades por violación de las obligaciones internacionales y constitucionales en materia de derechos humanos. La intersección entre derechos humanos y desastres es innegable. Es vital que las autoridades estatales competentes en materia de desastres desarrollen sus actividades con perspectiva de derechos humanos y conozcan las obligaciones concretas que se desprenden de ellas. Igualmente, es vital que el Poder Judicial evalúe las actuaciones de las autoridades con esa perspectiva y ese conocimiento, y que esté presto a identificar y reparar de manera transformadora las violaciones de derechos humanos que surjan por fallas en los deberes de prevención, mitigación y atención de emergencias.

Con el objetivo de facilitar la comprensión de esas obligaciones, el capítulo clasificó los momentos o etapas relevantes para las emergencias —previa, durante y posterior a la emergencia— y en cada etapa identificó las obligaciones estatales y las medidas concretas que las autoridades deben implementar. Esta clasificación se fundamenta por razones analíticas, pero es preciso anotar que las obligaciones aplicables a distintos momentos son complementarias: si hay fallas en alguna etapa, es muy probable que esto desencadene la violación de múltiples obligaciones en otras. Por ejemplo, cuando se viola la obligación de protección por la omisión de establecer protocolos de actuación antes de la emergencia, las actuaciones de las autoridades probablemente serán desordenadas y fallará la garantía de derechos durante el acaecimiento de la ANHATB.

Si bien los fundamentos jurídicos planteados y las acciones correlativas pueden servir como lineamientos para el accionar estatal en general, estos son de especial utilidad para que el Poder Judicial pueda calificar las actuaciones y omisiones de las autoridades cuando las ANHATB tengan efectos desastrosos para las personas.

Este examen jurídico puede llegar por vía constitucional, civil, penal, o de responsabilidad estatal. En todos los casos, el Poder Judicial debe cumplir con su rol de garante de los derechos humanos, responsabilizando a las autoridades cuando sus actuaciones en materia de gestión del riesgo no tengan o no implementen adecuadamente un enfoque de derechos, así como garantizando con órdenes transformadoras que, a futuro, las autoridades prevengan, mitiguen y atiendan adecuadamente los efectos desastrosos de las ANHATB.

Asimismo, es vital que, en el análisis de los casos, el Poder Judicial aplique un enfoque diferenciado que atienda y corrija las vulnerabilidades de las personas afectadas por el desastre, tales como aquellas personas pertenecientes a sectores poblacionales que, por haberles negado sistemáticamente la protección de los DESCA, sufren de manera desproporcionada los efectos desastrosos de las ANHATB.

Bibliografía

Libros

ACNUR, *Manual para situaciones de Emergencia*, Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2012/1643.pdf>

DOF, *Manual de Organización y Operación del Sistema Nacional de Protección Civil*, 2018.

Fernandes, Edésio, *Regularización de asentamientos informales en América Latina*, Lincoln Institute of Land Policy, Massachusetts, 2011.

Garzón Valdés, Ernesto, *Calamidades*, Gedisa, Barcelona, 2004.

Grupo de Trabajo del Grupo Sectorial Global de Protección, *Manual para la protección de los desplazados internos*, 2010, Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11306.pdf>

Guerrero Cantera, Luis Antonio, “La emergencia de un sujeto colectivo: el caso de Damnificados Unidos de la Ciudad de México”, *Contra el desamparo del Estado: violaciones a los derechos de las personas damnificadas por el sismo 19S*, IJJ-UNAM, México, 2019.

Saffon, María Paula, Mora, Mariana *Et. al.*, *Contra el desamparo del Estado: violaciones a los derechos de las personas damnificadas por el sismo 19S*, IJJ-UNAM, México, 2018.

Serrano, Sandra, Vázquez, Daniel, *Los derechos en acción. Obligaciones y principios de derechos humanos*, FLACSO-México, México, 2021.

—————, *Principios y obligaciones de derechos humanos: los derechos en acción*, CDHDF, México, 2013.

Serrano, Sandra, *Obligaciones del Estado frente a los derechos humanos y sus principios rectores: una relación para la interpretación y aplicación de los derechos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Suprema Corte de Justicia de la Nación-Fundación Konrad Adenauer, México, 2013, Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3567/9.pdf>

Uprimny, Rodrigo, Saffon, María Paula, “Desplazamiento forzado y justicia transicional en Colombia. Estudio sectorial”, *CODHES, Desplazamiento forzado y políticas públicas*, CODHES, Bogotá, 2006.

Revistas

Gil Ureta, Magdalena, “God or Nature? Catastrophes and Modernity from Lisbon to Valparaíso”, *International Journal of Mass Emergencies and Disasters*, Vol. 35, Núm. 3, Noviembre 2017.

Holmes Stephen, “In Case of Emergency: Misunderstanding Tradeoffs in the War on Terror”, *California Law Review*, 97(2), 2009.

Llanes Burón, Carlos, “Los desastres nunca serán naturales”, *Revista INVI*, Vol. 18, Núm. 47, Mayo, 2003.

Lustig, Nora, Tommasi, Mariano, *Covid-19 y la protección social de las personas pobres y los grupos vulnerables en América Latina: un marco conceptual*, UNDP, Nueva York, 2020.

Marchezini, Victor, “La producción silenciada de los `desastres naturales´ en catástrofes sociales”, *Revista Mexicana de Sociología*, Vol. 76, Núm. 2, abril-junio, 2014.

Thiebault, Carlos, “Calamidades, intencionalidades y daños”, *Doxa*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, [S.l.], n. 30, ISSN 2386-4702, nov. 2007, Disponible en: <https://doxa.ua.es/article/view/2007-n30-calamidades-intencionalidades-y-danos>

Jurisprudencia y normas

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (Convención de Ginebra de 1951).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*, Fondo Reparaciones y Costas, Sentencia de 22 de noviembre de 2007, Serie C Núm. 171.

—————, *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 25 de mayo de 2010, Serie C Núm. 2123.

—————, *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Fondo Reparaciones y Costas, Sentencia 17 de junio de 2005, Serie C Núm. 125.

- _____, *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de agosto de 2014, Serie C Núm. 283.
- _____, *Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 28 de agosto de 2013, Serie C Núm. 268.
- _____, *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 1 de septiembre de 2015, Serie C Núm. 298.
- _____, *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C Núm. 205.
- _____, *Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de agosto de 2014, Serie C Núm. 281.
- _____, *Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 4 de septiembre de 2015.
- _____, *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 21 de mayo de 2013, Serie C Núm. 261.
- _____, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987, Serie C Núm. 1.
- _____, *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, Sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C Núm. 149.

_____, *Caso Yarce y otras vs. Colombia*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 22 de noviembre de 2016, Serie C Núm. 325.

Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tesis: 1a. CLXXIX/2015 (10a.), Décima Época, Libro 18, Mayo de 2015, Tomo I, Página 426, registro digital: 2009186.

_____, Tesis: 2a. XCII/2016 (10a.), Décima Época, Libro 34, Tomo I, septiembre de 2016, página 842, registro digital: 2012529.

_____, Tesis: 2a./J. 35/2019 (10a.), Décima Época, Libro 63, Tomo I, febrero de 2019, página 980, registro digital: 2019325.

_____, Tesis: P/J. 21/2014 (10a.), Libro 5, Tomo I, abril de 2014, página 204, registro digital: 2006225.

_____, Tesis: XXVII.3o. J/25 (10a.), Libro 15, Tomo III, febrero de 2015, página 2256, registro digital: 2008516.

Ley General de Protección Civil.

Ley General de Víctimas.

Ley para la Reconstrucción, Recuperación y Transformación de la Ciudad de México en una cada vez más Resiliente.

ONU, Principios Rectores de los desplazamientos internos, Comisión de Derechos Humanos, 54º período de sesiones, 11 de febrero de 1998.

_____, Principios sobre la Restitución de las Viviendas y el Patrimonio de los Refugiados y las Personas Desplazadas (Principios Pinheiro), Sub-Comisión de Protección y Promoción de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, E/CN.4/Sub.2/2005/17.

Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sentencia recaída en el Amparo en Revisión 327/2017, Ponente Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, resuelto por unanimidad el 27 de noviembre de 2019.

Protocolo a la Convención Sobre Deberes y Derechos de los Estados en Caso de Luchas Civiles, *Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)*, 12 de Agosto de 1949.

_____, *Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)*, 8 de Junio de 1977.

Otros

Atlas Nacional de Riesgo.

Blofield, Merike, Lustig, Nora y Trasberg, Mart, *Social Protection During the Pandemic: Argentina, Brazil, Colombia, and Mexico*, CEQ Working Paper 104, Commitment to Equity Institute, Tulane University, Enero 2021.

CDHDF, Informe Especial. El estado que guarda la garantía de los derechos humanos de las personas damnificadas por el sismo de septiembre de 2017 en la Ciudad de México. Radiografía a un año del desastre, Ciudad de México, 2018.

CDHCDMX, Protocolo para la atención humanitaria de emergencia a personas migrantes y/o sujetas de protección internacional en la Ciudad de México Albergues o campamentos temporales, 2019, Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/SRMigrants/submissions/Mexico_HRC-DF_Annex7_Submission_GA-Report.pdf

CDHDF, Deberes específicos de prevención, investigación y sanción, México, 2013.

CNDH, Directrices de actuación de la CNDH ante situaciones de desastre por sismos de gran magnitud, México, 2017.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General Núm. 2, Medidas internacionales de asistencia técnica (artículo 22 del Pacto), E/CN.4/1334, 1990.

_____, Observación General Núm. 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), Quinto periodo de sesiones, E/1991/23, 1990.

_____, Observación General Núm. 4, El derecho a una vivienda adecuada, E/1992/23, 1991.

_____, Observación General Núm. 5, Las personas con discapacidad, E/1995/22, 1995.

_____, Observación General Núm. 6, Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores, E/C.12/GC/24, 1995.

_____, Observación General Núm. 12, El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/1999/5, 1999.

_____, Observación General Núm. 13, El derecho a la educación (artículo 13), E/C.12/GC/24, 1999.

_____, Observación General Núm. 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12), E/C.12/2000/4, 2000.

_____, Observación General Núm. 15 (2002) El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2002/11.

_____, Observación General Núm. 20, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 42º período de sesiones, 2009.

Comité Permanente entre Organismos, *Directrices operacionales del IASC sobre la protección de las personas en situaciones de desastres naturales*, Washington, D. C, 2011.

Oficina de las Naciones Unidas para la Reducción del Riesgo de Desastres, Marco de Hyogo para 2005-2015: Aumento de la resiliencia de las naciones y las comunidades ante los desastres, Ginebra, 2007.

_____, Marco de Sendai para 2015-2030, Washington, 2015.

_____, Terminology on Disaster Risk Reduction, 2009.

ONU. Proyecto de la CDI sobre Protección de las Personas en Caso de desastre, Aprobados por el Comité de Redacción en segunda lectura Doc. (A/CN.4/L.871), 3 de junio de 2016.

La formación editorial de esta obra fue elaborada por la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis. Se utilizaron tipos ITC Berkeley de 10 y 11 puntos, Futura 12, 13 y 19 puntos. Diciembre de 2021.

