

LOS DERECHOS DE LA JUSTICIA SOCIAL: SU PROTECCIÓN PROCESAL EN MÉXICO*

SOCIAL JUSTICE RIGHTS: THEIR PROCEDURAL PROTECTION IN MEXICO

Jorge CARPIZO (†)**

RESUMEN: El artículo presenta el panorama de la justicia social en México y los procedimientos para la protección del mismo a través de los diversos ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales. Los temas abordados son: la protección por medios jurisdiccionales y no jurisdiccionales de los derechos de la justicia social en la realidad mexicana; la protección a través del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966; la protección a través del sistema interamericano de protección de los derechos humanos; las acciones colectivas en relación con el interés legítimo; y la afectación a la economía del país, causado por la existencia de las crisis económicas.

Palabras clave: justicia social, principio de conexidad, protección jurisdiccional, protección no jurisdiccional.

ABSTRACT: *The article presents the panorama of social justice in Mexico and the procedures for the protection of it through the varied national and international legal systems. The topics considered are: the protection of social justice rights through jurisdictional and non-jurisdictional means within the Mexican actuality; their protection through the 1966 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights; their protection through the Inter-American System of Human Rights; collective actions related to legitimate interest; and the impact to the country's Economy, caused by the existence of financial crisis.*

Keywords: *social justice; connectivity principle; jurisdictional protection; non jurisdictional protection.*

* Artículo recibido el 1o. de marzo de 2012 y aceptado para su publicación el 28 de mayo de 2012. Agradezco a mis colegas doctores César Astudillo y José Ovalle Favela, así como al maestro Enrique Carpizo Aguilar, sus agudas observaciones al original del artículo. Cualquier error que el mismo pueda contener es responsabilidad exclusiva del autor. Asimismo, agradezco el apoyo de la señora Isabel Cacho, quien transcribió el manuscrito.

** Investigador emérito de la UNAM, de la cual fue rector, adscrito al Instituto de Investigaciones Jurídicas, donde se desempeñó como director; investigador nacional emérito del Sistema Nacional de Investigadores; presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado,
nueva serie, año XLV, núm. 135,
septiembre-diciembre de 2012, pp. 1079-1110.

SUMARIO: I. *El planteamiento de la cuestión.* II. *Su protección jurisdiccional.* III. *Su protección no jurisdiccional.* IV. *Su protección a través del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.* V. *Su protección a través del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.* VI. *El control de constitucionalidad por omisión.* VII. *Las acciones colectivas y otras posibles protecciones.* VIII. *Las crisis económicas.*

I. EL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

1. En relación con los derechos de la justicia social, uno de los asuntos que más se discute es su exigibilidad procesal, incluso se ha negado su naturaleza jurídica, porque se ha sostenido la imposibilidad o la gran dificultad de hacerlos valer ante los tribunales,¹ debido a que muchos de esos derechos dependerán de la capacidad económica y financiera del Estado. Hay que tener en cuenta que el hecho de que un derecho no se encuentre protegido por una “garantía” no altera su naturaleza, sino muestra la urgencia de que aquella sea creada normativamente.

La tendencia moderna es establecer diversos mecanismos jurídicos para que los derechos de la justicia social sean exigibles, aunque no todos revistan carácter jurisdiccional.

Al respecto, resulta pertinente recordar a Luigi Ferrajoli, quien sostiene que el paradigma garantista de la “democracia constitucional” es actualmente un paradigma embrionario, que debe y puede extenderse en una dirección triple: a) para garantizar tanto los derechos de libertad como los sociales; b) frente a todos los poderes, tanto los públicos como los privados, y c) tanto en el nivel de derecho interno como en el internacional.² Esta es la *tendencia* en nuestros días.

¹ Véase, entre otros, Zippelius, Reinhold, *Teoría general del Estado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1985, pp. 357 y 358, y Calamandrei, Piero, “La Costituzione della Repubblica italiana”, *Opere Giuridiche*, vol. III, Nápoles, Morano, 1968, pp. 245 y ss.; este último sostuvo: “mientras que las disposiciones en materia de derechos y libertades (clásicas) tienen un carácter indiscutiblemente jurídico y actual, las normas que contienen ‘derechos sociales’ tienen una importancia exclusivamente política y social”.

² Ferrajoli, Luigi, *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*, México, CNDH, 2006, pp. 7, 27 y 43. Este autor considera que al garantismo “le corresponde la elaboración y la implementación de las técnicas de garantía idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos constitucionalmente reconocidos”.

Ahora bien, la *tendencia* a garantizar los derechos sociales se ha fortalecido en las últimas dos o tres décadas en dos vertientes nodales: a) el papel activo de los tribunales y cortes constitucionales en este sentido, y b) el derecho internacional de los derechos humanos, en su vertiente social.

Los jueces constitucionales —se afirma— deben cumplir un papel vertebral en la educación política de las sociedades actuales y en la realización de las capacidades de todos.³ Cada día más países aceptan la jurisdicción constitucional y crean instrumentos procesales —garantías— para la mejor protección de los derechos humanos, tanto los de libertad como los económicos, sociales y culturales, al incorporar los principios de subsidiaridad y conexidad entre ellos, e incluso la protección procesal directa de los segundos. Un buen ejemplo de lo anterior lo constituye la acción de tutela colombiana.⁴

Resulta claro que el control jurisdiccional de los derechos de la justicia social es un aspecto que depende de la voluntad política estatal, pero en un Estado de derecho dicha voluntad debe coincidir con la voluntad de la sociedad entera, a través de una democracia participativa e integral, preocupada en forma especial en garantizar los derechos de los grupos vulnerables.⁵

³ Arango, Rodolfo, “La justiciabilidad de los derechos fundamentales en Colombia. Aporte a la construcción de un *ius constitutionale commune* en Latinoamérica”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Max-Plank-Institut für ausländisches öffentliches Recht and Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2011, p. 28. Los tribunales constitucionales han creado una importante tipología de sentencias constitucionales denominadas “atípicas”, dirigidas a subrayar la inconstitucionalidad de actos de discriminación normativa, incorporando a grupos o sectores sociales a los beneficios de los cuales han sido excluidos normativamente por el legislador. Estas sentencias se conocen como sentencias manipulativas de tipo aditivo en su modalidad de “prestación”. Las estudian, entre otros, Ruggieri, Antonio y Spadaro, Antonio, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Turín, G. Giappichelli, 2004, pp. 142 y ss.

⁴ Grote, Rainer, “El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: ¿hacia una aplicación más efectiva de los derechos sociales?”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), *op. cit.*, pp. 135 y 136.

⁵ Aguilar Cavallo, Gonzalo, “¿Son los derechos sociales sólo aspiraciones?: perspectivas de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), *op. cit.*, p. 207.

La tendencia universal a garantizar los derechos de la justicia social es imparable. El Estado social y democrático de derecho podrá tener tropiezos y contratiempos, pero las comunidades de nuestros días no entienden la democracia si ésta no incluye y protege los derechos de la justicia social en toda su amplia gama. La democracia actual es de carácter social o no es democracia. Como la propia denominación lo implica, el Estado constituye una unidad que se integra con tres elementos: el social, el democrático y su estructura legal o de derecho, los cuales son inseparables, uno no puede existir sin el otro, en virtud de que si tal situación acontece, entonces se destruye el Estado social y democrático de derecho.

2. Los derechos de la justicia social son exigibles a través de mecanismos de índole diversa, que se pueden clasificar en: a) administrativos y jurisdiccionales; en distintos casos, ante la resolución de órganos o autoridades administrativas, la ley prevé la existencia de recursos de esta naturaleza; b) jurisdiccionales, judiciales y cuasi-judiciales; en esta última categoría se encuentran las *recomendaciones* y acciones de órganos como los *ombudsman* o, a nivel internacional, de los organismos especializados de la ONU; c) de exigibilidad directa, o indirecta o por conexidad; o sea, en estos últimos, se alcanza la protección a través de la defensa de otros derechos humanos con los cuales se encuentran estrechamente relacionados, y la violación de uno implica la del otro; d) de exigencia inmediata o progresiva; en esta última se incluye el principio de no regresividad; una vez reconocido y hecho valer un derecho no hay marcha atrás, no es admisible ningún retroceso;⁶ e) de carácter nacional o internacional, y f) de naturaleza jurídica o social; en este último aspecto se halla tanto el activismo individual como las acciones de la sociedad organizada, en especial las de las ONG, tanto las de carácter nacional como las internacionales.

Desde luego, estas clasificaciones se imbrican entre sí. Por ejemplo, una resolución del más alto tribunal en un país es de naturaleza jurisdiccional, nacional y generalmente de cumplimiento inmediato, aunque basada en una exigibilidad directa, indirecta o por conexidad.

⁶ García Ramírez, Sergio, "Protección jurisdiccional internacional de los derechos económicos, sociales y culturales", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 9, 2003, pp. 133 y 134; véase el voto separado del juez de la Corte IDH Rodolfo E. Piza Escalante en la OC-1-82, 24 de septiembre de 1982, serie A, núm. 1, párr. 6.

La *recomendación* de un *ombudsman* es expedida por un órgano cuasijudicial, que puede ser de carácter nacional o internacional, de exigencia inmediata o progresiva.

En esta cuestión de la garantía efectiva de los derechos de la justicia social hay que tener en cuenta la unidad de los derechos humanos, que sus características son las mismas, aunque no puede olvidarse que existen singularidades entre ellos, las que no pueden afectar su esencia; sin el cumplimiento de uno o unos de ellos, no es posible el cumplimiento de otro u otros.

II. SU PROTECCIÓN JURISDICCIONAL

3. Me interesa resaltar cómo se protegen y cómo se pueden proteger los derechos de la justicia social en el orden jurídico mexicano, tanto ante los tribunales como ante otros órganos, dentro del esquema de clasificación apuntado:

a) *La existencia de jurisdicciones especializadas* para la defensa de los derechos sociales. Muchos de los derechos establecidos en los artículos 2o. y 27 c (tierra, agua y bosque) se garantizan ante los tribunales agrarios; muchos de los derechos establecidos en el artículo 123 c (laborales), apartado A, ante las Juntas de Conciliación y Arbitraje —verdaderos tribunales—; y los del apartado B, en el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, las comisiones sustanciadoras de la SCJN y el Trife, y sus equivalentes en las entidades federativas. Hay que tener en cuenta la existencia del amparo agrario que implica singularidades propias, como la suplencia de la queja, derechos imprescriptibles, la búsqueda de oficio de pruebas que puedan beneficiar a las comunidades, ejidatarios o comuneros, la improcedencia del sobreseimiento por inactividad procesal y de la caducidad de la instancia; algunos de estos aspectos también se encuentran en la materia laboral en relación con los trabajadores.

b) *La procedencia del juicio de amparo indirecto* en diversos casos:

i) El artículo 2o. c ante la violación de obligaciones señaladas a las autoridades en el apartado B, fracs. I y IX, párr. 2o.; en relación con los derechos indígenas.

ii) A través del principio de conexidad con otros derechos humanos, en virtud de que si se viola el derecho social, también se violan otros derechos como los:

- de igualdad y no discriminación
- del debido proceso legal, y
- el derecho a la vida digna.

Lo anterior reviste una importancia singular. El derecho comparado es una buena fuente de inspiración. Me detengo en un breve examen de esos aspectos.

c) *Especialización de técnicas de decisión judicial*. Diversas cortes y tribunales constitucionales han protegido varios derechos sociales al comparar la situación de que gozan personas o grupos con las condiciones de quienes carecen de las mismas; este método es aplicable a la Constitución mexicana. Abramovich y Courtis señalan algunos ejemplos: en Estados Unidos, la Suprema Corte, en el conocido caso *Brown vs. Board of Education*, condenó la discriminación racial, entre otros aspectos, en la educación y por las condiciones desiguales en que se prestaba ese servicio en los diferentes establecimientos escolares, pues la segregación racial “produce inevitables desigualdades en las instalaciones físicas”. Posteriores resoluciones de la Corte extendieron los efectos del caso *Brown* a otros aspectos de evidentes desigualdades relacionadas con la educación.

La Corte italiana, basada en los mismos principios de igualdad y no discriminación, declaró la inconstitucionalidad del diverso tratamiento económico a los profesores universitarios en relación con el personal directivo, así como de la exclusión injusta de los beneficios de una pensión de vejez a un grupo social.⁷

El Tribunal Constitucional español ha utilizado este principio de conexidad⁸ para ampliar la pensión a un grupo discriminado. La Corte colombiana ha hecho suyo dicho principio para proteger derechos a la alimentación, la salud, la educación, el trabajo, la seguridad social y la vi-

⁷ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2004, pp. 170-174.

⁸ Acuña, Juan Manuel, “La exigibilidad jurisdiccional de los derechos sociales como vía para el control de la racionalidad de las políticas públicas”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La protección constitucional de los derechos fundamentales. Memoria del II Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Porrúa-IMDPC, 2010, p. 576.

vienda, al aplicar el parámetro de razonabilidad y proporcionalidad para determinar si se ha vulnerado o no el principio de igualdad.⁹

En México, también se conocen tesis que aplican el principio de conexidad expedidas por la SCJN con la finalidad de proteger la salud. Se declaró la inconstitucionalidad de la fracción V del artículo 24 de la Ley del ISSSTE por violar la garantía de igualdad, al establecer requisitos para que el esposo o concubinario de la trabajadora tuvieran derecho a servicios médicos y de salud que no se exigían a la esposa o concubina del trabajador.¹⁰ La propia SCJN resolvió una controversia constitucional y estableció el criterio de que el artículo impugnado impide que el gobernado “ ejerza en forma plena su derecho a la educación y logre una efectiva igualdad en oportunidades de acceso y permanencia en los servicios educativos”.¹¹

En nuestro país hay que profundizar y aplicar este principio de conexidad con mayor frecuencia en defensa de los derechos de la justicia social. Debe aclararse que el principio de conexidad no se identifica con el “test de razonabilidad”, aunque tienen algunos aspectos comunes.

d) Asimismo, se pueden y deben proteger derechos de la justicia social a través del principio de conexidad por violación de derechos relacionados con el debido proceso, como pueden ser, entre otros, el acceso a la justicia, la carencia de recursos judiciales en la legislación o que éstos sean inadecuados.

Un ejemplo clásico lo constituye el caso *Olga Tellis vs. Bombay Municipal Corporation*, en el cual la Corte Suprema de La India, en 1986, otorgó cierto grado de protección a la vivienda, al examinar los derechos al debido proceso y a la vida.

Grupos importantes de personas vivían en las calles y espacios públicos de Bombay en instalaciones precarias que habían construido en diversos tiempos. Muchas de ellas habían emigrado del campo para conseguir

⁹ Arango, Rodolfo, *op. cit.*, p. 25; véase Sagüés, María Sofía, “La proyección de la jurisprudencia y resoluciones de los órganos de aplicación de derechos económicos, sociales y culturales en el plano interamericano por los tribunales constitucionales. Perspectiva argentina”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), *op. cit.*, p. 57.

¹⁰ Tesis P.LIX/99, amparo en revisión 2231/97, 25 de octubre de 1999, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, novena época, t. X, agosto de 1999, p. 58.

¹¹ Tesis P./J.146/2001, controversia constitucional 29/2000, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, novena época, t. XV, enero de 2002, p. 1035.

trabajo en la ciudad. La municipalidad de Bombay, con el auxilio de la policía, comenzó a realizar desalojos masivos forzosos y la destrucción de esas viviendas, al tratar de reubicarlos en las zonas rurales de las que provenían.

Los desalojados perdieron su trabajo y su forma de subsistir. Un grupo de ellos demandó que el tribunal impidiera los desalojos hasta que tuvieran acceso a un debido proceso legal y a recibir un alojamiento alternativo, y que los poseedores de las viviendas destruidas fueran indemnizados.

Los demandantes no cuestionaron su falta de derecho a vivir en las aceras y espacios públicos, pero sí que tenían derecho a vivir, de acuerdo con el artículo 21 c, y para ello necesitaban trabajar, por lo cual habían emigrado y construido sus viviendas precarias cerca de su trabajo, en las que muchos habitaban desde hacía más de veinte años.

La Corte de La India examinó la ley en la cual se basaban los desalojos, que era omisa en derechos como audiencia previa y notificación formal, y examinó el grave problema social que implicaba el caso, las circunstancias históricas que habían propiciado la inmigración, el gran número de personas que se quedarían sin trabajo, afectándose así su derecho a la vida. La Corte admitió que los desalojos vulneraban diversas garantías del debido proceso, que el Estado no estaba obligado a proporcionar una vivienda a todos los afectados quienes no tenían derecho a vivir en las aceras y lugares públicos, pero ponderó los aspectos sociales y resolvió que los desalojos no procederían sino hasta un mes después de finalizada la temporada de los monzones, que el Estado brindaría alojamiento temporal, y para aquellos que habitaban casas con mejoras y más de veinte años de residencia, se establecería un procedimiento de expropiación; además, si existía un interés público, se indemnizaría y reubicaría.¹²

Este caso reviste interés especial, porque se protegieron derechos sociales en relación con derechos del debido proceso, y se examinaron aspectos económicos y sociales de grupos vulnerables, así como las causas por las cuales habían construido sus viviendas precarias en las aceras y espacios públicos, y las consecuencias sociales de esos desalojos a rajatabla y sin medidas para asegurarles a esos grupos sus derechos a la vida, subsistencia, trabajo y también a tener una vivienda, sin desconocerse el interés

¹² Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op. cit.*, pp. 193-197; Acuña, Juan Manuel, *op. cit.*, pp. 577 y 578.

público de mantener la libre circulación en las calles, aceras y espacios públicos, así como los problemas sociales, ambientales y de salubridad que el hacinamiento causaba.

En México, también el principio de conexidad en relación con los derechos del debido proceso legal es un camino adecuado y abierto para la defensa de los derechos de la justicia social, con mayor razón al existir figuras procesales *ad hoc* como la suplencia de la queja y las otras mencionadas en el inc. 3, a) del presente epígrafe.

e) Asimismo, la protección por conexidad con otros derechos ha hecho posible garantizar el derecho a la salud, como en el caso colombiano en que éste no se encuentra expresamente reconocido por la Constitución, pero la Corte Constitucional colombiana configuró la tesis de que también son derechos fundamentales “aquellos que no siendo denominados como tales en el texto constitucional, sin embargo, les es comunicada esta calificación en virtud de la íntima e inescindible relación con otros derechos fundamentales, de forma que si no fueran protegidos en forma inmediata los primeros se ocasionaría la vulneración o amenaza de los segundos”.

Con ese fundamento, dicha Corte Constitucional ha protegido el derecho a la salud en diversos casos que comprenden a personas con pronóstico no favorable de curación, mujeres embarazadas o con posterioridad al parto, minorías étnicas, madres solteras, mujeres embarazadas o madres en situación de desamparo o desempleo, a quienes se les ha otorgado un subsidio alimentario, atención médica integral para adultos mayores en situación de indigencia, enfermos de sida con derecho a anti-retrovirales en cantidad y periodicidad adecuadas, capacitación para la rehabilitación o la integridad social para discapacitados, tanto física como mentalmente, etcétera.¹³

En México, en relación con la protección a la salud, no es indispensable realizar la conexidad de los derechos, debido a que aquel está expresamente reconocido en la Constitución. La SCJN, al respecto, ha establecido importantes tesis.

Por ejemplo, este derecho comprende la recepción de medicamentos básicos para el tratamiento de las enfermedades y su suministro por las

¹³ Ordóñez E., Jorge R., “El derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. Apuntes para la definición de un contenido esencial de ese derecho en la jurisprudencia mexicana”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *op. cit.*, pp. 599 y 600.

dependencias y entidades que prestan los servicios respectivos, sin que obste que los medicamentos sean de reciente aparición, ni que existan otras enfermedades que merezcan igual o mayor atención por parte del sector salud.¹⁴

La protección a la salud es una responsabilidad que comparte el Estado, la sociedad y los interesados, con base en criterios de capacidad contributiva y redistribución del ingreso. A los interesados se les puede solicitar una cuota de recuperación en los servicios públicos de salud, que se determinan de acuerdo con el costo de los servicios o las condiciones socioeconómicas de los usuarios, eximiéndose de su cobro a aquellos que carezcan de recursos para cubrirlas.¹⁵

La SCJN, en la tesis P. XVI/2011, siguió los criterios de la observación general número 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, y determinó que el derecho a la salud impone al Estado las obligaciones de garantizar que sea ejercido sin discriminación alguna y de adoptar medidas para su plena realización, que el Estado tiene el deber concreto y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible para la plena realización de este derecho de la protección a la salud, y que existe una fuerte presunción de que no son admisibles las medidas regresivas en relación con este derecho.¹⁶

f) El principio de conexidad comprende también la referencia a derechos civiles con la finalidad de proteger derechos de la justicia social, en virtud de que no es posible garantizar el disfrute de los primeros si no se protegen los segundos.

Un caso clásico se encuentra en *López Ostra vs. España*, en el cual la actora vivía con su familia en una zona muy cercana a una planta depuradora que había sido autorizada por el municipio. La actora, debido a la contaminación originada por esa planta, se había visto obligada en diversas ocasiones a abandonar su domicilio y aducía daños en su salud y en la de los otros miembros de su familia. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos destacó el derecho a la protección de la vida privada y familiar,

¹⁴ Tesis P.XIX/2000, amparo en revisión 2231/97, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, novena época, t. XI, marzo de 2000, p. 112.

¹⁵ Tesis P./J.136/2008, amparo en revisión 220/2008, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, novena época, t. XXVIII, octubre de 2008, p. 61.

¹⁶ Tesis P.XVI/2011, amparo en revisión 315/2010, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, novena época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 29.

y a la inviolabilidad del domicilio para proteger el derecho a un medio ambiente adecuado. La actora desde las instancias nacionales había alegado diversas violaciones a sus derechos civiles.

El Tribunal Europeo señaló que “los atentados graves al medio ambiente pueden afectar el bienestar de una persona y privarla del goce de su domicilio de manera nociva para su vida privada y familiar”.¹⁷

g) Asimismo, factible es que se protejan derechos sociales a través de la defensa de otros derechos sociales, como prestaciones diversas en seguridad social a partir de los derechos de los consumidores o el derecho a la vivienda, a través de la función social de la propiedad o el derecho a la protección a la salud.

Algunos tribunales colegiados de circuito en México han resuelto que no es razón suficiente para el retiro de militares el que éstos resulten positivos a las pruebas del virus de inmunodeficiencia humana (VIH), sino que hay que acudir a la interpretación de los dispositivos constitucionales, leyes federales y tratados internacionales de los que México es parte, y que protegen el derecho a la salud, a la permanencia en el empleo y a la no discriminación.¹⁸

En nuestro país, las resoluciones que se apoyan en derechos del trabajador para proteger derechos a la seguridad social y viceversa son muy numerosas. A continuación enumero algunos ejemplos: el trabajador de confianza al servicio del Estado aunque no goza del derecho a la estabilidad en el empleo, sí tiene derechos de protección al salario y de seguridad social; entre éstos últimos se encuentran, *además de otros*, seguros de enfermedades y maternidad, de riesgo de trabajo, de jubilación, de retiro, por invalidez, servicios de rehabilitación y préstamos para adquisición de vivienda.¹⁹

¹⁷ Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op. cit.*, pp. 207 y 208; véase Acuña, Juan Manuel, *op. cit.*, pp. 578 y 579.

¹⁸ Tesis aislada I.4o.A.438A, amparo en revisión 779/2003, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, novena época, t. XX, octubre de 2004. Por ejecutoria del 11 de noviembre de 2005, la segunda sala de la SCJN declaró inexistente la contradicción de tesis 165/2005-SS en la cual participaba este criterio.

¹⁹ Tesis 2a./J.204/2007, amparo directo en revisión 813/2003, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, novena época, t. XXVI, noviembre de 2007, p. 205.

El trabajador tiene derecho a las indemnizaciones, pensiones y demás beneficios propios del seguro de riesgos profesionales, así como al pago de las prestaciones derivadas del seguro de enfermedades y maternidad.²⁰

El derecho a la pensión que otorga la Ley del Seguro Social, en cuanto a su obtención y reclasificación, es imprescriptible,²¹ tesis que se ha reiterado en diversas ocasiones.

h) Abramovich y Courtis señalan que una vía indirecta para la exigibilidad de los derechos de la justicia social la constituye el derecho a la información, al erigirse como un control ciudadano de las políticas públicas, en especial en el área económica y social, así como del grado y efectividad de los derechos de la justicia social. El ejemplo que estos autores señalan se refiere al Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y a un caso de la Corte Constitucional de Colombia sobre los Derechos Culturales de la Comunidad U'wa.²² El ejemplo que ellos asientan es aplicable a México y a muchos de los derechos contenidos en el artículo 2o. de nuestra Constitución, a través del proceso de amparo indirecto.

No obstante, hay que tener en cuenta el papel que dichos autores asignan al derecho a la información para la defensa de otros derechos. De esta manera, en la protección de los derechos de la justicia social juega y puede jugar un papel trascendente el principio de conexidad, aunque la corriente moderna,²³ México incluido por fortuna, consiste en defenderlos en forma directa, que desde luego es mejor y más diáfano, pero cuando ello no es posible, el principio de conexidad resulta de especial utilidad, tal y como se comprueba con diversas tesis del Poder Judicial federal en nuestro país, aunque su desarrollo es aún incipiente.

En México, si el Estado toma una medida regresiva en relación con los derechos de la justicia social reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales que el país ha ratificado, procede el amparo indirecto, por tratarse de una violación directa a la Constitución. Si la

²⁰ Tesis 2a./J.44/2004, contradicción de tesis, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, novena época, t. XIX, abril de 2004, p. 445.

²¹ Tesis aislada, amparo directo 1023/88, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, octava época, t. I, enero a junio de 1988, p. 656.

²² Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op. cit.*, pp. 235-240.

²³ Así acontece en Colombia, véase Arango, Rodolfo, *op. cit.*, p. 21. Lo mismo puede afirmarse de La India y Sudáfrica; véase Grote, Rainer, *op. cit.*, pp. 137-140.

medida regresiva se encuentra en una ley, también procede la acción y la controversia constitucional.

4. *La competencia correspondiente al órgano que viola o incumple sus obligaciones.* El IMSS, ISSSTE y Pémex, en lo referente a sus trabajadores y en relación con la protección a la salud, accidentes y pensiones; el Infonavit y Fovissste en cuanto al derecho a la vivienda.

5. En México, otro instrumento o garantía constitucional para la protección de los derechos de la justicia social se encuentra en las acciones de inconstitucionalidad que prevé el artículo 105, II, c en cuanto se plantea la posible contradicción entre una norma de carácter general y la Constitución. Es un proceso excepcional en la defensa de estos derechos en cuanto no están legitimados para ejercer esas acciones las personas individuales o colectivas, sino únicamente a quienes expresamente señala la Constitución.

No obstante, de importancia resulta el inciso g) del mencionado artículo 105, II, c en virtud de que se legitima a la CNDH a ejercer la acción de inconstitucionalidad

en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Asimismo, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los Estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

A la Comisión Nacional, como a los organismos locales equivalentes, una persona o una organización pueden solicitarle, otorgándole argumentos, la interposición de la acción de inconstitucionalidad. Si la Comisión Nacional o el organismo local consideran que dicha acción no procede, deberán refutar por escrito los argumentos aludidos. Ya sea que la Comisión Nacional o sus equivalentes locales decidan interponer o no dicha acción, esa decisión es importante, incluso en el supuesto de la negativa,

porque existen altas probabilidades de que se logre una discusión al respecto en los medios de comunicación.²⁴

El artículo 105, I, c establece la garantía procesal de la controversia constitucional para los conflictos entre los diversos órganos del poder en sus tres niveles. No es imposible que la materia del conflicto entre dichos órganos se refiera a violaciones de derechos humanos.

La SCJN es el tribunal competente para resolver las acciones de constitucionalidad y las controversias constitucionales.

III. SU PROTECCIÓN NO JURISDICCIONAL

6. Asimismo, los derechos de la justicia social se pueden proteger por medios procesales no jurisdiccionales, que son importantes en la realidad mexicana, y que deben serlo más y mejor:

a) *El IFAI*, como organismo especializado de carácter cuasi-judicial, para la protección de los derechos reconocidos en el artículo 6o. c (a la información y a la protección de datos personales). Este segundo derecho puede considerarse de carácter individual, aunque de inexorable vocación social.

b) *Los órganos ombudsman especializados* como la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor, la Procuraduría del Trabajo, la Procuraduría Agraria, la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, el Instituto Nacional de las Mujeres y, de manera tímida, la Comisión Nacional de Arbitraje Médico.

c) *Los órganos ombudsman de carácter general* que integran el sistema no jurisdiccional de defensa de los derechos humanos (artículo 102, B, c).

De todos ellos, el más importante es la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), que se creó el 6 de julio de 1990 a través de un decreto presidencial, como un organismo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, con autonomía funcional.

La CNDH, a través de su trabajo, sus resultados y sus recomendaciones, se prestigió socialmente, lo que permitió que dicha Comisión se “constitucionalizara” a través de su inclusión en nuestra ley fundamental,

²⁴ Al respecto, véase Astudillo, César y Carbonell, Miguel (comps.), *Las comisiones de derechos humanos y la acción de inconstitucionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, 169 pp.

agregándole, en enero de 1992, un apartado B al artículo 102 para crear un sistema nacional no jurisdiccional de defensa y protección de los derechos humanos, cuyos principios fueron los siguientes:

- La creación de organismos de protección de los derechos humanos.
- La expedición de recomendaciones públicas autónomas no obligatorias para la autoridad.
- El establecimiento de su competencia.
- La figura del *ombudsman* judicial.
- La revisión de las recomendaciones impugnadas de los organismos de las entidades federativas por parte de la CNDH.²⁵

Este sistema ha sufrido diversas reformas constitucionales; las más importantes son las realizadas en 1999 y 2011.²⁶

Debe resaltarse que dicha protección abarca casi la totalidad de los derechos humanos, y en materia de los derechos de la justicia social no existe excepción alguna.

La CNDH ha expedido recomendaciones que abarcan derechos de la justicia social en materias tales como incumplimiento en el pago del salario, incumplimiento de prestaciones de seguridad social, en materia de vivienda, servicio público de educación, servicio público de salud.

²⁵ Carpizo, Jorge, “Análisis del artículo 102, apartado B de la Constitución”, en varios autores, *La modernización del derecho mexicano*, México, Porrúa, 1994, pp. 171-185; ensayo incorporado en el libro Carpizo, Jorge, *Derechos humanos y ombudsman*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, pp. 23-25, 92-93 y 95-97; véase Hernández Cruz, Armando, *Los derechos económicos, sociales y culturales y su justiciabilidad en el derecho mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, pp. 148-157.

²⁶ Carpizo, Jorge, “La reforma constitucional de 1999 a los organismos protectores de los derechos humanos”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, núm. 3, pp. 27-51; ensayo incorporado al libro *id.*, *Temas constitucionales*, México, Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 377-384; *id.*, “¿Es acertada la probable transferencia de la función de investigación de la Suprema Corte a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos?”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, pp. 313-337; véase García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, pp. 177-190.

La Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, la segunda en importancia en el país, también ha hecho importantes recomendaciones en estos campos, especialmente en cuanto a diversos aspectos en el servicio público de salud.²⁷

Esta es una de las vías para la protección de los derechos de la justicia social en la cual hay que profundizar y ampliar su ejercicio.

IV. SU PROTECCIÓN A TRAVÉS DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE 1966

7. En cuanto a la defensa procesal de los derechos de la justicia social no se pueden olvidar los tratados internacionales que los establecen, que México ha ratificado y aquellos que son los más importantes para la región: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 y el Protocolo adicional a la Convención Americana en la materia, “Protocolo de San Salvador” de 1988.

El primero, en su artículo 2.1, señala que los Estados partes quedan comprometidos a adoptar las medidas, tanto por separado o a través de la cooperación internacional, “hasta el máximo de los recursos de que disponga”, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto.

El Comité de ese Pacto Internacional de la ONU ha extendido el significado del mencionado artículo 2.1 en diversas declaraciones, como en la de la pobreza de mayo de 2001 y en su observación general número 9, la cual reviste una importancia excepcional, en la que se sostiene que dichos derechos deben hacerse valer a través de “recursos legales” tanto de carácter judicial como de otra naturaleza, como son los recursos administrativos. Por su trascendencia cito algunos párrafos de dicha observación general:

C. La función de los recursos legales

¿Recursos legales o judiciales?

9. El derecho a un recurso efectivo no debe interpretarse necesariamente en el sentido de que exige siempre un recurso judicial. Los recursos administrativos en muchos casos son adecuados, y quienes viven bajo la jurisdic-

²⁷ García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, p. 135.

ción de un Estado parte tienen la expectativa legítima de que, sobre la base del principio de buena fe, todas las autoridades administrativas, al adoptar decisiones, tendrán en cuenta las disposiciones del Pacto. Esos recursos administrativos deben ser accesibles, no onerosos, rápidos y eficaces. También es conveniente muchas veces establecer un derecho último de apelación judicial con respecto a los procedimientos administrativos de este tipo. Por el mismo motivo, hay algunas obligaciones, como las referentes a la no discriminación (aunque sin limitarse en modo alguno a ellas), respecto de las cuales parecería indispensable el establecimiento de algún tipo de recurso judicial para que pudieran considerarse cumplidas las prescripciones del Pacto. En otras palabras, cuando un derecho reconocido en el Pacto no se puede ejercer plenamente sin una intervención del Poder Judicial, es necesario establecer recursos judiciales.

Justiciabilidad

10. En lo relativo a los derechos civiles y políticos, generalmente se da por supuesto que es fundamental la existencia de recursos judiciales frente a las violaciones de esos derechos. Lamentablemente, en lo relativo a los derechos económicos, sociales y culturales, con demasiada frecuencia se parte del supuesto contrario. Esta discrepancia no está justificada ni por la naturaleza de los derechos ni por las disposiciones pertinente del Pacto. El Comité ya ha aclarado que considera que muchas de las disposiciones del Pacto pueden aplicarse inmediatamente. Así, en la observación general núm. 3 (1990) se citaban, a título de ejemplo, los siguientes artículos del Pacto: el artículo 3, el inciso i) del apartado a) del artículo 7, el artículo 8, el párrafo 3 del artículo 10, el apartado a) del párrafo 2 y del artículo 13, los párrafos 3 y 4 del artículo 13 y el párrafo 3 del artículo 15. A este respecto, es importante distinguir entre justiciabilidad (que se refiere a las cuestiones que pueden o deben resolver los tribunales) y las normas de aplicación inmediata (que permiten su aplicación por los tribunales, sin más disquisiciones). Aunque sea necesario tener en cuenta el planteamiento general de cada uno de los sistemas jurídicos, no hay dimensiones significativas, por lo menos, de justiciabilidad. A veces se ha sugerido que las cuestiones que suponen una asignación de recursos deben remitirse a las autoridades políticas y no a los tribunales. Aunque haya que respetar las competencias respectivas de los diversos poderes, es conveniente reconocer que los tribunales ya intervienen generalmente en una gama considerable de cuestiones que tienen consecuencias importantes para los recursos disponibles. La adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos

grupos de derechos son indivisibles e interdependientes. También se reduciría drásticamente la capacidad de los tribunales para proteger los derechos de los grupos más vulnerables y desfavorecidos de la sociedad.

Aplicación inmediata

11. El Pacto no niega la posibilidad de que puedan considerarse de aplicación inmediata los derechos que contiene en sistemas en que se prevé tal opción. Es más, en el momento de su redacción se rechazaron con firmeza los intentos de incluir en el Pacto una disposición específica en el sentido de que no tenía aplicación inmediata. En la mayoría de los Estados, la determinación de que la disposición de un tratado es, o no es, de aplicación inmediata corresponde a los tribunales, no al Poder Ejecutivo ni al Legislativo. Para poder desempeñar efectivamente esta función hay que informar a los jueces y a los tribunales competentes de la naturaleza y las consecuencias del Pacto y de la importante función que desempeñan los recursos judiciales en su aplicación. Por ejemplo, cuando las actuaciones judiciales afectan a gobiernos, éstos deben fomentar las interpretaciones de las leyes nacionales que den efecto a sus obligaciones derivadas del Pacto. Es especialmente importante evitar cualquier suposición *a priori* de que las normas no deben considerarse de aplicación inmediata...

D. El trato del Pacto en los tribunales internos

12. En las directrices revisadas del Comité relativas a la forma y el contenido de los informes que han de presentar los Estados partes se pide a éstos que faciliten información acerca de si las disposiciones del Pacto “pueden ser invocadas ante los tribunales de justicia, otros tribunales o autoridades administrativas y aplicadas por éstos directamente”.

Al respecto, hay que tener en cuenta que: a) dicho Comité es el intérprete autorizado y de última instancia del PIDESC, b) sus observaciones generales no pueden ser obviadas por los Estados partes, porque en ese caso incluso se les podría considerar violadores de dicho Pacto, además que esas observaciones generales son pautas para que el Comité del PIDESC examine los informes del Estado en cuestión, c) éste puede hacer comentarios a las observaciones del Comité en relación con su informe, d) el informe de cada Estado se presenta de acuerdo con un programa que establece el Consejo Económico y Social de la ONU, previa consulta con los Estados partes y con los organismos especializados interesados.

En mayo de 2006, el Comité del PIDESC examinó el cuarto informe periódico de México sobre el cumplimiento de ese Pacto y señaló tanto aspectos positivos como sus principales motivos de preocupación.

8. Importante podrá resultar el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU de 2009, que aún no entra en vigor,²⁸ y que faculta al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de ese organismo *a recibir y examinar comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas* que aleguen violaciones a los derechos consagrados en el Pacto por los Estados partes del mencionado Protocolo Facultativo, el cual se refiere a los aspectos procedimentales para desahogar dichas comunicaciones, que concluirá en un *dictamen* y recomendaciones, si las hubiere.

V. SU PROTECCIÓN A TRAVÉS DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

9. Algunos aspectos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos los examino en otro capítulo. En estos incisos me interesa resaltar que los órganos especializados en defensa de los derechos humanos amplían cada vez más su visión y su protección en relación con los derechos de la justicia social.

El principio de conexidad que he examinado en párrafos anteriores es igualmente aplicable, y así acontece a nivel internacional y regional.

Además, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) otorga firmes bases jurídicas para que sus órganos defensores de derechos humanos conozcan de violaciones a esos derechos. El artículo 8.1 indica, en una forma general no excluyente, la facultad de recurrir a la jurisdicción como una garantía judicial para la protección de los derechos, es decir, de *todos* los derechos humanos.

El artículo 26 de esa Convención señala:

Desarrollo Progresivo

Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Es-

²⁸ Sandoval Terán, Areli y Torre, Carlos de la, *Los derechos económicos, sociales y culturales: exigibles y justiciables*, México, Espacio DESC y ONU-DH, 2010, pp. 12, 16 y 17, 22-26, 46 y 47; Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*, Quito, Cevallos Editora Jurídica, 2010, pp. 126-129; véase Grote, Rainer, *op. cit.*, pp. 142-144.

tados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa y otros medios apropiados.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha aceptado y se ha pronunciado sobre diversas quejas individuales que afectan derechos económicos, sociales y culturales. Jorge Ulises Carmona señala los siguientes: a jubilados que les retrasaban y dificultaban el reajuste de su pensión (caso Amílcar Menéndez, Juan Manuel Caride y otros *vs.* Argentina); por contaminación ambiental, debido a la permanencia de una cancha de relaves de residuos tóxicos (caso de la Comunidad de San Mateo Huanchor y sus miembros *vs.* Perú); afectación de tierras de comunidades indígenas (caso de las comunidades indígenas mayas del Distrito de Toledo *vs.* Belice; caso Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat *vs.* Argentina; Comunidad yanomami *vs.* Brasil); protección a la salud relacionada con enfermos VIH/Sida (caso Jorge Odir Miranda Cortez *vs.* El Salvador; caso Luis Rolando Cuscul *vs.* Guatemala), y la negación a una mujer a buscar empleo (caso María Eugenia Morales de Sierra *vs.* Guatemala).²⁹

Gonzalo Aguilar Cavallo cita otros casos, cuyo conocimiento y desahogo aceptó la CIDH, relacionados con las pensiones de funcionarios públicos en Brasil; la preservación de la salud en Estados Unidos; la no regresividad de los derechos sociales en Perú; el derecho a huelga en el sector público en Nicaragua; los asuntos relacionados con enfermos VIH/Sida en Ecuador y Estados Unidos.³⁰

Me interesa subrayar que la CIDH ya abrió la puerta para conocer y proteger los derechos de la justicia social.

10. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha seguido el camino de la Comisión Interamericana, aunque aún el número de casos resueltos en relación con los derechos de la justicia social no son numerosos, ésta es una vía que habrá de ampliarse en el futuro.

En su opinión consultiva OC-11/90 de agosto de 1990, la Corte se refirió a la conexión que existe entre acceso a la justicia, prohibición de discriminación e indigencia.

²⁹ Carmona Tinoco, Jorge Ulises, "La CIDH como espacio para el activismo legal transnacional: acervo en materia de DESCAs", en Bogdandy von, Armin *et al.* (coords.), *op. cit.*, pp. 194-196.

³⁰ Aguilar Cavallo, Gonzalo, *op. cit.*, pp. 218-232.

Varios de los casos que mencioné en relación con la CIDH llegaron a la jurisdicción de la Corte Interamericana, la que ha resuelto expedientes sobre la protección a la salud, las tierras de comunidades indígenas, el derecho a la educación y muy diversos aspectos relacionados con el derecho al trabajo y a la jubilación.³¹ En estas resoluciones, la base de la protección se basó en el principio de conexidad.

No obstante, en el caso *Acevedo Buendía y otros vs. Perú*,³² la Corte Interamericana se basó en el transcrito artículo 26 de la CADH y examinó su significado y alcances con hondura respecto a la cláusula de progresividad, lo que con anterioridad sólo lo había realizado en forma marginal; ante la excepción de incompetencia presentado por Perú, la Corte pronunció que “la regresividad resulta justiciable cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate”. Asimismo, la Corte profundizó sobre la interdependencia de los derechos humanos y su unidad indisoluble.³³

La especial importancia de las resoluciones de la Corte IDH estriba en que obligan al Estado parte que ha reconocido su competencia contenciosa, entre ellos México, así como su jurisprudencia, y todo juez de ese Estado debe realizar un control de convencionalidad en el asunto que conoce.

11. México ratificó en 1996 el “Protocolo de San Salvador” o Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988, que señala que el derecho de sindicación, y de la formación y asociación de federaciones y confederaciones de sindicatos, incluso a nivel internacional —y por su estrecha relación también el derecho de huelga—, así como el

³¹ Véanse, entre otros, Corte IDH, *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, Reparaciones y Costas. Sentencia del 4 de julio de 2006, serie C, núm. 149; Corte IDH, *Caso Huilca Tecse vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 3 de marzo de 2005, serie C, núm. 121; Corte IDH, *Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú*. Excepción preliminar. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 10 de julio de 2007, serie C, núm. 167; Corte IDH, *Caso cinco pensionistas vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de febrero de 2003, serie C, núm. 98.

³² Corte IDH, *Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú*. Excepciones preliminares. Fondo, Reparaciones. Sentencia del 1o. de julio de 2009, serie C, núm. 221.

³³ *Ibidem*, párr. 103; véase Burgogue-Larsen, Laurence, “La metamorfosis del trato de los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Los avances del asunto *Acevedo Buendía vs. Perú*”, en Bogdandy von, Armin *et al.* (coords.), *op. cit.*, pp. 110-117.

derecho a la educación, en y con las modalidades señaladas en el artículo 13 —que son amplias—, son susceptibles de peticiones individuales ante la CIDH y la Corte IDH de acuerdo con las disposiciones de la CADH y los reglamentos respectivos de esos órganos.

Sergio García Ramírez considera que los casos de peticiones individuales, conforme al “Protocolo de San Salvador”, pudieran ampliarse a otra hipótesis en virtud de los artículos 1 y 2 del propio Protocolo, y al principio de conexidad cuando sea indispensable para la protección de los derechos de la justicia social.³⁴ Estoy de acuerdo con este planteamiento.

Además, los Estados partes del Protocolo se obligan a presentar informes periódicos en relación con las medidas progresivas que adopten para asegurar el respeto a los derechos consagrados en el Protocolo, los cuales serán examinados por los consejos especializados y la CIDH, y con sus recomendaciones de carácter general, los conocerá la Asamblea General de la OEA.

En esta forma, la exigibilidad de los derechos sociales ya alcanzó —aunque necesita desarrollarse y fortalecerse— el ámbito regional, en virtud de que su incumplimiento será susceptible de llegar al conocimiento de los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos a través de peticiones individuales. Considero que este desarrollo será imparabile, y poco a poco se irán superando las frases prudentes como “en la medida de los recursos disponibles” y “hasta el máximo de los recursos de que disponga”, al no quedar éstas únicamente al criterio de los poderes Ejecutivo y Legislativo, sino que intervendrá la ponderación del Poder Judicial. Toda la perspectiva de la exigibilidad jurídica de tales derechos podrá y deberá ampliarse.

12. Se puede concluir que en México los derechos de la justicia social tienen una exigibilidad procesal imperfecta, en cuanto aún son varios los derechos de la justicia social que todavía no son plenamente exigibles, pero no se puede afirmar que no son exigibles procesalmente, porque muchos de ellos sí lo son a través de vías diversas, y la tendencia es a su protección procesal plena. La numeración que he realizado de los instrumentos procesales fundamenta mi afirmación.

No es admisible que el Estado trate de eludir sus obligaciones en relación con los derechos de la justicia social aduciendo falta de recursos

³⁴ García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, p. 143.

económicos, en virtud de que: a) es su responsabilidad el buen manejo de la economía nacional; b) para ello la Constitución mexicana le otorga los instrumentos necesarios para hacer efectivos los derechos sociales, y c) debe conseguir un equilibrio entre el libre mercado y la normatividad que asegure que los resultados de esa economía beneficien en primer lugar a la sociedad en su conjunto; la Constitución mexicana le otorga las facultades para conseguir tal finalidad.

VI. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

13. Además, existen en el derecho comparado otros instrumentos procesales para la protección de los derechos de la justicia social en los cuales México comienza a hacer sus pinitos, y otros que habrá de meditar y explorar.

En el primer supuesto se encuentra el control de constitucionalidad por omisión de los órganos estatales, supuesto que ya regulan diversas leyes fundamentales, entre las que se encuentran la portuguesa, la brasileña, la venezolana y la ecuatoriana, así como la jurisprudencia de naciones diversas como Austria, Estados Unidos, Argentina, Alemania e Italia, a través de las denominadas sentencias aditivas, creativas o apelativas.

La omisión puede referirse, de acuerdo con una determinada Constitución, tanto a la ausencia de legislación, a pesar del mandato constitucional a que dicha legislación es omisa parcialmente, como a casos individuales.

No cualquier omisión configura la de carácter constitucional, sino que deben satisfacerse algunos requisitos; entre los que suelen señalarse, se encuentran que la actuación no queda a la discreción del órgano obligado ni a un plazo determinado.³⁵

El artículo 95 c de Ecuador indica que procede la acción de amparo contra un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública que viole o pueda violar un derecho consagrado en la Constitución o en un tratado internacional vigente, y que también procede el amparo si el acto o la

³⁵ Sagüés, María Sofía, “La proyección...”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), *op. cit.*, pp. 67-80; Miranda, Jorge, *Manual de direito constitucional*, t. II: *Constituição e inconstitucionalidade*, Coimbra, Editoria Limitada, 1991, p. 521. Diversos e importantes ensayos sobre este tema se encuentran en Bazán, Víctor (coord.), *Inconstitucionalidad por omisión*, Bogotá, Temis, 1997.

omisión la realizan personas que presten servicios públicos o actúan por delegación o concesión de una autoridad pública.

En México, la SCJN ya abrió la puerta para el control de las omisiones legislativas, vía la controversia constitucional, con la número 46/2002, que promovió el municipio de San Pedro Garza García en contra del Congreso del Estado de Nuevo León, y que se resolvió en marzo de 2005, y la 14/2005, que promovió el Municipio del Centro del Estado de Tabasco, y que se resolvió en octubre del último año mencionado.³⁶

El 6 de junio de 2011 se reformó la Constitución mexicana para *modernizar* y *desformalizar* nuestro proceso de amparo, con lo cual se dan pasos hacia adelante en el control de constitucionalidad por omisión de los órganos estatales.

La actual fracción I del artículo 103 c dispone que procede el amparo:

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.

La fracción VIII del artículo 107 c vuelve a referirse a la acción de amparo por omisión, la que se interpondrá ante un juez de distrito. Esta constituye una reforma mayor.

No obstante, al 31 de diciembre de 2011 no se había reformado la Ley de Amparo para reglamentar la acción de amparo por omisión.

Hay que tener en cuenta que los preceptos constitucionales son de aplicación directa o autoaplicativos. Si ello no fuera así, y su aplicación estuviera sujeta a la existencia de la norma reglamentaria o secundaria, habría que concluir que la Constitución está subordinada a la ley y a la voluntad omisa del Poder Legislativo y, en consecuencia, de norma suprema sólo poseería la denominación.

Con base en ese argumento, el académico y abogado Enrique Carpizo presentó una demanda de amparo contra la omisión del Estado de

³⁶ Tesis P./J.11/2006, controversia constitucional: “Omisiones legislativas. Sus tipos”, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, novena época, t. XXIII, febrero de 2006, p. 1527; véase Astudillo, César, “La inconstitucionalidad por omisión en México”, en Carbonell, Miguel (comp.), *En busca de las normas ausentes*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 297 y ss.

incluir al quejoso en los programas sociales existentes que protegen los derechos de la justicia social.

El quejoso Ricardo Farías, alias “Mancera el de la casa de madera”, es un indigente que vive en la calle, no tiene empleo, carece de estudios y de documentos que lo identifiquen, se encuentra enfermo y se alimenta cuando puede.

Al principio, la juez de distrito que conoce el caso no dictó medida cautelar alguna con la finalidad de que cesaran las constantes violaciones a la Constitución, su actitud era dubitativa y de gran indecisión.

Con posterioridad, decidió conceder la suspensión provisional y definitiva. Sin embargo, requirió al quejoso presentarse ante las autoridades responsables en un periodo no mayor a tres días, con objeto de hacer cesar las omisiones atribuidas al Estado, pero soslayó la condición precaria del agraviado. Al cierre de esta edición hasta aquí había llegado el caso.

VII. LAS ACCIONES COLECTIVAS Y OTRAS POSIBLES PROTECCIONES

14. Las *acciones colectivas* en relación con el interés legítimo. Este aspecto puede llegar a ser un medio eficaz de protección, a partir de la mencionada reforma constitucional de junio de 2011 al artículo 107, frac. I, c que actualmente señala:

El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por esta Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.

El “interés colectivo” para la procedencia del juicio de amparo es una novedad en nuestro país, aunque desde julio de 2010 se había reformado la Constitución para adicionarle un párrafo tercero al artículo 17:

El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos.

Todavía se discuten la naturaleza y los alcances de las nociones de intereses difusos y colectivos. No obstante, se puede expresar que los intereses difusos no pertenecen a un individuo o grupo determinado, y con su reconocimiento se persigue proteger bienes indivisibles propios de una comunidad; si alguien atenta contra ellos se lesiona a esa comunidad, y si una persona o grupo ejerce acción para protegerlos, aunque actúe como individuo, las medidas o resoluciones que se emitan benefician a la comunidad.

Lo característico de los intereses difusos radica en que se protege el interés general o de una comunidad.

A su vez, los intereses colectivos se refieren a grupos determinados e identificables que existen en la comunidad y que persiguen la defensa del propio grupo. Por esta razón, Acosta Estevez expresa que el interés colectivo es una “concretización del interés difuso”;³⁷ es decir, se defienden intereses de la comunidad, pero alrededor de un interés del grupo cuyos integrantes ostentan singularidades comunes, por ejemplo las agrupaciones de consumidores.

Desde esta perspectiva, el interés difuso es el género y el colectivo la especie. El difuso se refiere a bienes jurídicos relativos a todos y cada uno de los integrantes de la sociedad; en cambio, el interés colectivo está relacionado con quienes se identifican con asociaciones o agrupaciones determinadas.

Con la protección de los intereses difusos y colectivos se persigue la defensa y el mejoramiento de la calidad de vida de la comunidad o del grupo, incluidos los intereses de quien o quienes ejercieron la acción, y para lo cual no se necesita pertenecer a ningún grupo, sino que puede hacerse de manera individual. Sin embargo, la acción del individuo aislado beneficia a toda la sociedad o parte de ella.³⁸

Antonio Gidi sostiene respecto a la titularidad de estos derechos que el difuso pertenece a una comunidad de personas indeterminadas e indeterminables, y el derecho colectivo a una colectividad —ya sea un grupo, una categoría o una clase— de personas indeterminadas pero determinables. Así, el titular del derecho es la comunidad en el caso de los derechos

³⁷ Acosta Estévez, José B., *Tutela procesal de los consumidores*, Barcelona, Bosh, 1995, p. 46.

³⁸ Rincón Córdoba, Jorge Iván, *Las generaciones de los derechos fundamentales y la acción de la administración pública*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 200-207 y 226.

difusos, y la colectividad en el de los derechos colectivos. Las personas que integran la comunidad o la colectividad son las que son indeterminadas o indeterminables, no el titular del derecho material en sí.

Los derechos difusos y colectivos son derechos superindividuales, transindividuales, metaindividuales y metasubjetivos; y son indivisibles en cuanto no es posible establecer cuotas individualmente a cada uno de los interesados.

En el derecho difuso, las personas están ligadas por circunstancias o situaciones de hecho. En cambio, en el derecho colectivo las personas lo están por una *relación jurídica-base*, por ejemplo: los clientes de un banco o de una aseguradora, los estudiantes de una escuela, los usuarios de una empresa de tarjetas de crédito, etcétera.³⁹

El 30 de agosto de 2011 se publicaron en el *DOF* diversas adiciones y modificaciones a varias leyes para reglamentar, entre otros aspectos, las acciones difusas y colectivas.

El Código Federal de Procedimientos Civiles (CFPC) fue adicionado con un título —del artículo 578 al 626— denominado “De las acciones colectivas”. En él se establece que “sólo podrán promoverse en materia de relaciones de consumo de bienes o servicios, públicos o privados y medio ambiente”, y que las acciones colectivas tutelan —artículo 580—: a) derechos e intereses difusos y colectivos, y b) derechos e intereses individuales de incidencia colectiva, a través de acciones colectivas que se clasifican en —artículo 581—: acción difusa, acción colectiva en sentido estricto y acción individual homogénea.

El artículo 585 señala quiénes tienen legitimación activa para ejercitar las acciones colectivas: a) la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor, facultad que ya poseía desde varios años antes, b) la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, c) la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, d) la Comi-

³⁹ Gidi, Antonio, “Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos”, en *id.* y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*, México, Porrúa-Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, 2003, pp. 29-35; véase Ovalle Favela, José (coord.), *Las acciones para la tutela de los intereses colectivos y de grupo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, que comprende cinco estudios de diversos países sobre este tema. La introducción del profesor Ovalle Favela otorga una visión panorámica útil para comprender un desarrollo novedoso del procesalismo social; Hernández, María del Pilar, *Mecanismos de tutela de los intereses difusos y colectivos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, pp. 85-106.

sión Federal de Competencia, e) el representante común de la colectividad conformada por al menos treinta miembros, f) las asociaciones civiles sin fines de lucro legalmente constituidas que satisfagan una serie de requisitos, y g) el Procurador General de la República.

Este título reglamenta los diversos aspectos del juicio, incluidas las sentencias, así como facultades al Consejo de la Judicatura Federal en relación con estas materias.

El artículo 38 de la Ley Federal de Competencia Económica dispone que las personas que sufran daños o perjuicios a causa de una práctica monopólica o una concentración prohibida podrán interponer acciones de forma individual o colectiva, y que estas últimas serán en los términos del libro quinto del CFPC, al cual me he referido.

El artículo 53, frac. VII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación otorga competencia a los jueces de distrito en materia civil para conocer las acciones colectivas.

La admisión de acciones colectivas y su reglamentación representan un gran paso en la defensa de los derechos en el orden jurídico mexicano, específicamente de los derechos humanos, y de manera particular de los derechos de la justicia social.

15. La doctrina y el derecho comparado discuten si es posible que el Poder Judicial deba controlar el presupuesto de egresos para asegurar el cumplimiento de los derechos de la justicia social.

Ya desde 1994 existe dicha preocupación. La CEPAL y el IIDH señalaron que habrá de explorarse:

—mediante las garantías constitucionales y legales adecuadas— la creación de mecanismos de control y fiscalización por parte de la sociedad civil sobre gobiernos en relación con políticas socio-económicas que incidan en la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales. La plena instrumentación de estos mecanismos de control hará posible la responsabilidad sobre las actuaciones del poder público en esta materia.⁴⁰

La Corte Suprema argentina, en forma indirecta, ha ejercido este tipo de control, en especial respecto a derechos a la protección a la salud, edu-

⁴⁰ CEPAL-IIDH, “Informe del seminario sobre la propuesta de transformación productiva con equidad y los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista IIDH*, San José, núm. 20, julio-diciembre de 1994, p. 288.

cación, aspectos laborales y alimentación. Dicha Corte sostiene que su intervención en estos casos “no entraña injerencia alguna en el ámbito del Poder Legislativo, ni quiebra el principio de separación de poderes o división de funciones. Se trata del cumplido, debido y necesario ejercicio del control de constitucionalidad de las normas y actos de los gobernantes que le impone la Constitución Nacional”.⁴¹

En relación estrecha con el asunto anterior se encuentra la cuestión de si un tribunal puede controlar la racionalidad de una política pública. En principio, los jueces son renuentes a ello, en razón de que es competencia de los poderes Legislativo y Ejecutivo, y así es. Por otra parte, como bien se afirma, los derechos de la justicia social imponen restricciones a los poderes políticos en la formulación de dichas políticas, las que deben satisfacer los mínimos constitucionales, materia que es competencia de la jurisdicción constitucional, debido al valor de la Constitución como norma y a la protección efectiva de los derechos de la justicia social que la propia ley fundamental estructura.

El Poder Judicial debe ser cuidadoso de no perseguir la alteración del diseño de la política pública, sino de examinar su *razonabilidad*, en virtud de la protección de un derecho, la defensa del principio de igualdad y no discriminación, y la omisión que lesiona el derecho reconocido por la Constitución.

Un ejemplo dejará en claro a lo que me refiero. En Argentina existe una enfermedad que recibe el nombre de fiebre hemorrágica argentina, la cual puede afectar alrededor de 3 millones 500 000 habitantes en una zona territorial determinada; para esa enfermedad existe la vacuna Candid I. Argentina encargó a un laboratorio estadounidense la elaboración de esa vacuna, pero éste suspendió su elaboración por no resultarle rentable. Entonces, Argentina decidió construir un laboratorio para la producción de la vacuna. Cuando se presentó la acción de amparo, las obras del laboratorio se encontraban paradas. El amparo perseguía que se continuara esa construcción y se pudieran elaborar las vacunas. La Sala V de la Cámara de lo Contencioso Administrativo Federal amparó por violación a los derechos a la vida y a la salud, ordenó la terminación de la obra y la elaboración de la vacuna, y responsabilizó de ello a dos ministros en lo

⁴¹ Véase Sagüés, María Sofía, “La proyección...”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), *op. cit.*, pp. 82-95.

personal; además, le encomendó al defensor del pueblo la supervisión del cumplimiento de la resolución.

Ese cumplimiento fue azaroso; fue necesario fijar una multa de 300 pesos diarios y el embargo del presupuesto de la nación para 2001. En 2003 se agotó la partida respectiva; en 2005 se efectuaron pruebas sobre la viabilidad de la vacuna, y en 2006, el gobierno manifestó que ya estaba en posibilidad de proporcionar la vacuna y que la incorporaría al programa nacional de vacunación.⁴²

16. Más allá del marco jurídico, resulta importante la acción social organizada, a través de las ONG, para exigir el cumplimiento de los derechos de la justicia social. Así se han alcanzado resultados positivos en diversos países.

La sociedad, como tal, no puede mostrarse indiferente al incumplimiento de los derechos; su violación u omisión a los de una persona afecta a todos en su conjunto, debido a que cuando éstos no se defienden, cualquier persona puede verse afectada por su violación. La solidaridad social juega un papel trascendente en el respeto y el cumplimiento de todos los derechos humanos y, desde luego, de los de la justicia social.

VIII. LAS CRISIS ECONÓMICAS

17. No es posible desconocer la existencia de crisis económicas internas o externas que afecten la economía del país, y donde el Estado ve disminuir en forma sensible sus recursos económicos.⁴³

Tales situaciones, con todas las limitaciones de las comparaciones, se asemejan a la suspensión de los derechos humanos de carácter individual, aunque no de todos, que regula el artículo 29 c, y que estudiaré al ocuparme de la división de poderes. En consecuencia, incluso en los casos de crisis económicas el Estado, específicamente el Poder Ejecutivo federal, no es el único responsable ni se le otorgan facultades extraordinarias ilimitadas para superar la crisis. En esos casos hay que tener presente todos los supuestos del mencionado artículo 29 c, y además:

⁴² Acuña, Juan Manuel, *op. cit.*, pp. 581-583; Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *op. cit.*, pp. 250-255.

⁴³ Véase Nikken, Pedro, *En defensa de la persona humana*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1988, pp. 81-89.

a) El papel importante del Congreso de la Unión, con los instrumentos con que cuenta: la aprobación de los montos de endeudamiento, la ley de ingresos, el presupuesto de egresos, la autorización de medidas en situaciones de emergencia según el artículo 29 c, y medidas para la regulación de la economía nacional conforme al artículo 131, 2o. párr., c.

b) Las medidas deben ser únicamente las indispensables para superar la crisis económica y por tiempo determinado. No es posible dañar el derecho en su esencia.

c) Todas esas medidas deben afectar lo menos posible a las clases más débiles y que necesitan mayor protección.

d) Los programas sociales de apoyo a las clases más débiles deben sufrir lo menos posible. Hay que privilegiar aquellos que benefician la alimentación, la protección a la salud, la educación y la vivienda, debido a que existe un *mínimo vital*⁴⁴ que no es posible disminuir, porque entonces se estaría afectando la propia dignidad humana.

⁴⁴ El mínimo vital ha sido reconocido por diversas cortes constitucionales, desde la alemana hasta la colombiana, y se basa en los principios del Estado democrático y social de derecho, la dignidad humana y la solidaridad, en concordancia con los derechos humanos a la vida, a la integridad personal y a la igualdad, de donde proviene una protección especial hacia personas en situación de extrema necesidad. / El mínimo vital supone la implantación de medidas positivas o negativas dirigidas a evitar que la persona vea afectada su dignidad, por carecer de las condiciones materiales que le permitan llevar una existencia adecuada. Así, es la base para conferir prestaciones especiales a favor de personas inimputables, indigentes, enfermos, etcétera. / La SCJN se pronunció en el amparo en revisión 2237/2009, resuelto en septiembre de 2011, sobre el mínimo vital. En ese amparo se había impugnado la constitucionalidad de la Ley del Impuesto sobre la Renta. / En la p. 87 se sostiene: “Antes de abordar dichas cuestiones, conviene precisar que el derecho al mínimo vital trasciende a la materia tributaria, pues abarca a todas las medidas que el Estado debe adoptar para garantizar a sus ciudadanos las condiciones mínimas de subsistencia, que son el presupuesto de los demás derechos que consagra la ley fundamental... tal y como ha sostenido este alto tribunal, el derecho al mínimo vital, como presupuesto del Estado democrático de derecho... 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. De esta forma, el goce del mínimo vital es un presupuesto sin el cual las coordinadas centrales de nuestro orden constitucional carecen de sentido, de tal suerte que la intersección entre la potestad estatal y el entramado de derechos y libertades fundamentales consiste en la determinación de un mínimo de subsistencia digna y autónoma protegido constitucionalmente. Este parámetro constituye el contenido del derecho al mínimo vital, el cual, a su vez, coincide con las competencias, 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

e) Las medidas que se tomen se originan por una crisis, por tratar de evitarla o por un “ajuste estructural”; es decir, a una situación excepcional. Entonces, en la interpretación del artículo 29 c, las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos continúan vigentes. Todas esas medidas son susceptibles de ser impugnadas judicialmente.

f) Si la crisis económica puede enmarcarse en los supuestos del artículo 29 c por su gravedad, habrá que seguirse los procedimientos que éste señala, y operan todas las disposiciones del propio artículo, incluso la competencia especializada de la Suprema Corte de Justicia en estos casos. Es decir, los tres poderes de la Unión intervienen en la definición y extensión de las medidas pertinentes.

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”.