



Fascículo 1

LOS DERECHOS ECONÓMICOS,
SOCIALES, CULTURALES
Y AMBIENTALES (DESCA)
COMO DERECHOS
EXIGIBLES EN EL NUEVO
CONSTITUCIONALISMO
LATINOAMERICANO

ANIZA GARCÍA

COLECCIÓN SOBRE LOS DERECHOS
ECONÓMICOS, SOCIALES,
CULTURALES Y AMBIENTALES (DESCA)

FASCÍCULO 1

Los derechos económicos,
sociales, culturales y
ambientales (DESCA) como
derechos exigibles en el
nuevo constitucionalismo
latinoamericano

Aniza García



CNDH
M É X I C O

Primera edición: agosto, 2016 (CD)

ISBN: 978-607-729-276-0

Colección sobre los Derechos Económicos, Sociales,
Culturales y Ambientales (DESCA) (CD)

Primera edición: agosto, 2015

ISBN obra completa: 978-607-729-111-4

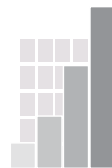
ISBN: 978-607-729-112-1

D. R. © **Comisión Nacional de
los Derechos Humanos**

Periférico Sur 3469, col. San Jerónimo Lídice,
Delegación Magdalena Contreras,
C. P. 10200, Ciudad de México

Diseño de portada:
Flavio López Alcocer

Impreso en México

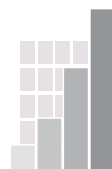


Contenido

PRESENTACIÓN	7
CAPÍTULO I. UNA APROXIMACIÓN A LOS DESCAs	13
1. La concepción liberal de los derechos como punto de partida	13
2. Hacia la consolidación de los DESCAs como derechos exigibles	15
2.1. <i>El reconocimiento de la indivisibilidad e interdependencia entre los derechos, y su interpretación extensiva</i>	15
2.2. <i>La determinación precisa de las obligaciones que se derivan de los DESCAs</i>	17
2.3. <i>El sistema de garantías de los DESCAs: el acceso a la justicia como garantía</i>	25
2.3.1. El derecho a disponer de recursos	26
2.3.2. La adecuación de los recursos disponibles	29
CAPÍTULO II. LOS DESCAs EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO	35
1. La constitucionalización de los derechos	35
1.1. <i>Los valores y principios constitucionales</i>	38
1.2. <i>El catálogo de derechos constitucionales</i>	38
1.3. <i>Las normas constitucionales de aplicación de los derechos</i>	42
2. La configuración legislativa de los derechos	47
2.1. <i>El derecho a la salud</i>	49



2.2. <i>El derecho al agua y al saneamiento</i>	52
3. La garantía de los derechos	56
CONCLUSIONES	61
FUENTES CONSULTADAS	63



Presentación

La Constitución mexicana de 1917 es el primer ordenamiento supremo en el mundo que reconoció en su texto derechos sociales, como fueron al trabajo y a la educación, así como sobre la propiedad rural, ejidal y comunal. Estos derechos fueron constitucionalizados incluso antes de que se expidiera la famosa Constitución de Weimar en 1919, en Alemania, considerada por muchos precursora en esta materia.

Son múltiples las voces que afirman que los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) constituyen meras declaraciones de buenas intenciones y sólo son un compromiso político. Desde tal postura, los derechos civiles y políticos son los únicos que generan prerrogativas para los particulares y obligaciones para el Estado, por lo que son exigibles judicialmente, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales no pueden ser invocados frente a los tribunales para exigir su garantía y cumplimiento, a pesar de que los mismos se encuentren reconocidos en la Constitución mexicana y en distintos tratados internacionales.

Uno de los argumentos esgrimidos por quienes objetan la eficacia de esos derechos radica en que mientras los derechos civiles y políticos se basan en obligaciones de tipo negativo



del poder público —no interferir, no dañar, no limitar—, los derechos económicos, sociales y culturales, por su parte, se basan en obligaciones de tipo positivo que, por su naturaleza, necesariamente demandan recursos económicos para poder ejercerse. Lo cierto es que, como sostienen diversos autores, muchas veces los derechos civiles y políticos también implican la erogación de recursos, pues su ejercicio depende del mantenimiento de instituciones políticas, judiciales y de seguridad y defensa, entre otras, sin las cuales sería difícil su ejercicio y salvaguarda.¹

Los derechos sociales deben ser una norma viva y dejar de ser simples declaraciones de buenas intenciones o disposiciones de carácter político sin exigencia jurídica. Los obstáculos materiales o presupuestales no pueden considerarse como argumentos para evitar su cumplimiento.

Por otra parte, varios autores aseguran que no existen diferencias sustanciales entre ambos grupos de derechos, sino que, por el contrario, dada la indivisibilidad y complementariedad de los derechos humanos, la falta de aplicación de algunos de ellos repercute en el goce y ejercicio de todos los demás, por ejemplo, las personas sin hogar que por no poder acreditar su residencia (derecho social a la vivienda) no pueden ejercer el derecho al voto (derecho político al sufragio). En algunos casos, es a partir del aseguramiento de los derechos sociales que los de carácter individual y civil se hacen efectivos; es así porque todos los derechos humanos constituyen una unidad.

¹ Cfr., entre otros, Pedro Nikken, “La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, núm. 51, julio-diciembre, 2010, p. 117; Stephen Holmes y Cass Sunstein, *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2012, *passim*.



Así, la división generacional de los derechos humanos ha sido superada y es obsoleta frente al principio de progresividad e interdependencia de los derechos humanos.

Sobre las dificultades que han enfrentado los DESCA para poder ser exigidos por los ciudadanos frente al Estado, es necesario precisar que la reforma constitucional en materia de derechos humanos² permite retomar este análisis y propugnar por el reconocimiento y validez de los derechos sociales, tarea en la que la CNDH incidirá de manera importante.

No obstante que la primera declaración constitucional de derechos sociales se plasmó en la Constitución mexicana de 1917, existen grandes rezagos en diferentes aspectos, pero sobre todo el incumplimiento de los derechos humanos de carácter económico, social y cultural que derivan de programas adecuados y políticas públicas dirigidos al combate a la pobreza, marginación y vulnerabilidad, lo que genera un bajo nivel en educación, salud, trabajo y vivienda de amplios sectores de la población.

Desde luego, no se puede dejar de reconocer que, al menos de manera reciente, han existido avances muy importantes en el reconocimiento y la defensa de los DESCA a través de reformas constitucionales como: la adición, del 30 de abril de 2009, por la que se establece el derecho de toda persona “a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como al ejercicio de sus derechos culturales”; la adición al artículo 4o., del 8 de febrero de 2012, que incorporó el “derecho a un medio ambiente sano para el desarrollo y bienestar de la persona” —reconocido previamente en 1999 bajo el concepto de “medio ambiente adecuado”—, y el

² Me refiero a la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011, que modificó 11 artículos, entre otros, el precepto primero.



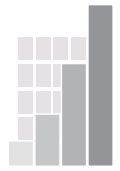
“derecho al acceso, disposición y saneamiento del agua para consumo personal y doméstico”. Asimismo, el 13 de octubre de 2011 se constitucionalizó el derecho a la alimentación.

El respeto, la promoción, la protección y la garantía de los DESCAs son aspectos básicos para que exista el bienestar social que procure que todos los individuos, sin discriminación, cubran los satisfactores mínimos que les permitan llevar una vida digna. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido que el contenido del derecho al mínimo vital que está protegido constitucionalmente son las condiciones básicas y prestaciones sociales necesarias para que la persona pueda llevar una vida libre del temor y de las cargas de la miseria, de tal manera 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.³

En tal sentido, el máximo tribunal reconoce que un presupuesto del Estado social y democrático de Derecho es el que requiere que los individuos tengan como punto de partida condiciones tales que les permitan desarrollar un plan de vida autónomo, a fin de facilitar que los gobernados participen activamente en la vida democrática.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que una de las obligaciones que indudablemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la

³ Derecho al mínimo vital en el orden constitucional mexicano. Novena época, Primera Sala. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXV, mayo de 2007. Tesis 1a., XCVII/2007, página 793.



dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que las dificulten o impidan. En este sentido, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de pobreza, marginación o vulnerabilidad, cuya atención se vuelve prioritaria.⁴

Indudablemente, es necesario discutir a profundidad el significado y los alcances de los derechos económicos, sociales y culturales, con objeto de establecer las condiciones legales e institucionales que permitan el goce y ejercicio de los mismos, y destinar los recursos necesarios para hacerlos posibles.

Precisamente, la presente *Colección sobre los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA)* surge con el propósito de generar un espacio de reflexión sobre los nuevos retos impuestos por las modificaciones al marco constitucional, que reconoce como fuente normativa de derechos a los tratados internacionales ratificados por México, como son el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,⁵ y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como Protocolo de San Salvador,⁶ por mencionar sólo los relativos a estas materias y que integran el “parámetro de control de regularidad constitucional”.⁷

La presente serie se integra por los siguientes títulos: 1) *Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA)*

⁴ Corte IDH. Caso de la comunidad de Yakye y Axa vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005.

⁵ Promulgación para México publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de mayo de 1981.

⁶ Promulgación para México publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 1 de septiembre de 1998.

⁷ Cfr. Jurisprudencia, 10a. Época, Pleno, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 5, abril de 2014, Tomo I, p. 202, Tesis P./J.20/2014.

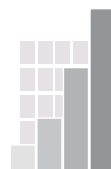


como derechos exigibles en el nuevo constitucionalismo latinoamericano; 2) El bloque de derechos multiculturales en México; 3) La realización progresiva del derecho de las personas con discapacidad a vivir de forma independiente y a ser incluidos en la sociedad; 4) Los derechos económicos y sociales en Latinoamérica: ¿la ideología importa?; 5) Comentarios sobre la tensión entre el derecho a la salud y el derecho a la libertad; 6) Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el nuevo modelo constitucional de derechos humanos en México.

Esta Colección, desde la perspectiva de cada uno de los autores —a quienes agradecemos que compartan su experiencia y visión de los temas— pretende contribuir a impulsar la difusión de los derechos humanos con la mayor amplitud posible, así como a fortalecer su exigibilidad. Para ello ponemos a su disposición, en el sitio *web* de la CNDH, la versión electrónica de estos títulos.

Con lo anterior reconocemos la importancia que tiene la difusión entre población de los contenidos y alcances de los derechos humanos, para lograr su plena observancia, y con ello coadyuvar en la construcción de un Estado democrático mexicano, incluyente, justo e igualitario.

*Lic. Luis Raúl González Pérez
Presidente de la Comisión Nacional
de los Derechos Humanos*



Una aproximación a los DESC

1. La concepción liberal de los derechos como punto de partida

La imposibilidad de que en el contexto bipolar de la segunda posguerra mundial se alcanzara el consenso para aprobar un instrumento jurídicamente vinculante, el cual incluyera los derechos (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales) que consagraba la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante, DUDH), obligó a Naciones Unidas (en adelante, NNUU) a aprobar dos convenios distintos: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC).¹

Desde entonces, la evolución de los derechos estuvo marcada por una concepción **rígida** que entendía que podían clasificarse en compartimentos estancos, pero sobre todo **liberal**, porque consideraba que sólo los derechos civiles y políticos (*derechos de libertad*) constituían auténticos derechos, de

¹ Ambos Pactos se aprobaron el 16 de diciembre de 1966; el PIDCP entró en vigor el 23 de marzo de 1976, y el PIDESC, el 3 de enero de ese mismo año.

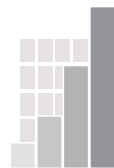


efecto inmediato, en la medida en que imponían al Estado una obligación de *mero comportamiento*: *no hacer* o abstenerse de interferir en la esfera de libertad de los individuos.

Los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante, DESC), en cambio, al estar esencialmente vinculados a la igualdad material, implican la satisfacción de necesidades básicas y la garantía de un estándar de vida adecuado, lo que supondría para el Estado obligaciones *de resultado* destinadas a proveer el bienestar. Debido a esta aproximación liberal a los derechos, los DESC quedarían reducidos a normas programáticas de realización gradual y, en consecuencia, privados de mecanismos reforzados de garantía.

Así, el PIDCP a) establece un catálogo amplio y sistemático de derechos; b) su artículo 2.1 impone a los Estados Partes la *obligación inmediata de respetar y garantizar* los derechos allí reconocidos a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción; c) crea un órgano [el Comité de Derechos Humanos (en adelante, CDH)] expresamente destinado a supervisar su correcta aplicación mediante un sistema de informes periódicos sobre la situación de esos derechos en cada Estado Parte; d) prevé un sistema de denuncias interestatales; e) incluye, por medio de un Protocolo adoptado junto con el Pacto, un sistema de denuncias individuales ante el CDH por posibles vulneraciones a los derechos en él reconocidos.

En contraposición, el PIDESC a) no cuenta con un catálogo amplio de derechos, sino que muchos de ellos se entienden derivados del **derecho a un nivel de vida adecuado** consagrado en su artículo 11.1; b) dispone sólo que los Estados deben adoptar, a título individual o solicitando la asistencia internacional, las medidas necesarias para –utilizando el máximo de recursos disponibles– **alcanzar progresivamente la plena**



realización de estos derechos; c) no crea ningún órgano expresamente destinado a supervisar su aplicación, sino que establece un sistema de informes periódicos a cargo del Consejo Económico y Social de NNUU (en adelante, ECOSOC);² d) no prevé posibles denuncias interestatales, y e) hasta diciembre de 2008 careció de un sistema de denuncias por presuntas violaciones a estos derechos.

2. Hacia la consolidación de los DESCAs como derechos exigibles

Algunas de las estrategias que se han ido desarrollando en el ámbito de NNUU para asegurar la plena eficacia de los derechos, han resultado especialmente beneficiosas para los DESC, dado su desventajoso punto de partida.

2.1. El reconocimiento de la indivisibilidad e interdependencia entre los derechos, y su interpretación extensiva

La evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante, DIDH) ha conducido a una **comprensión unitaria** del conjunto de los derechos y al reconocimiento de su **universalidad, indivisibilidad e interdependencia**.³

² Como el ECOSOC es un órgano principal de NNUU y tiene a su cargo diversas atribuciones, mediante su Resolución 1985/17 de 28 de mayo de 1985 creó el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a semejanza del Comité de Derechos Humanos, para que supervisara la adecuada aplicación del PIDESC, básicamente mediante el sistema de informes.

³ En realidad desde la aprobación de la DUDH los órganos de las NNUU han apostado por el carácter universal, indivisible e interdependiente de todos los derechos. Véanse Asamblea General, Resolución 421 (V) de 4 de diciembre de 1950; Asamblea General, Resolución 543 (VI) de 5 de febrero de 1952; Asamblea General, Resolución 32/130 de 16 de diciembre de 1977; Declaración de Viena, resultado de la Conferencia Mundial de las NNUU sobre Derechos Humanos de 1993:

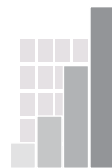


Frente a la clasificación rígida de los derechos, el nuevo paradigma se funda en el principio de que todos los derechos a) tienen una estructura compleja y, por ello, presentan tanto **dimensiones negativas** de libertad como **dimensiones positivas** de prestación; b) generan, por tanto, **obligaciones de hacer y de no hacer** o de abstenerse; c) resultan (**más o menos**) **gravosos** desde el punto de vista económico; d) imponen deberes tanto a los **poderes públicos** como a los **sujetos privados** que están en condiciones de afectarlos, y e) contienen elementos **más o menos justiciables**.

Esta nueva concepción es ya una realidad en los instrumentos de derechos humanos de más reciente aprobación, en particular en lo que se refiere a aquellos destinados a la protección de grupos en situación de vulnerabilidad, como niños y niñas; minorías nacionales, étnicas, religiosas y lingüísticas; pueblos indígenas; personas con discapacidad, así como trabajadores y trabajadoras migrantes. Igualmente, ha permeado la aplicación de los derechos por parte de los diferentes órganos de NNUU y, en mayor o menor medida, de los órganos regionales de protección.

Asimismo, la apuesta por la **interpretación extensiva** de los derechos no sólo ha favorecido su versión más garantista sino que ha puesto de manifiesto el **indisoluble vínculo entre todos ellos**, e incluso ha permitido la individualización de “nuevos” derechos a partir de otros reconocidos de manera expresa en la Carta Internacional de Derechos Humanos.

Todos los derechos humanos son **universales, indivisibles e interdependientes** y están **relacionados entre sí**. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera **justa y equitativa**, en **pie de igualdad** y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales (Parte I, párr. 5).



2.2. La determinación precisa de las obligaciones que se derivan de los DESCAs

Un derecho cuyo contenido no es claro, es un derecho fácilmente vulnerable y difícilmente exigible. Por tanto, la especificación de su contenido y de las obligaciones concretas que impone a los Estados (y/o a otros sujetos) constituye un requisito esencial para su eficacia.

En el caso de los DESCAs, la **determinación precisa de las obligaciones** permite además desmontar uno de los argumentos más habituales para intentar justificar su falta de aplicación: la carencia o insuficiencia de recursos económicos para satisfacerlos. Porque si respecto de todos los derechos los Estados tienen obligaciones tanto de hacer (*potencialmente costosas*) como de no hacer (*potencialmente gratuitas*), resulta que incluso en una situación de *presupuesto cero* están en condiciones de asumir sin dilación parte importante de sus obligaciones en materia de DESCAs.

Pues bien, en el ámbito de NNUU se ha desarrollado un catálogo de deberes que determina el espectro de compromisos asumidos por los Estados Partes del PIDESC.⁴ En éste se identifican distintos **niveles de obligación**:

A. Respetar. Supone simplemente que el Estado se abstenga de impedir u obstaculizar el ejercicio de los derechos; en consecuencia, tanto el sistema jurídico como los agentes estatales deberán evitar intervenciones arbitrarias.

⁴ Buena parte de los principios orientados a la implementación efectiva de los DESC fueron elaborados en 1986 por un grupo de expertos convocado por la Comisión Internacional de Juristas (*Principios de Limburgo*); en concreto, este catálogo de obligaciones quedó establecido en las *Directrices de Maastricht sobre violaciones de los DESC*, desarrolladas también por un grupo de expertos convocado por la Comisión Internacional de Juristas (CIJ) y por otras organizaciones en enero de 1997.



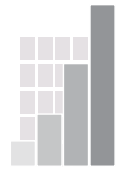
B. Proteger. Exige adoptar las medidas (de regulación, inspección y sanción) necesarias para evitar que terceros impidan u obstaculicen el ejercicio de los derechos; esta obligación adquiere relevancia si se atiende al creciente control de los poderes privados sobre los bienes y servicios destinados a satisfacer las necesidades básicas (salud, educación, suministro de agua potable y saneamiento básico, producción y distribución de alimentos).

C. Cumplir. Demanda de los Estados la adopción de las medidas necesarias para *facilitar, promover* y, dado el caso, *hacer efectivos* los derechos; con tal fin, los Estados deberán identificar las situaciones de carencia, intentar aliviarlas y crear las condiciones para que las personas accedan a los bienes que constituyen el objeto de los derechos.

D. Informar. Supone, en esencia, asegurar la publicidad y la transparencia de las actuaciones estatales, y constituye un instrumento imprescindible para el control ciudadano de las políticas públicas destinadas a la implementación de los derechos.

Si bien en principio la obligación de informar no se contempla en forma expresa en el catálogo desarrollado por los órganos de NNUU, es evidente que se desprende de los criterios y estándares fundamentales para la optimización de los derechos, debido a que favorece la construcción de un modelo más democrático y participativo que facilite la intervención ciudadana en el diseño, implementación y monitoreo de las políticas públicas destinadas a hacerlos efectivos, y constituye una dimensión justiciable de todos los derechos.

Por otro lado, los Estados se comprometen a una serie de obligaciones que exigen su **inmediato cumplimiento**:



A. No discriminar (art. 2.2 PIDESC). Queda prohibido establecer diferencias injustificadas (por razones de raza, sexo, religión, opinión política, condición social, etc.) en el reconocimiento y aplicación de los DESC que beneficien arbitrariamente a determinados individuos o grupos; en contraposición, los Estados deben poner en marcha acciones positivas para proteger a los grupos más vulnerables.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, CDESC) ha desarrollado la noción de *discriminación* y diversos **criterios** para facilitar a los Estados el cumplimiento pleno de su obligación (inmediata) de **no discriminar**. En cuanto a los DESC, la **discriminación** se definió como “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia u otro trato diferente que directa o indirectamente se base en los motivos prohibidos de discriminación y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos reconocidos en el Pacto”. De igual manera, la prohibición comprende la incitación a la discriminación y el acoso.⁵

Según el CDESC, las instituciones tanto públicas como privadas deben elaborar planes de acción para combatir la discriminación y dedicar recursos adicionales a aquellos grupos que tradicionalmente han estado desatendidos. Los Estados deberán establecer métodos de evaluación (indicadores y elementos de comparación *ad hoc*, desglosados en función de los motivos prohibidos de discriminación) de sus políticas, estrategias y programas dirigidos a combatir cualquier forma de discriminación, además de habilitar los mecanismos e instituciones que se requieren para investigar o juzgar presuntas

⁵ OG 20, párr. 7, y OG 16, párr. 11.

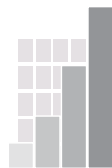


violaciones a la prohibición de discriminación que se deriven de actos u omisiones de actores públicos o privados.⁶

B. Adoptar medidas para lograr *progresivamente* la plena efectividad de los derechos (artículo 2.1 PIDESC). Significa que, si bien teniendo en cuenta las dificultades que pudieran enfrentar los Estados, se admite que la plena satisfacción de los DESC se alcanzará de manera paulatina si no se quiere privar de contenido las obligaciones derivadas del Pacto, los Estados tendrán que utilizar hasta el **máximo de los recursos disponibles** para avanzar tan expeditamente como sea posible hacia la realización de estos derechos; en consecuencia, deberán dar **pasos concretos, deliberados y consistentes** claramente orientados a su satisfacción.

El propio CDESC ha establecido algunos **criterios para evaluar** en qué medida un Estado cumple con la obligación de adoptar medidas utilizando hasta el máximo de los recursos de que disponga. Es indudable que **los tribunales podrían emplear estos criterios para valorar la actuación de los órganos estatales en relación con las obligaciones que los DESC les imponen**, es decir, *a)* hasta qué punto las medidas adoptadas fueron **deliberadas, concretas y orientadas** al disfrute de los DESC; *b)* si el Estado ejerció sus facultades discrecionales de manera **no discriminatoria y no arbitraria**; *c)* si la decisión del Estado de no asignar recursos disponibles se ajustó al **DIDH**; *d)* en caso de que hubiera varias opciones en materia de normas, si el Estado se inclinó por la **opción que menos limitaba** los DESC; *e)* el **orden cronológico** en que se adoptaron las medidas; *f)* si las medidas se adoptaron teniendo en cuenta la

⁶ OG 20, párrs. 38-41.



precaria situación de las personas y los grupos desfavorecidos, y g) si se dio **prioridad** a las **situaciones graves o de riesgo**.⁷

Por otra parte, aunque el propio PIDESC en su artículo 2.1 alude en particular a la adopción de **medidas legislativas** como un instrumento adecuado para alcanzar la plena efectividad de estos derechos, el CDESC entiende que su adopción no agota, por sí misma, las obligaciones de los Estados Partes y que resultan igualmente apropiadas otras medidas como las de carácter administrativo, financiero, educativo o social.⁸ Asimismo, en opinión del CDESC:

*La disponibilidad de recursos, aunque condiciona la obligación de adoptar medidas, no modifica el carácter inmediato de la obligación, de la misma forma que el hecho de que los recursos sean limitados no constituye en sí mismo una justificación para no adoptar medidas. Aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, sigue en pie la obligación del Estado Parte de velar por el disfrute más amplio posible de los derechos económicos, sociales y culturales, habida cuenta de las circunstancias reinantes. Como ya ha puesto de relieve el Comité, los Estados Partes 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.*⁹

En todo caso, el desarrollo de estándares de **protección** e **indicadores** debe incluirse en esta obligación, ya que constituye una herramienta indispensable para supervisar el avance progresivo hacia la plena eficacia de los DESC. Estos criterios de evaluación del progreso deberán valorar tanto el **orden de prioridades** en la asignación del gasto público como los **resultados** que en efecto se consigan. Lo ideal sería que, mediante un proceso participativo en el que el gobierno involucre tanto

⁷ E/C.12/2007/1, párr. 8.

⁸ OG 3, párrs. 4 y 7.

⁹ E/C.12/2007/1, párr. 4.



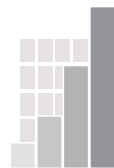
a la sociedad civil como a las personas cuyos derechos están en riesgo, se establezcan, por una parte, metas claras, así como parámetros concretos y verificables, y por la otra, un plazo preciso al término del cual se evalúen los resultados de manera independiente y se garantice la rendición de cuentas sobre el desempeño.¹⁰

C. Satisfacer las obligaciones mínimas (*minimum core content*). Respecto de cada derecho, los Estados deberán satisfacer por lo menos su contenido esencial; con el objeto de ayudar al cumplimiento de esta obligación, el CDESC ha determinado el contenido mínimo de algunos derechos.

Una guía indispensable para establecer apropiadamente el contenido mínimo de cada derecho es la labor de **interpretación del Pacto** desarrollada por el CDESC a través de sus Comentarios u **Observaciones Generales** (en adelante, OG). Con esos instrumentos el Comité busca esclarecer el sentido y alcance de los preceptos del PIDESC para **facilitar a los Estados Partes su adecuada aplicación**; en algunas OG se fijan los principios y reglas generales atinentes a las obligaciones que se derivan del Pacto, y en otras, el Comité se ocupa de derechos específicos (vivienda, alimentación, educación, salud, agua y saneamiento, trabajo, seguridad social y derechos culturales).

Asimismo, en el marco de los *procedimientos especiales* del Consejo de Derechos Humanos de NNUU existe un instrumento adicional que sin duda puede favorecer la óptima determinación de los derechos y de su contenido mínimo. Se trata del mandato de los **relatores especiales**, orientado a determinar la situación real de los derechos, profundizar en su

¹⁰ PNUD, *Derechos humanos y desarrollo humano*, Informe sobre Desarrollo Humano, 2000, pp. 98-100, y E/C.C.12/2007/1, párr. 11.



alcance, facilitar su aplicación práctica y atraer la atención sobre problemáticas concretas que obstaculizan su implementación. En materia de **DESCA**, hay **mandatos temáticos** sobre los derechos a la vivienda, a la alimentación, a la salud, a la educación, al agua y al saneamiento, los derechos culturales, la extrema pobreza y el medio ambiente.

Por otro lado, el CDESC ha dispuesto que, incluso en periodos de recesión, crisis o ajustes económicos, los Estados se comprometen a proteger a la población más vulnerable; el Estado deberá demostrar que ha realizado todos los esfuerzos posibles y ha utilizado de manera prioritaria todos los recursos de que dispone –incluida la ayuda internacional– para satisfacer ese mínimo esencial, y no podrá escudarse pura y llanamente en la escasez de recursos para incumplir su obligación.¹¹

En opinión del CDESC, las **obligaciones mínimas esenciales** en materia de DESC constituyen un **elemento fundamental** de las **políticas nacionales e internacionales de desarrollo**, así como de las estrategias de combate a la pobreza, porque al agruparlas determinan el **umbral mínimo** internacional que dichas políticas deben respetar. Del mismo modo, ha establecido que las obligaciones esenciales son **inderogables** y, por tanto, no se extinguen en situaciones de conflicto, emergencia o desastre natural; además, que una vez que un Estado ha satisfecho dichas obligaciones, **mantiene el deber de avanzar** lo más rápida y eficazmente posible hacia la plena realización de todos los derechos consagrados en el Pacto.¹²

D. No adoptar medidas regresivas. Los Estados están obligados a mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los DESC; por

¹¹ OG 3, párrs. 10-14, y E/C.12/2007/1, párr. 6.

¹² E/C.12/2001/10 de 10 de mayo de 2001, párrs. 17 y 18.

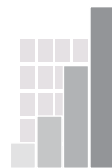


consiguiente, deben abstenerse de adoptar medidas –sean normas, políticas o programas– que empeoren la situación de estos derechos; en otras palabras, al comprometerse a mejorar la situación de los DESC, los Estados asumen al mismo tiempo la prohibición de adoptar cualquier medida que suponga reducir los niveles de protección alcanzados.

La **prohibición de regresividad** constituye uno de los criterios que todos los órganos involucrados en la optimización de los derechos –aun los **tribunales**– deben aplicar. La interpretación de este principio desarrollada por el CDESC brinda elementos para ello: cualquier medida de **carácter regresivo** que afecte el **contenido mínimo** de los derechos consagrados en el PIDESC será **inválida** en toda circunstancia, mientras que si no lo afecta, será en principio **ilegítima**, salvo que el Estado justifique suficientemente: a) que la medida restrictiva fue instrumentada a través de una **ley** formal; b) que el propósito tras la medida regresiva es que constituye un avance respecto del grado de vigencia del resto de los derechos previstos en el Pacto, o bien el **bienestar general** en una sociedad democrática; c) que la medida es la **menos lesiva** para el derecho afectado considerando las alternativas disponibles, es decir, que resulta indispensable para conseguir lo que se persigue, y d) que la medida ha sido adoptada en el contexto de la **plena utilización** del máximo de recursos disponibles.¹³

Adicionalmente, el CDESC ha estipulado ciertos criterios para evaluar los casos en los que un Estado pretenda justificar una medida regresiva alegando en concreto la *limitación de recursos*: a) el nivel de **desarrollo** del país; b) la **gravedad**

¹³ Cf. Julieta Rossi, “La obligación de no regresividad en la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en Christian Courtis, comp., *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires, CEDAL-CELS, 2006, pp. 79-115.



de la presunta infracción, considerando, sobre todo, si la situación reinante afecta el disfrute de los derechos básicos enunciados en el Pacto; c) la **situación económica** prevaleciente en el país, teniendo particularmente en cuenta si el país atraviesa un periodo de recesión económica; d) la existencia de **otras necesidades** importantes que el Estado deba satisfacer con los recursos limitados de que dispone; e) si el Estado trató de encontrar **opciones** de bajo costo, y f) si el Estado recabó la **asistencia** de la comunidad internacional.¹⁴

2.3. El sistema de garantías de los DESCAs: el acceso a la justicia como garantía

Conseguir la plena eficacia de los derechos implica la existencia de un **marco jurídico** y un **diseño institucional** que posibilite su aplicación, la identificación precisa de los **actores** que pudieran incidir en su realización y la puesta en marcha de los **mecanismos de control** oportunos sobre sus actuaciones. Esto significa, en primer lugar, que debe haber una **asignación de competencias y responsabilidades nítida** para que no quepa duda de a qué órgano o administración le corresponde actuar en determinada materia, sin que se produzcan omisiones ni duplicidades innecesarias. La adecuada formulación de las políticas públicas destinadas a la implementación de los derechos supone además un **ejercicio transparente y participativo del poder**. Por ello, adquiere relevancia la **producción de información** (criterios de aplicación de los derechos, estándares de cumplimiento, indicadores, estadísticas) y la **disponibilidad efectiva** de la misma por parte de la ciudadanía.

¹⁴ E/C.12/2007/1, párr. 10.



Indisolublemente unida a esta cuestión está la **rendición de cuentas**; es decir, el deber a cargo de las instituciones de justificar sus actos, informar sobre ellos, someterlos a la fiscalización de los ciudadanos y, en último término, a un órgano independiente e imparcial que, en su caso, determine las responsabilidades y la oportuna reparación a las víctimas.

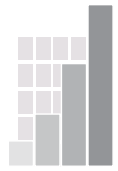
2.3.1. *El derecho a disponer de recursos*

La disponibilidad de recursos para la defensa y protección de los derechos es requisito esencial para garantizarlos. La imposibilidad de acceder a las instancias judiciales y/o no judiciales (nacionales, regionales o internacionales) cuando se trata de presuntas vulneraciones a los DESCAs, supone una considerable limitación para su eficacia.

El PIDESC no incluye un precepto equivalente al artículo 2.3 del PIDCP según el cual los Estados Partes garantizarán que toda persona cuyos derechos o libertades hayan sido violados pueda interponer un recurso, y en concreto desarrollarán las posibilidades de recursos judiciales.¹⁵ Esta situación se reproduce también en el Sistema Europeo de Derechos Humanos, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y en muchos sistemas nacionales.

Ciertamente, la exclusión –tácita o expresa– de los DESCAs respecto del sistema de mecanismos reforzados de garantía no constituye un buen punto de partida. En esa medida, supone

¹⁵ La obligación de los Estados de habilitar recursos efectivos como garantía última de los derechos tiene una relevancia tal para su plena eficacia que, por sí misma, la indisponibilidad de recursos o su ineficiencia pueden constituir vulneraciones de derechos. Éste ha sido el criterio sostenido tanto por el CDH (OG 31, párr. 15) como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (véase, por todos, *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de Excepciones Preliminares de 26 de junio de 1987, párrs. 91 y 94).



un gran avance la reciente aprobación del **Protocolo Facultativo al PIDESC en materia de denuncias**.¹⁶

La Asamblea General de NNUU adoptó este instrumento el 10 de diciembre de 2008, coincidiendo con la celebración del 60 aniversario de la DUDH. El Protocolo habilita a las personas y grupos de personas que se consideren víctimas de violación por un Estado Parte de cualquiera de los derechos enunciados en el PIDESC a presentar comunicaciones para que sean examinadas por el CDESC, el cual deberá dictaminar al respecto y, cuando proceda, emitir las recomendaciones pertinentes.¹⁷

El Protocolo está en vigor desde el 5 de mayo de 2013, y seguramente su puesta en marcha conseguirá permear los sistemas regionales y nacionales de protección, dando un impulso definitivo a la consolidación de los DESCA como derechos exigibles.

De hecho, el CDESC se ha referido ya a las potencialidades de sus **recomendaciones** a la luz del **Protocolo**: a) la adopción de **medidas rectificativas** (por ejemplo, el pago de

¹⁶ Desde 1996 el CDESC adoptó un proyecto de Protocolo con base en los lineamientos del Protocolo del PIDCP. En 2001 la entonces Comisión de Derechos Humanos nombró un experto independiente para examinar la cuestión del Protocolo, y en 2003 decidió constituir un Grupo de Trabajo que se ocupara de su posible redacción. En junio de 2006, durante su primer periodo de sesiones, el Consejo de Derechos Humanos decidió ampliar el mandato del Grupo de Trabajo. Mediante su Resolución 8/2 de 18 junio de 2008 el Consejo de Derechos Humanos aprobó el texto del Protocolo y ordenó su remisión a la Asamblea General para su adopción (Resolución A/C.3/63/L.47).

¹⁷ Antes de pronunciarse sobre el fondo del asunto, el CDESC podrá decretar **medidas provisionales** para evitar daños irreparables (art. 5). El Protocolo prevé, asimismo, la posibilidad de que se presenten **comunicaciones interestatales** [en las que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte incumple sus obligaciones derivadas del PIDESC (art. 10)] y un **procedimiento de investigación** en virtud del cual si el CDESC recibe información fidedigna sobre posibles violaciones graves o sistemáticas por un Estado Parte de cualquiera de los derechos del Pacto, solicitará la colaboración del Estado en el examen de la información y presentará sus observaciones al respecto (art. 11). Para un análisis detallado del Protocolo, véase Christian Courtis, *Comentario del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC)*. Ginebra, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH)/Comisión Internacional de Juristas (CIJ), 2008.



indemnizaciones a las víctimas); *b*) solicitar al Estado que ponga **remedio** a las circunstancias que dieron lugar a la infracción, e incluso sugerir objetivos y parámetros para determinar las medidas que conviene aplicar (indicación de prioridades, disposiciones en pro de personas y grupos desfavorecidos, protección frente a amenazas graves, observancia del principio de no discriminación); *c*) sugerir una gama de **medidas** para ayudar al Estado a **aplicar las recomendaciones**, haciendo hincapié en las medidas de **bajo costo**, y *d*) recomendar **un mecanismo de supervisión** que garantice la rendición de cuentas permanente a cargo del Estado.¹⁸

En todo caso, ya el artículo 8 de la DUDH –aplicable al conjunto de los derechos– establece el derecho de toda persona “a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”.

Por otro lado, de la interpretación que hace del Pacto el CDESC se desprende que entre las medidas que los Estados tienen la obligación de adoptar para avanzar hacia la realización de los DESC está precisamente la existencia de un sistema de recursos efectivos y, en concreto, la habilitación de **recursos judiciales**.¹⁹ Por consiguiente, si bien el PIDESC no señala cuáles son los medios para aplicar internamente sus preceptos, éstos “*deben ser apropiados* en el sentido de producir resultados coherentes con el pleno cumplimiento de las obligaciones por el Estado Parte”. Precisamente, el Comité entiende que uno de esos medios “adecuados” es la aplicación directa de las disposiciones del PIDESC y la posibilidad de invocar ante los tribunales nacionales los derechos en él reconocidos.

¹⁸ E/C.12/2007/1, párr. 13.

¹⁹ OG 3, párr. 5, y OG 9, párr. 2.



En último término, apelando a la **indivisibilidad** e **interdependencia** entre los derechos y al hecho de que todos ellos presentan por lo menos alguna **dimensión justiciable**, el Comité rechaza “una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, **fuera del ámbito de los tribunales**”, y considera que los recursos judiciales resultan imprescindibles respecto de aquellos derechos que no puedan ejercerse plenamente sin intervención judicial.

2.3.2. *La adecuación de los recursos disponibles*

Los recursos disponibles para garantizar los derechos deben ser, en todo caso, **adecuados** y **eficaces**.²⁰ El CDESC reconoce, no obstante, que los recursos disponibles **pueden no ser recursos judiciales sino administrativos**, siempre que éstos resulten adecuados y efectivos (accesibles, rápidos y no onerosos); recomienda, sin embargo, que se prevea la posibilidad de apelación judicial en los procedimientos administrativos.²¹

También el **CDH** admite como parte del derecho a un **recurso efectivo** los **recursos administrativos**, “para dar efecto a la obligación general de investigar las alegaciones de violaciones con rapidez, a fondo y de manera efectiva mediante órganos independientes e imparciales”. De cualquier modo, según el CDH, la efectividad de estos recursos exige: a) su **adecuación a las víctimas**, atendiendo a las situaciones de

²⁰ En la terminología de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que un recurso sea adecuado significa que resulta idóneo para proteger la situación jurídica infringida; que sea eficaz supone su capacidad para producir el resultado para el que fue concebido. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988, párrs. 64 y 66; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Excepciones al agotamiento de los recursos internos* (art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b *Convención Americana sobre Derechos Humanos*), Opinión Consultiva OC-11/90 de 10 de agosto de 1990, párr. 36.

²¹ OG 9, párrs. 5-15.



especial vulnerabilidad; *b*) la **apropiada reparación** a las personas cuyos derechos fueron violados (indemnización, restitución, rehabilitación, medidas de satisfacción, garantía de no repetición, modificación de las leyes o prácticas del Estado) y, en su caso, *c*) la implementación de **medidas provisionales o cautelares** para evitar violaciones continuadas y daños irreparables.²²

El sistema de recursos administrativos puede recaer tanto en órganos de **inspección administrativa** como de **control externo** (como las defensorías o comisiones de derechos humanos en su labor de atención de denuncias).²³ Ahora bien, habría que tener en cuenta que, *a priori*, los recursos administrativos no están concebidos en *clave de derechos* sino más bien encaminados a controlar la legalidad de los actos. En consecuencia, para que los **procedimientos administrativos** resulten adecuados es indispensable que garanticen el **debido proceso**, lo cual supone asegurar:²⁴

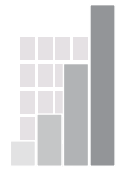
A. La garantía de audiencia: *a*) derecho a ser asistido jurídicamente, *b*) ejercer una defensa y disponer de un plazo razonable para presentar los alegatos, *c*) disponer de un plazo razonable para evacuar las pruebas y *d*) la notificación previa sobre la existencia misma del proceso.

B. El derecho a una **decisión fundada sobre el fondo del asunto y la publicidad de las actuaciones administrativas.**

²² OG 31, párrs. 15-20.

²³ Cf. Gerardo Pisarello, “Los derechos sociales y sus garantías: notas para una mirada ‘desde abajo’”, en Christian Courtis y Ramiro Ávila, eds., *La protección judicial de los derechos sociales*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 45-46.

²⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, septiembre de 2007.



C. La razonabilidad del plazo; por tanto, para justificar un retraso prolongado del procedimiento administrativo deberá probarse la complejidad del asunto y/o la inactividad de las partes.

D. El derecho a la **revisión judicial** de las decisiones administrativas.

Además, cuando se reclaman los DESCAs en **sede judicial**, el **debido proceso** deberá garantizar:

A. La igualdad entre las partes: debe tenerse en cuenta que suele presentarse un desequilibrio considerable entre las mismas (trabajadores frente a empleadores o ciudadanos frente a la Administración).

B. La razonabilidad del plazo: si se considera que la defensa de los DESCAs involucra generalmente un reclamo previo ante órganos administrativos, la razonabilidad del plazo deberá evaluarse desde el inicio de las actuaciones administrativas hasta la ejecución de la sentencia; otros criterios a tener en cuenta son la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado, la conducta de las autoridades judiciales, la finalidad del procedimiento judicial y la naturaleza de los derechos en cuestión.²⁵

C. La existencia de mecanismos procesales idóneos: como los conflictos que involucran DESCAs presentan con frecuencia una **dimensión colectiva**, debe tenerse en cuenta a qué elemento se refiere dicho carácter colectivo: a) al bien **objeto** de la controversia (en este caso habría que habilitar los medios

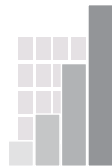
²⁵ *Idem.*



para asignar a alguien la posibilidad de reclamar por la totalidad del bien, ya que se trata de un bien por naturaleza indivisible, como el medio ambiente o el patrimonio cultural); *b*) a la **titularidad o ejercicio** del derecho (el relativo a las tierras ancestrales de pueblos y comunidades indígenas o los derechos lingüísticos perderían sentido si su titularidad se subdividiera en porciones individuales; lo mismo sucede con el derecho de huelga, que **sólo cobra sentido mediante su ejercicio colectivo**); *c*) al **recurso** destinado a su defensa (esta hipótesis se refiere a los casos en que un mismo hecho, acto u omisión ilícito afecta a una pluralidad de individuos, y para asegurar la reparación individual se requiere un remedio de alcance colectivo, como ocurre en la puesta en funcionamiento de un servicio público); *d*) a la **afectación** del bien o derecho (cuando un mismo hecho, acto u omisión ilícito provoca afectaciones individuales a un grupo o colectivo, y por razones de economía procesal, por ejemplo, resulta conveniente tratar todas las afectaciones en una misma acción).²⁶

D. La factibilidad de dictar medidas cautelares para salvaguardar preventivamente los DESCAs frente a posibles daños irreparables. Por consiguiente, el procedimiento para solicitar tales medidas provisionales de carácter urgente deberá ser accesible, rápido y sencillo, garantizar una legitimación activa amplia, así como la posibilidad de plantear acciones individuales y colectivas.

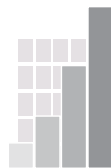
²⁶ Si bien el amparo colectivo puede resultar adecuado en algunos de estos casos, su condición de recurso extraordinario podría limitar su eficacia; se necesita, por tanto, habilitar acciones colectivas ordinarias. Cf. Christian Courtis, “El derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo frente a afectaciones colectivas de derechos humanos”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. México, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional/Porrúa, núm. 5, 2006, pp. 33-65.



E. La ejecución de la sentencia: tratándose de los DESCA existen elementos adicionales que pueden dificultar la observancia de los fallos: *a)* porque algunos órganos pueden abusar de su poder y no acatar las sentencias dictadas en su contra, y *b)* por la dificultad para ejecutar las obligaciones patrimoniales de los Estados debido a las prerrogativas que poseen en la materia, como la (libre) administración del presupuesto y la inembargabilidad de sus bienes.

F. La asequibilidad de los recursos: los destinados a garantizar los derechos, incluidos los DESCA, no sólo deben ser sencillos, rápidos y efectivos, sino también **asequibles**, porque un proceso que demande excesivos costos para su desarrollo resulta difícilmente compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva.²⁷ Por lo que atañe a las personas o grupos que carezcan de medios económicos para enfrentar un proceso, los sistemas de garantía deben prever la **asistencia jurídica gratuita**. Para ello, deben considerar tanto la indisponibilidad o insuficiencia de recursos económicos para litigar como la complejidad de las cuestiones involucradas y la trascendencia de los derechos afectados.

²⁷ En efecto, en la interpretación que el CDH ha hecho del artículo 14 del PIDCP (garantías judiciales) entiende que disponer o no de asistencia letrada “determina con frecuencia que una persona pueda tener o no tener acceso a las actuaciones judiciales pertinentes o participar en ellas de un modo válido”. Por tanto, aunque en el PIDCP el derecho a la asistencia letrada gratuita está explícitamente referido a los procesos penales, el Comité alienta a los Estados a proporcionarla igualmente en otros casos en los que las personas carezcan de medios suficientes para pagarla, y considera que en ciertos casos los Estados están obligados a hacerlo. Igualmente, el CDH considera que la imposición de costas a las partes en un proceso judicial que de hecho impida el acceso de una persona a la justicia puede resultar contrario al derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales. “En particular, una obligación rígida según la ley de atribuir costas a la parte vencedora sin tener en cuenta las consecuencias de ello o sin proporcionar asistencia letrada podría surtir un efecto disuasivo en las personas que desearan reivindicar los derechos que les asisten en virtud del Pacto en las actuaciones judiciales de que disponen”. OG 32, párrs. 10 y 11.



Los DESCAs en el nuevo constitucionalismo latinoamericano

1. La constitucionalización de los derechos

Es indudable que el DIDH ha dado un impulso fundamental a los derechos por lo menos en dos sentidos. Por una parte, el desarrollo de **criterios** y **estándares** de aplicación ha permitido concretar las obligaciones que se derivan de los derechos, favoreciendo su eficacia, y por la otra, los **mecanismos internacionales de control y vigilancia** “estimulan” a los Estados al cumplimiento de dichas obligaciones.

Ahora bien, no hay que perder de vista que todavía hoy el principal espacio de configuración, aplicación y protección de los derechos es el ámbito **nacional**, y el presupuesto indispensable para asegurar su eficacia es la voluntad política de satisfacerlos y un apropiado desarrollo institucional que propicie la creación de políticas públicas encaminadas a su implementación (*dimensión política*).

En los Estados democráticos, el correcto funcionamiento del sistema conlleva, por fuerza, la existencia de mecanismos genuinos y oportunos de participación ciudadana que aseguren la prevalencia del interés general y que sirvan de control a los órganos políticos y a los agentes económicos. La experiencia

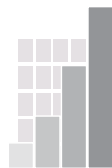


demuestra que, aun en espacios donde muy tardía o limitadamente se han habilitado mecanismos de participación, los progresos en materia de derechos han sido, sobre todo, el resultado de la movilización (o lucha) ciudadana.

Pero, para que los derechos estén plenamente garantizados, es preciso contar a la vez con un ordenamiento jurídico adecuado (*dimensión jurídica*). Sin lugar a dudas, la oportuna **constitucionalización** de los derechos representa el punto de partida más propicio para tal efecto; sobre todo porque debido al **carácter normativo** de las constituciones sus preceptos no son meros principios retóricos cuya eficacia queda condicionada a su posterior configuración legal, sino que constituyen normas de aplicación directa. Asimismo, la supremacía constitucional implica que los derechos constitucionales son parámetros de validez de las demás normas del ordenamiento y de las actuaciones de los operadores políticos y jurídicos.

Precisamente, el nuevo constitucionalismo latinoamericano es un ejemplo preciso de la interacción positiva entre las dimensiones política y jurídica. Por un lado, los procesos constituyentes más recientes –de Colombia, Venezuela, Ecuador y Bolivia– han dinamizado el sistema político, ya sea abriendo o consolidando espacios de debate y participación que han favorecido la apropiación del proceso por parte de la ciudadanía y la democratización del espacio público. Por otro lado, se ha conseguido plasmar la complejidad del proceso político en unos textos constitucionales que, con más o menos acierto técnico, consagran sistemas (jurídicos) de derechos indudablemente más garantistas.

En relación con los DESCAs, ha habido dos factores determinantes en el avance hacia su plena eficacia: a) la **constitucionalización** de las modernas tendencias del DIDH, lo cual implica un catálogo amplio de derechos que incluya los



DESCA y que otorgue igual tratamiento y valor a todos los derechos sin distinción; b) la incorporación de los **paradigmas culturales propios** que incluye, por vez primera, la cosmovisión de las “minorías” que hasta ahora habían quedado al margen tanto de los procesos constituyentes como de los propios ordenamientos constitucionales.

En México se llevaron a cabo también una serie de reformas constitucionales en sintonía con los avances regionales e internacionales en materia de derechos humanos,²⁸ aunque la Constitución mexicana –una de las primeras constituciones *sociales* del mundo, pero que fue decantándose por un sistema liberal de derechos de muy defectuosa aplicación– no encaja exactamente en esta oleada de *nuevo constitucionalismo*. Particularmente porque no se consiguió que la ciudadanía se apropiara del proceso y que su participación efectivamente permeara tanto el texto constitucional como las estructuras políticas. En definitiva, la puesta al día del sistema constitucional de derechos, por sí misma, no implica la democratización del espacio en el que éstos se ejercen.

Adicionalmente, desde un enfoque técnico-jurídico dichas reformas se integran con dificultad en un sistema de derechos (hasta ahora reconocidos sólo como “garantías individuales”) que, desde el punto de vista de su estructura y dinámica, e incluso del lenguaje constitucional, no se corresponde *a priori* con el paradigma más garantista.

Pero, como en los demás casos, que las reformas contribuyan decisivamente a la optimización de los derechos en México dependerá de que el desarrollo legislativo y la práctica

²⁸ Se trata de las reformas de agosto de 2001 (carácter pluricultural de la nación), abril de 2009 (derechos culturales), octubre de 2011 (derecho a la alimentación), febrero de 2012 (derecho al agua y al saneamiento) y, en particular, la reforma de junio de 2011, la cual actualiza el sistema de derechos conforme a los criterios del DIDH.



constitucional –la aplicación del modelo por los operadores políticos y jurídicos– potencien los aciertos y superen las limitaciones para conseguir que la eficacia plena de (todos) los derechos constitucionalmente reconocidos sea la regla y no la excepción.

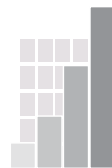
1.1. Los valores y principios constitucionales

Las constituciones latinoamericanas más recientes reconocen la composición pluricultural de los pueblos, proclaman los valores de la democracia participativa y los principios de igualdad, solidaridad y justicia social. Estos valores y principios constitucionales actúan, por un lado, como fines (políticos) del ordenamiento supremo (***dimensión objetiva***), pero determinan también el contenido de los derechos fundamentales (***dimensión subjetiva***), dando cuenta del carácter normativo del texto. Asumir que todos los derechos (civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales) son **estructuras complejas** que presentan diversas facetas y dan lugar a distintos tipos de obligaciones, favorece una concepción más dinámica, integrada y efectiva del sistema de derechos.

1.2. El catálogo de derechos constitucionales

En relación con los derechos reconocidos, el nuevo constitucionalismo latinoamericano presenta avances en varios sentidos:

A. El **catálogo de derechos** es más amplio e incluye de manera expresa varios DESCAs. Así, por ejemplo, junto a algunos derechos de contenido social ya consagrados aun en las constituciones de corte liberal (al trabajo y a la educación), se incorporan y desarrollan con cierta amplitud otros derechos (a



la vivienda, a la salud, a la alimentación, al agua, al saneamiento, al medio ambiente o a la cultura).

B. La clasificación de los derechos comprendidos en esos catálogos no responde ya a la concepción liberal en el sentido de establecer grupos estancos con distinta jerarquía. De hecho, la Constitución boliviana²⁹ señala expresamente en su artículo 13.III que “La clasificación de los derechos establecida en esta Constitución no determina jerarquía alguna ni superioridad de unos derechos sobre otros”. Asimismo, después de las *Disposiciones generales* relativas a los derechos (Capítulo Primero), el Capítulo Segundo (*Derechos fundamentales*) del Título II (*Derechos fundamentales y garantías*) establece un catálogo que comienza por el reconocimiento del derecho a la vida, al agua y la alimentación, a la educación, a la salud, al hábitat y la vivienda, y a los servicios básicos.

La Constitución ecuatoriana³⁰ también propone una clasificación novedosa de los derechos; dentro del Título II, reservado a los *Derechos*, tras los principios de aplicación (Capítulo primero), el Capítulo segundo consagra en primer término los *Derechos del buen vivir*, comenzando por los derechos al agua y a la alimentación, al medio ambiente, a la información, a la ciencia y la cultura, a la educación, al hábitat y a la vivienda, a la salud, al trabajo y a la seguridad social.

C. Otra importante innovación son las llamadas **cláusulas de apertura**, en virtud de las cuales es posible extender la protección a otros derechos excluidos en la enumeración constitucional, pero que igualmente se fundamentan en la dignidad

²⁹ Aprobada el 25 de enero de 2009.

³⁰ Aprobada el 28 de septiembre de 2008.



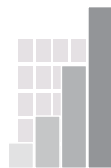
humana. En otras palabras, se trata de conceder a las declaraciones constitucionales de derechos un carácter no taxativo y habilitar su ampliación más allá de lo expresamente contenido en el texto constitucional, lo que facilita su adaptación a los avances del DIDH. En este tenor, según el artículo 94 de la Constitución colombiana,³¹ “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuran expresamente en ellos”. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 22 de la Constitución venezolana,³² el artículo 11.7 de la Constitución ecuatoriana, el artículo 13.II de la Constitución boliviana y el artículo 1o. de la Constitución mexicana.

D. Se incorporan los **pueblos originarios** como nuevos sujetos constitucionales y se les reconocen derechos colectivos, o bien el ejercicio colectivo de ciertos derechos. Ello implica, en primer término, el reconocimiento de las propias comunidades y de paradigmas culturales históricamente excluidos. Supone, en segundo término, favorecer que estos pueblos continúen reproduciendo formas de vida indisolublemente ligadas a su identidad.

La Constitución ecuatoriana, por ejemplo, reserva el Capítulo IV de su Título II (*Derechos*) a los *Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades*, respecto de las cuales reconoce su derecho a mantener su identidad, a no ser discriminados, a conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras, así como a la consulta previa, libre e informada sobre los proyectos de explotación de los recursos que se encuentran

³¹ Promulgada el 4 de julio de 1991.

³² Aprobada el 15 de diciembre de 1999.



en su territorio. Por su parte, el Capítulo Cuarto (*Derechos de las Naciones y Pueblos Indígena Originario Campesinos*) del Título II de la Constitución boliviana les reconoce, entre otros, el derecho a su identidad cultural, a su libre determinación, a la titulación colectiva de sus tierras y territorios, a un sistema de salud universal y gratuito, y al respeto de su cosmovisión respecto de su educación y los sistemas político, jurídico y económico. En la misma dirección apunta el Capítulo VIII (*De los derechos de los pueblos indígenas*) del Título III (*De los derechos humanos y garantías, y de los deberes*) de la Constitución venezolana y el artículo 2o. de la Constitución mexicana.

E. Otro rasgo del nuevo constitucionalismo latinoamericano es la profundización del **principio de igualdad** vinculado al reconocimiento y ejercicio de (todos) los derechos, en los términos desarrollados por el DIDH;³³ ello implica tanto la prohibición de discriminación como el deber de adoptar las medidas necesarias para proteger en forma prioritaria a los grupos sociales más vulnerables, sobre todo aquellos en situación de vulnerabilidad múltiple.

Así, los textos constitucionales establecen con amplitud la prohibición de discriminación³⁴ y además hacen referencia expresa a los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales (o a las especiales condiciones de ejercicio por parte) de las mujeres (particularmente las embarazadas y las jefas de familia), niños y niñas, adolescentes, adultos mayores, personas con discapacidad, población desplazada o personas privadas de su libertad.

³³ Véase *supra*, *La determinación precisa de las obligaciones que se derivan de los DESCAs* (p. 15).

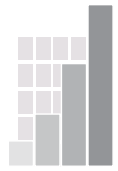
³⁴ Véanse artículo 21 de la Constitución venezolana, artículo 11.2 de la Constitución ecuatoriana y artículo 14 de la Constitución boliviana.



1.3. Las normas constitucionales de aplicación de los derechos

Aparte de un reconocimiento más amplio y sistemático de los derechos, el nuevo constitucionalismo latinoamericano incorpora una serie de **normas que aseguran una aplicación más eficaz y garantista** de los mismos. Cabe destacar que tampoco estas normas hacen distinción alguna entre unos y otros derechos, en plena sintonía con el DIDH.

A) Desde el punto de vista de la recepción de las normas internacionales, las nuevas constituciones presentan avances en dos sentidos. Primero, porque establecen la **prevalencia de los tratados de derechos humanos** en el orden interno; es decir, reconocen que puede prevalecer el DIDH frente al ordenamiento nacional. De este modo, el artículo 23 de la Constitución venezolana dispone: “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución [...]”. En el mismo sentido apuntan los artículos 93 de la Constitución colombiana y 13.IV de la Constitución boliviana. Además, se inclinan por la **interpretación más favorable** de los derechos, en consonancia con el DIDH, para brindar la protección más amplia. Según la Constitución ecuatoriana: “Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales” (art. 11.4) y “En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia” (art. 11.5).



Por su parte, el artículo 1o. de la Constitución mexicana establece que “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”; preceptos similares se consagran en los artículos 93 de la Constitución colombiana y 13.VI de la Constitución boliviana.

Habría que tener presente que, dado que la previsión constitucional de los DESCAs es más reciente, el desarrollo que el CDESC hace de estos derechos, así como los criterios y estándares que para su efectiva aplicación establece en sus OG, constituyen una guía fundamental para conseguir la interpretación más garantista de estos derechos.

B) La incorporación expresa de los principios de indivisibilidad, interdependencia, progresividad y no regresividad constituye un avance de particular relevancia para los DESCAs. Reconocer la indivisibilidad y la interdependencia entre todos los derechos supone integrar definitivamente los DESCAs en el catálogo de derechos constitucionales fundamentales, con todas sus consecuencias en cuanto a su aplicabilidad y exigibilidad.

La progresividad y la no regresividad entrañan, por una parte, que el mero reconocimiento de (todos) los derechos conlleva para los Estados –con independencia de sus limitaciones estructurales, institucionales o materiales– la obligación de adoptar medidas concretas y deliberadas para avanzar hacia su satisfacción, así como de no retroceder respecto de los estándares de protección alcanzados, y por la otra, ponen de manifiesto que el carácter *progresivo* en el cumplimiento de las obligaciones que se desprenden de los derechos no está necesariamente ligado a su dimensión prestacional (hasta ahora atribuida en exclusiva a los DESCAs), sino que se refiere a

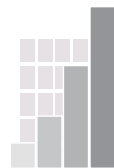


una exigencia común a todos los derechos que implica el desarrollo –por fuerza paulatino pero impostergable– de normas, procedimientos, instituciones y mecanismos que aseguren su adecuada implementación. En consonancia con lo anterior, el artículo 11.6 de la Constitución ecuatoriana indica que “Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”, y de conformidad con el artículo 11.8,

El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.

Por su parte, el artículo 19 de la Constitución venezolana dispone: “El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos”. En el mismo sentido, el artículo 13.I de la Constitución boliviana dice: “Los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos”. A su vez, el artículo 1o. de la Constitución mexicana señala: “Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad”.

C) La optimización de los derechos pasa, necesariamente, por su **directa e inmediata aplicación**. De nuevo, la integración



de este principio en los sistemas constitucionales, sin hacer distinción alguna entre derechos, refleja que no existen diferencias estructurales entre unos u otros, sino que todos ellos presentan dimensiones de posible aplicación directa. Por ejemplo, el artículo 11.3 de la Constitución ecuatoriana dispone: “Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte”.³⁵

D) La llamada **eficacia horizontal** de los derechos –es decir, su potencial oposición frente a terceros– constituye un elemento fundamental para su garantía en el marco de un orden mundial en el que, si bien los Estados siguen siendo los responsables primarios de su plena vigencia, se multiplican las situaciones en las cuales los derechos pueden verse afectados por acciones u omisiones de otros particulares, por ejemplo, cuando éstos tienen bajo su control bienes y servicios de interés público vinculados a la satisfacción de los derechos.

Según el artículo 86 constitucional, la *acción de tutela* colombiana procede contra particulares cuando éstos presten un servicio público o estén en una situación tal que su conducta afecte grave y directamente el interés colectivo. En el mismo sentido, el artículo 88 de la Constitución ecuatoriana relativo al amparo directo y el 128 de la Constitución boliviana.

³⁵ El precepto añade en su numeral noveno: “El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos”.

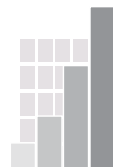


E) También es condición esencial para la optimización de los derechos la existencia de **mecanismos de participación activa, oportuna y efectiva** de la ciudadanía. Se trata de otra manifestación de los atributos de indivisibilidad e interdependencia; si no están plenamente vigentes los derechos políticos –y habilitados los espacios de participación democrática–, difícilmente puede haber un ejercicio eficaz de los derechos civiles, económicos, sociales, culturales y ambientales. La Constitución venezolana es paradigmática en este sentido; proclama, desde su Preámbulo, una sociedad *democrática, participativa y protagónica*, y consagra en su artículo 62: “La participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública es el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo”. Asimismo, el artículo 70 abre el abanico de los medios de participación al referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, la iniciativa legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas *cuyas decisiones serán de carácter vinculante*, las instancias de atención ciudadana, la autogestión y la cogestión.

F) Sin duda, el reconocimiento en el ámbito constitucional de que todos los derechos (civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales), aun en su dimensión colectiva, pueden ser **reclamados ante los tribunales nacionales** es uno de los principales avances en la eficacia de los DESCAs.

En este contexto, la Constitución venezolana establece en su artículo 26:

Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente. El Estado garantizará una



justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.

A continuación, el artículo 27 dispone: “Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos”.

En el caso de la Constitución ecuatoriana, el artículo 11.1 señala: “Los derechos se podrán ejercer, promover y exigir de forma individual o colectiva ante las autoridades competentes; estas autoridades garantizarán su cumplimiento”, y según el precepto del artículo 11.3: “Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento”.

G) Un avance adicional es el reconocimiento expreso en el texto constitucional del derecho a “**dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales** creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos”, y el compromiso de que el Estado adopte “las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales” (artículo 31 de la Constitución venezolana).

2. La configuración legislativa de los derechos

En el ámbito nacional, la constitucionalización del sistema de derechos es una condición indispensable para su vigencia. Como



hemos señalado, las nuevas constituciones latinoamericanas a) reconocen numerosos derechos, b) les confieren un contenido esencial, c) comprenden normas destinadas a asegurar su efectiva aplicación y d) prevén mecanismos de control y garantía. Por consiguiente, proporcionan una base sólida al sistema.

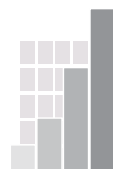
Ahora bien, es indiscutible que la puesta en práctica de este sistema se verá beneficiada por un **desarrollo legislativo** de los derechos que precise el alcance de las obligaciones que los mismos conllevan, tanto para los poderes públicos como para los particulares que se hallen en condiciones de afectarlos.

Respecto de los operadores políticos, una adecuada configuración legislativa de los derechos puede resultar fundamental para la acertada formulación e **implementación de las políticas públicas destinadas a hacerlos efectivos**, y respecto de los operadores jurídicos puede ser un factor determinante para favorecer su **justiciabilidad**.

En efecto, la realización –y en su caso, la reclamación– de los derechos será más viable en la medida en que el legislador determine claramente su contenido, sentido y alcance, fije metas y plazos para su consecución, señale las instituciones u órganos responsables, y prevea sistemas de monitoreo y mecanismos de rendición de cuentas.

Como es evidente, el desarrollo de los derechos por el legislador deberá estar en plena consonancia con el orden constitucional, que representa un límite infranqueable a la potestad legislativa, tanto desde el punto de vista *formal* (las leyes serán válidas sólo si se dictan de conformidad con los procedimientos que establece la Constitución) como desde el punto de vista *material* (las leyes sólo serán válidas si no contradicen lo dispuesto por la Constitución).

En el caso de los DESCAs –que todavía en muchos ordenamientos carecen de una configuración en clave de derechos–,



una vez más las OG del CDESC pueden resultar muy útiles para indicar qué elementos deben incluirse en su desarrollo legislativo; adicionalmente, pueden servir de guía los informes sobre derechos concretos elaborados por las relatorías temáticas del Consejo de Derechos Humanos de NNUU.

2.1. El derecho a la salud

En la **OG 14** el CDESC ha desarrollado el **artículo 12** del **PIDESC**, en el que se reconoce “el derecho de toda persona al **disfrute del más alto nivel posible de salud** física y mental” en su **sentido más amplio**; es decir, no sólo como la ausencia de enfermedad sino como un **estado de completo bienestar físico, mental y social**.

Además, de acuerdo con el trabajo realizado por la Relatoría Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, el derecho a la salud se compone tanto de la **atención sanitaria** oportuna y apropiada como de una serie de **factores determinantes** de la salud, entre los que se encuentran el acceso al agua potable y al saneamiento básico, el suministro suficiente de alimentos sanos, una vivienda digna y adecuada, condiciones sanas de trabajo y entorno ambiental, y acceso oportuno a la educación e información en materia de salud.³⁶

De acuerdo con esta definición, hay ciertos **elementos esenciales** que integran el derecho a la salud:

A. Está compuesto tanto de **libertades** (para controlar la propia salud y para no ser sometido sin consentimiento a tratamiento

³⁶ Informe del Relator Especial E/CN.4/2003/58 de 13 de febrero de 2003, párr. 23, e Informe A/HRC/7/11 de 31 de enero de 2008, párr. 45.



alguno o experimentos médicos) como de **derechos** (acceso a atención sanitaria y a los factores básicos determinantes de la salud).³⁷

B. Implica el deber de **no discriminar**, garantizar la igualdad de trato y adoptar medidas orientadas a satisfacer las necesidades específicas de aquellos sectores que se encuentran en situación de especial vulnerabilidad.³⁸

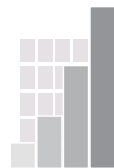
C. Entre las medidas concretas destinadas a su realización, se recomienda la formulación de una **estrategia nacional** y un **plan de acción** que aseguren el acceso a los servicios e instalaciones de salud sin discriminación, atendiendo especialmente a las necesidades de los sectores más desfavorecidos y con pleno respeto de las diferencias culturales; que garanticen la distribución equitativa de dichos servicios e instalaciones; que incluyan indicadores para evaluar los progresos alcanzados, y que en todo caso se configuren con base en los criterios de participación, transparencia y rendición de cuentas.³⁹

D. Según el catálogo de obligaciones aplicable a todos los derechos, el relativo a la salud implica: a) **respetar** (que los Estados se abstengan de obstaculizar directa o indirectamente el disfrute del derecho a la salud); b) **proteger** (que los Estados adopten medidas para impedir que terceros obstaculicen el ejercicio del derecho a la salud); c) **cumplir** (que los Estados

³⁷ Como parte de los derechos concretos que conforman el derecho a la salud, en su Informe de 2003 el Relator incluye el derecho a la salud materna, infantil y reproductiva; la higiene en el trabajo y un medio ambiente sano; la prevención y tratamiento de enfermedades (incluido el acceso a medicamentos), y el acceso al agua potable. E/CN.4/2003/58, párrs. 24 y 25, y OG 14, párr. 44.

³⁸ OG 14, párrs. 18-27, y E/CN.4/2003/58, párrs. 65-68.

³⁹ E/CN.4/2003/58, párrs. 26 y 27; A/HRC/7/11, párrs. 46-50, 40-44 y 51, y OG 14, párr. 43.



adopten medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud, incluidas medidas que faciliten el disfrute del derecho, así como actividades para promover, mantener y restablecer la salud de la población).⁴⁰

E. Deberán instaurarse mecanismos accesibles, transparentes, eficaces e independientes que permitan **vigilar y evaluar** el funcionamiento, rendimiento y resultados del sistema de salud, y controlar, en definitiva, el desempeño de todas aquellas personas con responsabilidades en el mismo.⁴¹ Esta cuestión adquiere especial relevancia si se tiene en cuenta que el **sector privado** ocupa un lugar cada vez más preponderante en la prestación de servicios sanitarios, pero con frecuencia su participación está insuficientemente regulada.⁴²

F. Toda persona o todo grupo que sea víctima de una violación del derecho a la salud deberá contar con **recursos judiciales efectivos** u otros recursos apropiados en los planos nacional e internacional “[... y] tener derecho a una reparación adecuada, que podrá adoptar la forma de restitución, indemnización, satisfacción o garantías de que no se repetirán los hechos”.⁴³

⁴⁰ OG 14, párrs. 34-37.

⁴¹ Entre los posibles mecanismos de rendición de cuentas, Paul Hunt, anterior Relator sobre el derecho a la salud, señaló a los comisionados de salud, los consejos de salud locales elegidos en forma democrática, las audiencias públicas, los comités de pacientes, los estudios de impacto, los procedimientos judiciales, así como la labor de los medios de comunicación y las organizaciones de la sociedad civil.

⁴² A/HRC/7/11, párrs. 65 y 99-106.

⁴³ Algunos de los órganos que podrían conocer de posibles violaciones al derecho a la salud son, de acuerdo con el CDESC, los defensores del pueblo, las comisiones de derechos humanos, los foros de consumidores, las asociaciones defensoras de los derechos del paciente u otras instituciones análogas, y destaca la importancia de que se incorporen al ordenamiento jurídico interno los instrumentos internacionales en los que se reconoce el derecho a la salud y de que los tribunales juzguen las posibles violaciones a la luz de las obligaciones fundamentales de los Estados que se derivan directamente del Pacto. OG 14, párrs. 59 y 60.



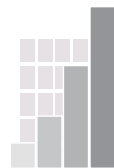
G. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán cumplir ciertas **condiciones mínimas**:⁴⁴ a) **disponibilidad** (ser suficientes en número y satisfacer condiciones sanitarias adecuadas); b) **accesibilidad** (respecto de toda la población, además de prever la protección de los sectores más vulnerables); c) **accesibilidad física** (localizarse a una distancia razonable y permitir el acceso a las instalaciones a todas las personas); d) **asequibilidad** (estar al alcance de todos y que los gastos no supongan una carga desproporcionada); e) **acceso a la información** (derecho de solicitar, recibir y difundir información sobre cuestiones relacionadas con la salud, siempre que quede garantizada la confidencialidad de los datos); f) **aceptabilidad** (deben ser respetuosos de la ética médica, culturalmente apropiados y sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida), y g) **calidad** (deben ser apropiados desde el punto de vista científico y médico, contar con personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario adecuados y en buen estado, agua potable y condiciones sanitarias adecuadas).

2.2. El derecho al agua y al saneamiento

El desarrollo de este derecho como un derecho autónomo se produjo a partir de la OG 15 del CDESC y, sobre todo, con base en el trabajo de la Relatoría que opera desde 2008.

Según el Comité, aunque el PIDESC no lo menciona expresamente, el derecho al agua y al saneamiento se entiende **derivado del derecho a un nivel de vida adecuado**; está indisolublemente ligado al derecho a la vida y a la dignidad humana, y es condición esencial para el ejercicio de otros derechos como el derecho a la alimentación, a la salud, a la

⁴⁴ OG 14, párr. 12.



vivienda, al medio ambiente, a la educación y los derechos culturales. Se define como el “**derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico**”,⁴⁵ e implica **libertades** (acceso al suministro de agua y derecho a no ser objeto de injerencias en el acceso a este recurso mediante cortes arbitrarios del suministro o contaminación de los recursos hídricos) y el **derecho** a un sistema adecuado de abastecimiento y de gestión. Entre los **elementos esenciales** que lo integran:

A. El Estado debe garantizar el **acceso seguro y sin discriminación** a una cantidad de agua de calidad, suficiente para satisfacer las necesidades de consumo humano, saneamiento, preparación de alimentos e higiene personal y doméstica. En el cumplimiento de esta obligación, los Estados atenderán especialmente las necesidades de los sectores más vulnerables (mujeres, niños y niñas, minorías étnicas, población desplazada e individuos y grupos en situación de pobreza).

B. Implica la obligación de **respeto** (abstenerse de obstaculizar de manera arbitraria el acceso al agua, de afectar los sistemas tradicionales de abastecimiento y de contaminar o sobreexplotar las fuentes), de **protección** (impedir que otros sujetos limiten u obstaculicen el acceso al agua, y contaminen o sobreexploten las fuentes) y de **satisfacción** (adoptar las medidas necesarias para facilitar, promover y, en su caso, hacer efectivo el derecho de todo individuo a acceder al agua).

C. El **contenido mínimo** del derecho supone: a) acceso a una **cantidad** de agua suficiente y apta para uso personal y

⁴⁵ OG 15, párr. 2.



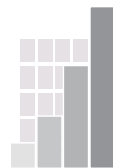
doméstico; b) acceso a instalaciones y servicios, **sin discriminación**; c) **acceso físico** a las instalaciones, que deben estar a una distancia razonable; d) **suministro suficiente y regular** de agua salubre para evitar tiempos de espera demasiado prolongados; e) garantizar la **seguridad personal** cuando las personas –en particular las mujeres y las niñas– acudan a obtener el agua; f) la **distribución equitativa** de las instalaciones y servicios de agua disponibles, y g) un **plan de acción** nacional que prevea medidas concretas orientadas a la realización del derecho.

D. Deberán garantizarse como **condiciones básicas** la **asequibilidad** o accesibilidad económica y el **acceso a la información** oportuna para un efectivo ejercicio del derecho.

E. Garantizar universalmente el acceso a **saneamiento** básico constituye otro reto pendiente. Por tanto, incorporar esta cuestión en forma rigurosa y exhaustiva en la configuración del derecho al agua es una tarea obligada e impostergable.

F. La **perspectiva de género** es otro aspecto fundamental en el desarrollo del derecho al agua y al saneamiento, ya que pese a que las mujeres son tanto las principales proveedoras de alimentos y agua como las principales gestoras o administradoras de los recursos naturales, su acceso formal y/o material a estos recursos aún está muy restringido, y en su mayoría se encuentran excluidas de la discusión y la toma de decisiones relativas a la distribución y aprovechamiento de dichos recursos, con graves consecuencias para su salud, su seguridad y su desarrollo personal.

G. Como en la actualidad algunos servicios de suministro y tratamiento de agua están en manos de **agentes privados**,



resulta fundamental que se adopten las medidas necesarias para evitar que sus acciones u omisiones afecten la eficacia del derecho.

H. Es esencial el desarrollo de **indicadores** idóneos para monitorear los avances en el acceso al agua y al saneamiento de toda la población sin discriminación.

I. Deben quedar claramente determinados tanto los órganos e instituciones responsables de la realización del derecho como los recursos destinados a su **financiación**, priorizando la satisfacción de las necesidades básicas.

J. Deberán adoptarse medidas oportunas para evitar que la falta de acceso al agua y al saneamiento básico sea consecuencia de la discriminación de sectores **estigmatizados** debido a su condición de vulnerabilidad (mujeres y niñas, minorías étnicas, personas con discapacidad, enfermos mentales, etc.).

Los ejemplos sobre el derecho a la salud y el derecho al agua y al saneamiento ponen de manifiesto que el DIDH brinda herramientas idóneas y suficientes para una adecuada configuración legislativa de los DESCAs que facilita la formulación de las políticas públicas dirigidas a su implementación. Desde luego, se trata sólo de un catálogo de contenidos mínimos que cada Estado deberá desarrollar con mayor amplitud y adaptar a sus propias circunstancias y necesidades, pero constituye sin duda un buen punto de partida para que la legislación sobre los bienes y servicios vinculados a su satisfacción se desarrolle en clave de derechos.



3. La garantía de los derechos

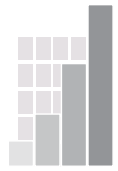
La constitucionalización de todos los derechos y, en su caso, su oportuna configuración legislativa son condiciones esenciales para su eficacia. El carácter normativo de las constituciones y la apertura del ordenamiento al DIDH favorecen igualmente su exigibilidad. Pero es necesaria, asimismo, la previsión constitucional de órganos de control judiciales y no judiciales, y de mecanismos idóneos para hacerlos efectivos. Y en este aspecto, también el nuevo constitucionalismo latinoamericano presenta avances, tanto porque las constituciones más recientes habilitan para la reclamación de todos los derechos sin distinción como porque incluyen una variedad de acciones:

A. Las defensorías del pueblo, las cuales cuentan con atribuciones en materia de vigilancia, promoción, difusión y defensa de los derechos en caso de denuncia por posibles violaciones a los mismos. Algunas defensorías (por ejemplo, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México) cuentan con áreas específicas para conocer de las denuncias relacionadas con los DESCA.⁴⁶

B. Acciones de amparo (judicial), tutela o protección, como un procedimiento sencillo, breve, de tramitación preferente y efectivo para la protección inmediata de los derechos

⁴⁶ Asimismo, como consecuencia de las recientes reformas en materia de derechos humanos en México, el artículo 102 constitucional

faculta a la CNDH para realizar la investigación de violaciones graves de derechos humanos. El ejercicio de dicha facultad se puede dar cuando así lo considere la Comisión o cuando sea solicitado por el Presidente de la República, el gobernador de un Estado, cualquiera de las cámaras del Congreso de la Unión, las legislaturas locales o el jefe de gobierno del Distrito Federal.



amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública. Es el caso de la acción de tutela prevista en el mencionado artículo 86 de la Constitución colombiana y del amparo previsto en el mencionado artículo 27 de la Constitución venezolana.

Por su parte, la Constitución ecuatoriana dispone en su artículo 88:

La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

Según el artículo 128 de la Constitución boliviana, la acción de amparo “tendrá lugar contra actos u omisiones ilegales o indebidos de los servidores públicos, o de persona individual o colectiva, que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos reconocidos por la Constitución y la ley”. Y de acuerdo con la fracción I del artículo 103 de la Constitución mexicana, los tribunales federales resolverán las controversias suscitadas “Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte”.

C. La Constitución boliviana prevé en su artículo 134 la llamada **acción de cumplimiento**, que “procederá en caso de

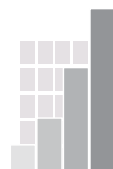


incumplimiento de disposiciones constitucionales o de la ley por parte de servidores públicos, con el objeto de garantizar la ejecución de la norma omitida”. Por su parte, el artículo 93 de la Constitución ecuatoriana determina que procede la **acción de incumplimiento** ante la Corte Constitucional para “garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible”.

D. La **acción popular** está prevista en el artículo 88 de la Constitución colombiana “para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella”, y en el artículo 135 de la Constitución boliviana, “contra todo acto u omisión de las autoridades o de personas individuales o colectivas que violen o amenacen con violar derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad pública, el medio ambiente y otros de similar naturaleza reconocidos por esta Constitución”.

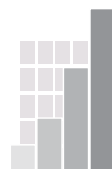
E. El **amparo extraordinario** procede contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución. Es el caso de la acción prevista en el artículo 94 de la Constitución ecuatoriana y del amparo directo en México.

Lo cierto es que diversos **recursos** pueden resultar **adecuados y efectivos** para la protección de los derechos –incluidos los DESCAs–, siempre que cumplan algunas **condiciones**



esenciales: a) que sean recursos sencillos, urgentes, informales, accesibles y tramitados por órganos independientes; b) que puedan tramitarse como **recursos individuales** y como **acciones colectivas** capaces de garantizar los derechos de un grupo determinado o determinable; c) que la **legitimación activa** sea **amplia**; d) que ostenten la posibilidad de acceder a **instancias judiciales nacionales** ante el temor de parcialidad en la justicia local, y e) que sea posible asegurar la **efectiva e inmediata ejecución** de las sentencias, incluido el acatamiento de las medidas cautelares.⁴⁷

⁴⁷ Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*

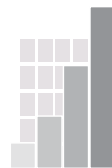


Conclusiones

El largo camino recorrido a partir del reconocimiento de (todos) los derechos en la DUDH ha permitido la consolidación de un sistema jurídico –en los ámbitos internacional, regional y nacional– que brinda elementos idóneos y suficientes para su óptima realización.

Desde luego, el sistema de los derechos debe mantenerse en constante evolución para adaptarse a las nuevas necesidades y demandas. Al respecto, es alentador que en los ámbitos del DIDH constitucional, legal, administrativo y judicial o cuasi-judicial se propongan y ensayen diversos instrumentos jurídicos para su garantía, tanto relativos a su reconocimiento y configuración como a su aplicación y exigibilidad.

Ahora bien, el aspecto jurídico es sobre todo una herramienta técnica para conseguir la vigencia plena de los derechos; pero el presupuesto indispensable es una dinámica política que efectivamente favorezca su ejercicio, porque los derechos son, ante todo, un elemento vivo, y el entorno natural para su óptimo desarrollo, el espacio democrático (participativo).



Fuentes consultadas

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, septiembre de 2007.

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: La pobreza y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Declaración aprobada el 4 de mayo de 2001, Documento E/C.12/2001/10 de 10 de mayo de 2001.

———, *Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el “máximo de los recursos de que disponga” de conformidad con un Protocolo Facultativo del Pacto*, Documento E/C.12/2007/1 de 21 de septiembre de 2007.

———, Observación General No. 3, *La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, Documento E/1991/23.

———, Observación General No. 9, *La aplicación interna del Pacto*, Documento E/C.12/1998/24 de 3 de diciembre de 1998.

———, Observación General No. 14, *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, Documento E/C.12/2000/4 de agosto de 2000.

———, Observación General No. 15, *El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos,*



Sociales y Culturales), Documento E/C.12/2002/11 de 20 de enero de 2003.

———, Observación General No. 16, *La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, Documento E/C.12/2005/4 de 11 de agosto de 2005.

———, Observación General No. 20, *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*, Documento E/C.12/GC/20 de 2 de julio de 2009.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observación General No. 31, *La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, aprobada el 29 de marzo de 2004.

———, Observación General No. 32, *Artículo 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia*, Documento CCPR/C/GC/32 de 23 de agosto de 2007.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de Excepciones Preliminares de 26 de junio de 1987.

———, *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988.

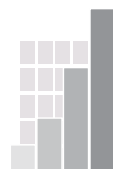
———, *Excepciones al agotamiento de los recursos internos (Art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-11/90 de 10 de agosto de 1990.

COURTIS, Christian, *Comentario del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC)*. Ginebra, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) / Comisión Internacional de Juristas (CIJ), 2008.

———, "El derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo frente a afectaciones colectivas de derechos humanos", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. México, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional/ Porrúa, núm. 5, 2006, pp. 33-65.

HUNT, Paul, *El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, Informe del Relator Especial, Documento E/CN.4/2003/58 de 13 de febrero de 2003.

———, *Promoción y protección de todos los derechos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales*, Informe del Relator Especial, Documento A/HRC/7/11 de 31 de enero de 2008.



- PISARELLO, Gerardo, “Los derechos sociales y sus garantías: notas para una mirada ‘desde abajo’”, en Christian Courtis y Ramiro Ávila, eds., *La protección judicial de los derechos sociales*. Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, pp. 45-46.
- PNUD, *Derechos humanos y desarrollo humano*, Informe de Desarrollo Humano 2000.
- ROSSI, Julieta, “La obligación de no regresividad en la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en Christian Courtis, comp., *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires, CEDAL-CELS, 2006, pp. 79-115.

Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) como derechos exigibles en el nuevo constitucionalismo latinoamericano, fue editado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. El cuidado de la edición estuvo a cargo de la Dirección de Publicaciones de esta Comisión Nacional. La copia se realizó en 1,000 discos.

Presidente

Luis Raúl González Pérez

Consejo Consultivo

Mariclaire Acosta Urquidi

María Ampudia González

Mariano Azuela Güitrón

Ninfa Delia Domínguez Leal

Rafael Estrada Michel

Mónica González Contró

David Kershenobich Stalnikowitz

Carmen Moreno Toscano

María Olga Noriega Sáenz

Guillermo I. Ortiz Mayagoitia

Primer Visitador General

Ismael Eslava Pérez

Segundo Visitador General

Enrique Guadarrama López

Tercera Visitadora General

Ruth Villanueva Castilleja

Cuarta Visitadora General

Norma Inés Aguilar León

Quinto Visitador General

Edgar Corzo Sosa

Sexto Visitador General

Jorge Ulises Carmona Tinoco

Secretario Ejecutivo

Héctor Daniel Dávalos Martínez

Secretario Técnico del Consejo Consultivo

Joaquín Narro Lobo

Oficial Mayor

Manuel Martínez Beltrán

Directora General del Centro Nacional de Derechos Humanos

Julieta Morales Sánchez



CNDH
M É X I C O

ANIZA GARCÍA

Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Consultora en materia de derechos económicos, sociales y culturales, y particularmente en derecho al agua. Directora de la Escuela Complutense de Verano sobre Derechos Fundamentales y Globalización. Tutora del Máster en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica (Universidad de Alcalá de Henares-Programa Regional de Apoyo a las Defensorías del Pueblo en Iberoamérica). Miembro de Waterlex. Autora de *El derecho humano al agua*. Madrid, Trotta, 2008.

ISBN: 978-607-729-111-1



9 786077 291114

ISBN: 978-607-729-112-1



9 786077 291121