

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

cuales el TC puede ser llamado a sentenciar sobre el grado de la concretización de los derechos sociales, cuando esté en cuestión el deber del legislador de dar efectividad práctica a las imposiciones constitucionales respectivas (*supra*, fallo sobre el derecho a la asistencia material en caso de desempleo involuntario). La fuerza vinculante de una decisión positiva de inconstitucionalidad por omisión (art. 283.2 CRP) es diferente de la propia de una declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad de una norma ya existente (art. 282 CRP), hablando CANOTILHO de una «apelación» del TC al legislador, aunque, reconoce el mismo autor, se trata de una apelación con significado no meramente político sino también jurídico²⁶⁵.

Para concluir, hacemos mención a las garantías internacionales de los derechos sociales. De hecho, en armonía con el sentido constitucional de la «apertura» y «amistad» del orden jurídico nacional para con el Derecho internacional de los derechos humanos (arts. 8 y 16 CRP), Portugal se encuentra vinculado por los principales convenios internacionales sobre derechos sociales adoptados en el ámbito sea de las Naciones Unidas, de la Organización Internacional del Trabajo o del Consejo de Europa. En este contexto subrayase la obligación del Estado portugués de presentar informes sobre la situación existente, así como la evolución con respecto a la situación anterior, ante organismos internacionales como el Comité DESC o el CEDS, entre otros. Además, destácase en particular su aceptación del sistema de quejas, a cargo del CEDS, así como la firma del Protocolo Facultativo del PIDESC.

5. MÉXICO*

El debate sobre los derechos sociales en México encierra una situación paradójica: por un lado, los diputados constituyentes de 1917 fueron los primeros (en el siglo XX) en elevarlos a rango constitucional; por otro lado, a noventa y cinco años de aquella innovación jurídica, somos uno de los países que más han postergado el respeto, la protección y la garantía de esos derechos. Si algo caracteriza a los derechos sociales en México, son sus debilidades y atra-

265. CANOTILHO, 2007, p. 1039. Así, con relación a la asistencia material de trabajadores de la Administración Pública desempleados por causas ajenas a su voluntad (STC 474/2002, *supra*, 4.3), la legislación correspondiente fue aprobada en 2008 (Ley 11/2008, que creó la protección de desempleo de los trabajadores de la Administración Pública, materia ahora incluida en la citada Ley 4/2009, que define el régimen de protección social de los trabajadores que ejercen funciones públicas).

* Por Rodrigo GUTIÉRREZ RIVAS y Aline RIVERA MALDONADO.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

sos. Muchos teóricos y la mayoría de los operadores jurídicos continúan considerándolos líneas programáticas a desarrollar por el Estado, y no derechos fundamentales con eficacia directa. Las definiciones legislativas y jurisprudenciales sobre el contenido esencial de los mismos reproducen lo anterior y muchas de las obligaciones que adquieren los poderes públicos frente a ellos, aún permanecen indeterminadas. En general, prevalece una fuerte resistencia para instrumentar las garantías apropiadas que permitan hacerlos efectivos y por tanto en México continúa habiendo graves violaciones a los mismos.

Frente a este escenario, en las siguientes páginas ofreceremos un panorama general del estado actual de los derechos sociales en México. Para ello nos concentraremos en el desarrollo constitucional, teórico, legislativo y jurisprudencial de los mismos.

5.1. CONSTITUCIÓN

Es importante comenzar recordando que, desde 1884, en México se impuso un gobierno dictatorial, encabezado por Porfirio Díaz, que le permitió a un sector minoritario de la población apropiarse, por un lado, de grandes extensiones territoriales y por otro, de los medios de producción, extendiendo en todo el país un sistema cuasi feudal en el que predominaban la desigualdad y la explotación.

Frente a esta situación, a partir de 1910, las clases obrera y campesina lucharon en un movimiento revolucionario de dimensión nacional, que derrocó al régimen porfirista y generó un nuevo pacto social en el que se pudiera reconstruir, de una forma más equitativa, la relación entre capital y trabajo, así como lograr una redistribución de la tierra a favor de los campesinos. Así, los enormes costos (humano, social, político, económico) de la lucha armada, impactaron de forma importante los debates del Poder Constituyente de 1916-1917, y ese espíritu revolucionario, proveniente de las reivindicaciones obreras y campesinas, se cristalizó en varios artículos de la Constitución mexicana del mismo año.

Como resultado de lo anterior, ésta se convirtió en la primera Constitución social²⁶⁶ en el mundo, que consagró en su texto original los derechos sociales a la educación (art. 3), a la propiedad social de la tierra y de las aguas (art. 27) y al trabajo y a la asistencia social (art. 123). Posteriormente,

266. Si bien en Constituciones anteriores había algunas alusiones a ciertas cuestiones sociales (como en el caso de la francesa de 1793), la Constitución mexicana de 1917 es la primera que incorpora con toda claridad y contundencia los primeros derechos sociales.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

en años recientes serían incorporados otros derechos sociales como los derechos a la salud, a la vivienda, a la alimentación, al medio ambiente adecuado y a la cultura.

Ahora bien, es conveniente señalar algunas ideas clave que ayuden a comprender las razones por las que, en el imaginario jurídico mexicano, los derechos sociales (con excepción de los laborales), siguen siendo pensados como cláusulas políticas, y no como derechos fundamentales de los que se desprenden obligaciones concretas hacia los poderes públicos.

Una primera circunstancia es que la noción de Constitución que se construyó, a partir de un conjunto de tesis postuladas por los juristas mexicanos durante el siglo XX, es que ésta era un documento de carácter político y simbólico, no normativo. Así lo ha señalado Cossío, quien después de analizar la obra de los autores más representativos del pensamiento constitucional mexicano, concluye que al realizar el traslado de los objetivos sociales de la Revolución de 1910 a la norma suprema, la mayoría de los Constituyentes y teóricos de la época otorgaron a la propia Constitución (contenente de los derechos sociales) un carácter político y un menor significado jurídico. Como lo señala el propio autor «habiendo vaciado a la Constitución prácticamente de sentido en aras de la determinación de un ideal revolucionario, las normas constitucionales, y particularmente las de contenido social, perdieron toda su relevancia normativa y terminaron por constituir, en palabras de casi todos los autores de la época, las decisiones políticas fundamentales del régimen»²⁶⁷.

Una segunda circunstancia que influyó en la falta de consolidación jurídica de los derechos sociales en México, fue el hecho de que éstos se incorporaron en la Constitución treinta años antes de que el paradigma del Estado social se instalara como modelo constitucional en occidente²⁶⁸. Esta circunstancia impidió que el proceso de construcción jurídica de los derechos sociales en México, fuera acompañado por procesos políticos y jurídicos paralelos en otros países que dieran respaldo empírico y teórico a la experimentación mexicana.

267. Después de identificar las principales tesis del pensamiento político constitucional de la época y analizar los debates de la Asamblea Constituyente, este autor concluye que en ellos predominó la posición de los asambleístas que consideraban que «La Constitución [...] debía explicarse a partir de los antecedentes, supuestos, ideales, programas, etcétera de la Revolución y no atender de modo determinante a sus características jurídicas, pues esto último hubiera llevado a realizar un ejercicio puramente técnico, frío, impersonal y no a entender a una Constitución que provenía de un movimiento social» (Cossío, 1998, p. 328).

268. Conviene recordar que el primer reconocimiento constitucional del Estado social y democrático de derecho se produce en la LFB de 1949.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

En tercer lugar, también es importante subrayar el hecho histórico de que la «evolución» del sistema político mexicano estuvo marcada, a partir de 1929, por el nacimiento de un partido político que adquirió un carácter hegemónico. Durante setenta años, el país fue gobernado por el Partido Revolucionario Institucional (PRI)²⁶⁹, que en su esfuerzo de permanencia en el poder, falseó la democracia representativa y destruyó el pluralismo político, impidiendo la expresión de los diversos sectores de la sociedad a través de otros partidos. Esta particularidad autoritaria del régimen, impuso al interior del PRI la necesidad de instrumentar estrategias de legitimación política, basadas en prácticas clientelares y corporativas. En este contexto, los derechos sociales se convirtieron en una muy útil herramienta de control social y desmovilización. A través del reparto de tierras y aguas, la impartición de educación y, más adelante, las prestaciones en materia de vivienda y salud, otorgadas en muchas ocasiones de forma discrecional, y a condición del voto de los electores, el partido hegemónico fue capaz de negociar con los sectores sociales en situación de mayor pobreza y marginación y así calmar las exigencias de los grupos más radicales. Para lograr lo anterior resultó muy conveniente que los derechos sociales fueran concebidos, no como derechos universales de los que se desprendieran obligaciones concretas para el Estado, sino como programas que el gobierno otorgaba por generosidad y buena voluntad. Con base en esta concepción patrimonialista de los derechos, el Estado instrumentó políticas públicas y las desplegó de forma discrecional aprovechándolas como mecanismos de manipulación, control político y legitimación del sistema de partido hegemónico.

Aun cuando en la actualidad ya ha sido transformado el régimen de partido hegemónico, la concepción de los derechos sociales que se construyó durante ese período continúa proyectando su sombra hasta nuestros días. Como lo analizaremos más adelante, en muchos casos los poderes públicos continúan construyendo las leyes, sentencias y políticas basándose en las viejas tesis de los derechos sociales como cláusulas programáticas. En México, a diferencia de otros países de la región, sigue siendo difícil hablar de derechos sociales como derechos en sentido estricto. La interpretación dominante es que éstos son sólo orientaciones que facultan a la administración para actuar en el terreno social²⁷⁰. La idea de derechos sociales queda así muy restringida y por ello la administración los ha convertido en programas focalizados, asignados a clientelas políticas de forma discrecional y que incluso pueden ser

269. Originalmente Partido Nacional Revolucionario (PNR), posteriormente Partido Revolucionario Mexicano (PRM) y finalmente Partido Revolucionario Institucional (PRI).

270. Así lo ha señalado de forma crítica CRUZ PARCERO, 2001, pp. 89-112.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

reversibles o revocables de acuerdo con los intereses de la administración en turno²⁷¹.

Ahora bien, para comprender la forma en que se incorporaron los derechos sociales en la Constitución mexicana, es necesario decir que no existe un catálogo al interior de ella que los sistematice, por lo que se encuentran dispersos. La mayoría de ellos están contenidos en el apartado denominado «De los Derechos Humanos y sus garantías»²⁷² sin embargo, los derechos laborales y de Seguridad Social se encuentran casi al final de la Constitución, en el artículo 123. Por lo que se refiere a la forma en la que cada uno de ellos está reconocido, conviene también subrayar el hecho de que algunos se encuentran mayormente desarrollados en su contenido y en las obligaciones que generan para el Estado (como es el caso de los derechos a la educación, a la propiedad social de la tierra y al trabajo) y otros muy limitados, cediendo expresamente al legislador la responsabilidad de desarrollarlos (como en el caso de los derechos a la salud, a la vivienda, al medio ambiente y a la cultura)²⁷³. A continuación realizaremos un breve recorrido descriptivo de los contenidos esenciales de los artículos constitucionales referentes a los derechos sociales.

Por lo que toca al artículo 3, debemos decir que el antecedente del texto constitucional de 1917, relativo al derecho a la educación, se encuentra en el mismo numeral de la Constitución mexicana de 1857, en la sección relativa a los derechos del hombre²⁷⁴. De acuerdo con la concepción de los derechos de aquella época, dicho documento, de forma muy escueta estableció que «La enseñanza es libre». Con ello se buscó proteger la libertad de acceder a una escuela, la libertad para crear escuelas privadas que impartieran educación o bien la libertad de cátedra e investigación para quienes se dedicaran a estas labores. Sin embargo, en los debates del Constituyente de 1917, esta formulación de la libertad de enseñanza fue reorientada socialmente a partir de las ideas de laicidad de la enseñanza impartida en establecimientos oficiales y la gratuidad de la educación de las escuelas oficiales de educación primaria.

Conviene subrayar la importancia de las discusiones sobre el artículo 3,

271. COURTIS, 2007, pp. 23 y ss.

272. Antes de la reforma constitucional de junio de 2011, dicho apartado se denominaba «De las Garantías individuales». Para comprender la categoría «garantía individual» en México ver el apartado relativo a la doctrina de este apartado.

273. En función de lo anterior, este apartado tiene un desarrollo diferenciado al abordar cada uno de los distintos derechos.

274. Aunque sabemos que el lenguaje de esta época estaba aún marcado por una cultura sexista dominante y no incluyente, no podemos dejar de hacer notar la existencia de un sesgo semántico que al decir «hombre» pretendía referirse al «ser humano».

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

relativo a la educación, ya que fue ahí donde se visibilizó el debate sobre la función social del Estado en México²⁷⁵. El Constituyente mexicano consideró que era necesario restringir el «derecho natural» de libre enseñanza de los particulares (en especial de las iglesias, quienes durante el siglo XIX se habían apoderado de las escuelas) con el fin de proporcionar, a todas las personas, un acceso igualitario a la educación laica.

Con base en esta nueva formulación, el Estado adquirió las obligaciones de impartir educación primaria gratuita y laica en todos los niveles. Por lo que se refiere a la gratuidad, el Estado quedó obligado a construir y mantener un sistema educativo nacional con el objeto de garantizar el acceso de cualquier persona a las escuelas primarias. La laicidad le prohibió al Estado incluir contenidos religiosos en clases y programas. El objetivo a partir de 1917 fue asegurar una instrucción básica a todas las personas.

El artículo señalado es de gran extensión y ha sido reformado en siete ocasiones, la última reforma se elaboró el 12 de noviembre de 2002. Sin embargo fue en la penúltima reforma, la de 1993, cuando se modificó para especificar con mayor claridad las obligaciones del Estado en la materia y así ampliarlas. A partir de esa fecha, el Estado mexicano quedó comprometido, en primer lugar, a garantizar el acceso de todas las personas que lo requieran, a los niveles de educación preescolar, primaria y secundaria; las cuales serán obligatorias y gratuitas. Asimismo queda obligado a promover «todos los tipos y modalidades educativos», incluyendo la educación superior, como son la educación para adultos y educación especial e indígena.

Es importante señalar que la Constitución mexicana en sus artículos 2 y 4 se refieren al derecho a la educación de dos grupos: indígenas y niñas y niños, respectivamente. En cuanto al derecho de educación para pueblos indígenas, en el apartado B del artículo 2 de la Constitución, referente a las obligaciones del Estado (Federación, Entidades Federativas y municipios) se establece: la obligación general de crear las instituciones y determinar las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades, los cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente. El objetivo es impulsar el desarrollo regional y fortalecer las economías locales para mejorar sus condiciones de vida. En la fracción II del artículo señalado, se obliga al Estado a emprender diversas medidas: a) garantizar e incrementar los niveles de escolaridad, favoreciendo la educación bilingüe e intercultural, la alfabetización, la conclusión de la educación básica, la capacitación productiva y la educación media superior. b) Establecer un sistema de becas para los estudiantes indígenas en

275. SAYEG, 1991, pp. 623-630.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

todos los niveles. c) Definir y desarrollar programas educativos de contenido regional que reconozcan la herencia cultural de sus pueblos, de acuerdo con las leyes de la materia y en consulta con las comunidades indígenas. d) Impulsar el respeto y reconocimiento de las diversas culturas existentes.

Esto último supone, no sólo la obligación estatal de impulsar la educación indígena, sino también la de incluir, en la educación nacional, el conocimiento de la historia y cultura de estos pueblos, con el objeto de eliminar los prejuicios con respecto a los mismos; así como asegurar que los libros de historia y demás material didáctico ofrezcan una descripción equitativa, exacta e instructiva de las sociedades y culturas de los pueblos indígenas. En relación con las mujeres indígenas, la fracción V del mismo artículo establece que el Estado adquiere la obligación de otorgar estímulos para favorecer su educación. En cuanto al derecho a la educación de niñas y niños, la Constitución, señala en su artículo 4, párrafos 6 y 7 que las obligaciones en la materia serán compartidas con los padres o tutores.

Por lo que se refiere al derecho a la salud, en el texto original de las Constituciones de 1857 y 1917 éste no fue establecido. Si bien el artículo 4 constitucional ha sufrido doce reformas, han sido sólo dos las que han tenido impacto en el derecho a la salud. Por tanto, fue hasta la segunda reforma a dicho artículo²⁷⁶ cuando se incorporó a la ley fundamental la obligación de los padres de satisfacer las necesidades y preservar la salud física y mental de sus hijos. Posteriormente, a través de la tercera reforma²⁷⁷ se estableció al Estado como sujeto obligado al señalar en el texto constitucional que toda persona tiene el derecho a la protección de la salud. Interesa subrayar que este artículo no detalla un contenido esencial mínimo del derecho en cuestión, ni especifica las obligaciones del Estado en la materia, simplemente ordena que sea el legislador quien defina las bases y modalidades para el acceso y disfrute de los servicios de salud.

Al igual que en el derecho a la educación, la Constitución mexicana establece referencias en sus artículos 2 y 4, relativas al derecho a la salud en las comunidades indígenas y niñas y niños, respectivamente. Por lo que se refiere a las primeras, en la fracción II del apartado B del artículo 2 se establece que la Federación, estados y municipios tienen la obligación de «asegurar el acceso efectivo a los servicios de salud mediante la aplicación de la cobertura del sistema nacional aprovechando debidamente la medicina tradicional, así como apoyar la nutrición de los indígenas mediante programas

276. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 18 de marzo de 1980.

277. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 3 de febrero de 1983, es decir, dos años después de que entrara en vigor en México el PIDESC.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

de alimentación, en especial para la población infantil». Al igual que en materia de educación, la fracción V del mismo artículo refuerza la obligación que el Estado adquiere, de proteger la salud de las mujeres indígenas. Igualmente, el artículo 4, párrafos 6 y 7 establecen que las obligaciones en materia de salud de niñas y niños, serán compartidas con los padres o tutores.

Como ocurrió con el derecho a la salud, el derecho a la vivienda tampoco fue incluido en la Constitución original de 1917, sino que fue reconocido hasta 1983²⁷⁸. En la actualidad se encuentra regulado en el párrafo 5 del artículo 4 de la Constitución mexicana, el cual establece que «Toda familia tiene el derecho a disfrutar una vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar dicho objetivo». Como podemos observar, la redacción de este derecho es muy sintética y cede la responsabilidad del desarrollo de su contenido al legislador. Por lo que se refiere a los sujetos protegidos, interesa destacar el hecho de que el poder reformador decidió otorgar este derecho fundamental sólo a las familias y no a todas las personas. Esta redacción establece límites a la interpretación del derecho, puesto que, parece que una sola persona, o un conjunto de ellas (que no constituyan una familia), no tendrían en México el derecho a la vivienda²⁷⁹. Sin embargo, debemos subrayar que al haber firmado y ratificado el PIDESC, desde 1981 el Estado mexicano ya había adquirido obligaciones específicas en materia de vivienda cuyo alcance es de carácter universal y no sólo para las familias.

En lo que se refiere al derecho a la propiedad social de la tierra y las aguas, debemos recordar una vez más que, la Constitución, de acuerdo con la visión de los diputados constituyentes que representaban al sector revolucionario, debía convertirse en un instrumento reformador de las estructuras socioeconómicas. Esto condujo al debate en torno a la necesidad de supeditar los derechos individuales de la propiedad a los derechos superiores de la colectividad.

Por ello, en el artículo 27 constitucional se consagraron los derechos sociales de los campesinos y se estableció una nueva forma jurídica del derecho de propiedad, a la que se le otorgó una función social. Asimismo se estableció que, como consecuencia de una intervención directa del Estado, se deberían restituir a los campesinos las tierras de las que habían sido despojados y además, en los casos en los que no tuvieran tierras, se les debería dotar de ellas mediante el fraccionamiento y expropiación de los latifundios existentes.

278. Cuarta reforma al art. 4, publicada en el *Diario oficial de la federación* del 7 de febrero de 1983.

279. *Vid.* CARBONELL, 2005, p. 879.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Ahora bien, no puede dejar de señalarse que en la actualidad, a casi un siglo de la Revolución esta situación está dando un giro de ciento ochenta grados. El proyecto neoliberal, que se ha impuesto desde la década de los ochenta, ha luchado por desmontar las bases del Estado social. Muchos de los mecanismos de distribución que se diseñaron para acabar con el régimen de explotación, han sido transformados. Uno de ellos es el propio artículo 27 de la Constitución, cuyas reformas buscan reconvertir a las tierras y recursos naturales, en mercancías para que puedan volver a circular en el mercado y ser apropiadas por aquellos que tengan mayor capacidad adquisitiva.

Por lo que se refiere al derecho a la alimentación, éste acaba de ser reconocido como un derecho para todas las personas; los artículos 2 y 4 de la Constitución consagran la obligación del Estado de garantizarla cuando se trata de comunidades indígenas, y de todas las personas, respectivamente.

En la antepenúltima reforma a la Constitución²⁸⁰, se incorporó un último párrafo al artículo 4 en el que se reconoce a todas las personas el derecho de acceso a la cultura «y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia». Es necesario decir que el derecho a la cultura ya tiene un antecedente en el artículo 2 constitucional, donde se reconoce la composición pluricultural de la Nación mexicana «sustentada originariamente en sus pueblos indígenas», quienes tienen el derecho a la autonomía y libre determinación para preservar y enriquecer «todos los elementos que constituyan su cultura e identidad». Si bien hasta la fecha aún no se ha desarrollado la ley reglamentaria en la materia, el debate que se prevé es de enorme complejidad debido a los intereses en juego que ambos preceptos entrañan.

Como ya lo hemos señalado, el derecho al trabajo, junto con el derecho a la tierra, fueron las dos conquistas jurídicas más relevantes después de la Revolución y por tanto, su inclusión constitucional ocurrió desde 1917 en los artículos 123 y 27, respectivamente. A través del artículo 123, se cristalizaron, por primera ocasión en el constitucionalismo moderno, los derechos de la clase obrera. Si bien es cierto que ya en el artículo 4 de la Constitución de 1857 se había establecido la libertad de elegir el trabajo que cada persona decidiera²⁸¹, la dimensión social del mismo fue incorporada hasta 1917 como consecuencia de la lucha revolucionaria de los trabajadores. Así, la primera redacción de este artículo –uno de los más extensos de la Constitución–, consagró diversas reivindicaciones obreras como: jornada máxima de trabajo, descanso obligatorio, derecho de lactancia de las madres trabajadoras, salario

280. Publicada en el *Diario oficial de la federación* del 30 de abril de 2009.

281. Este derecho está hoy vigente en la Constitución mexicana en el art. 5.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

mínimo, derecho a igual salario para igual trabajo, pago de horas extras, responsabilidad patronal por accidentes de trabajo, derecho a la sindicación, derecho a la huelga, sanción del despido injustificado, así como la creación de Juntas de conciliación y arbitraje para dirimir conflictos, entre otros. Siendo el segundo artículo más reformado de la Constitución, ha sido modificado en veintitrés ocasiones. Por las características de este trabajo resulta imposible abundar en cada una de sus reformas, por lo que podemos señalar algunas que consideramos significativas como: la incorporación del reparto de utilidades y la prohibición del trabajo de menores de 14 años²⁸² y el descanso obligatorio de tres meses para las mujeres trabajadoras que serán madres²⁸³.

Para finalizar este apartado es importante señalar que en junio de 2011 se aprobó una importante reforma constitucional en materia de derechos humanos. Si bien no se trata de la reforma más avanzada que pueda hallarse en el derecho comparado, se trata de la modificación más relevante sobre la materia desde la aprobación de la Constitución de 1917. Entre las modificaciones más relevantes, sustituyó la restrictiva categoría de «garantías individuales» por la de «derechos humanos» lo que debería habilitar al juicio de amparo como instrumento para proteger y garantizar los derechos sociales. También, a partir de ella, se eleva a rango constitucional el derecho internacional de los derechos humanos dentro el derecho interno, incluyendo el *principio de interpretación conforme* y el *principio pro persona*. Lo anterior otorgaría carta de naturalización al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) dentro del orden jurídico mexicano, y rompe el cerco que se ha construido en el país alrededor de los derechos sociales. Como ha ocurrido en otros países de Latinoamérica, lo anterior deberá impulsar el urgente debate, teórico y jurisprudencial, sobre la justiciabilidad y exigibilidad de los mismos, así como el de la estrecha relación que hoy debe existir entre la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos.

5.2. DOCTRINA

En la teoría constitucional mexicana existen posturas diversas que en diferentes momentos han intentado explicar la naturaleza jurídica de los derechos sociales. En las siguientes páginas intentaremos identificar algunas de las más representativas con el fin de comprender cómo se ha ido construyendo el debate sobre estos derechos en México y cuál es el estado del arte

282. Publicada en el *Diario oficial de la federación* del 21 de noviembre de 1962.

283. Publicada en el *Diario oficial de la federación* del 31 de diciembre de 1974.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

en la materia. Para realizar este análisis, consideramos necesario exponer dichas posturas en orden cronológico, con el fin de obtener un panorama de la construcción dialéctica de las nociones dominantes y críticas, identificando a algunos autores emblemáticos.

Por sus aportes al constitucionalismo, la Revolución mexicana de 1910 fue un acontecimiento que sin duda transformó los paradigmas hasta entonces predominantes en el ámbito teórico y por ello, podríamos hablar de un antes y un después de la Revolución social en este aspecto. Así, el constitucionalismo mexicano fue fuertemente marcado por este hecho y las primeras reflexiones de la teoría postrevolucionaria se dedicaron a analizar las innovaciones jurídicas de la Constitución mexicana de 1917.

En el constitucionalismo temprano de los años 30, Miguel LANZ DURET, entre otros, al referirse a la Constitución de 1917, señaló que «por lo que toca a reformas de índole social, esta ley fundamental ha dado un gran paso marcadamente revolucionario procurando un beneficio indudable en bien de las masas, particularmente de los proletarios»²⁸⁴. En ésta época, los autores concibieron a los derechos sociales sólo en su relación con las reivindicaciones obreras y campesinas que se gestaron en la Revolución mexicana, por lo que el objetivo de estos derechos se encuentra invariablemente identificado en la teoría con el beneficio que entrañaban para dichos grupos.

Así pues, los derechos sociales eran concebidos como aquellos que proporcionan beneficios a los grupos más desfavorecidos de la sociedad y es esta característica la que los identifica entre el resto de los derechos. En este contexto postrevolucionario, lo más importante era garantizar a los grupos que impulsaron la Revolución el acceso a los derechos que les habían sido negados. Es por ello que, a pesar de que una gran parte de los diputados constituyentes de 1917 pugnaban por no incluir preceptos de carácter *reglamentario*, en el texto de la Constitución mexicana se desarrolló el contenido mínimo de los derechos al trabajo y a la propiedad social de la tierra²⁸⁵ y se crearon instancias especiales²⁸⁶ para hacerlos

284. LANZ DURET, 1931, p. 85.

285. Uno de los principales objetivos del movimiento revolucionario mexicano fue el de expropiar los grandes latifundios para distribuir las tierras entre los campesinos. Fue muy importante la idea de que la propiedad debía cumplir una función social frente a la propiedad privada. Dicha idea se materializó en distintas formas de propiedad colectiva como el ejido y la comunidad, que fueron la base para el reparto agrario de tierras. De igual forma se reconoció la propiedad nacional de los recursos naturales en beneficio de la colectividad.

286. Aunque los tribunales agrarios fueron creados hasta 1992, desde 1915 existieron diversos órganos agrarios que permitían solucionar conflictos en la materia, como es el caso de la Comisión Nacional Agraria, la cual puede considerarse como una garantía secundaria de la época. *Vid.* BECERRA, 2004, pp. 198 y ss. En materia laboral,

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

efectivos²⁸⁷ y garantizarlos en caso de violación. Consideramos que la existencia de garantías secundarias para estos dos derechos, hicieron que la teoría sobre estas materias se concentrara en el funcionamiento de los Tribunales Agrarios y las Juntas de Conciliación y Arbitraje, por lo que el debate general sobre la justiciabilidad del resto de los derechos sociales no figuró en dicha teoría.

Años más tarde, en la década de los cincuenta, juristas como José CAMPILLO realizaron reflexiones más profundas sobre los derechos sociales, las cuales, consideramos son interesantes en diversos sentidos. En principio, por el notable adelanto de sus concepciones en relación a la teoría de su época, y asimismo, porque podemos encontrar los primeros trazos de una de las concepciones que ha predominado durante varios años en la teoría, que se centra en las obligaciones «positivas o de hacer» del Estado en materia de derechos sociales.

CAMPILLO entiende a los derechos sociales en relación con los «grupos que fueron desconocidos por los regímenes individualistas», y afirma que, aunque originariamente estaban relacionados con los grupos proletarios, por extensión deben relacionarse con aquellos grupos económicamente débiles; más allá de ello, estos derechos deben entenderse a partir de las ideas de vida digna y justicia social, por lo que los define como «el conjunto de exigencias que el hombre puede hacer valer frente a la colectividad para que ésta le proporcione los medios necesarios para conducir una existencia digna de su calidad de hombre. Estos derechos miran de manera particular a la participación de los miembros de la colectividad en el bien común y al derecho que cada uno de ellos tiene para que la sociedad le asegure un mínimo decoroso de bienestar que le permita atender al cumplimiento de sus fines superiores»²⁸⁸. Con base en esta concepción, CAMPILLO considera como dere-

desde el texto original del artículo 123 de la Constitución mexicana se previó la creación de las Juntas de Conciliación y Arbitraje, las cuales tenían por mandato resolver los conflictos existentes entre el trabajo y el capital.

287. En palabras de CARPIZO (1980, pp. 427 y ss.), los diputados constituyentes decidieron «sacrificar» la estructura de la Constitución en favor de dichos grupos. En ese sentido, debido al impulso revolucionario existente, los arts. 27 (propiedad social de la tierra) y 123 (derecho al trabajo) constituyeron una excepción contenida en la Constitución, lo que no ocurrió de igual manera con el resto de los derechos sociales como el derecho a la educación, a la protección de la salud o a la vivienda digna. Derechos que, como ha señalado BURGOA, permanecieron sólo como «buenas y nobles intenciones» que deben ser desarrolladas por la legislación secundaria con el fin de delimitar su contenido y las obligaciones del Estado en la materia. *Id.* BURGOA, 2003.

288. CAMPILLO SAINZ, 1952, p. 37. Ver cita anterior en relación al lenguaje sexista dominante.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

chos sociales aquellos contenidos en los artículos 4, 5, 27 y 123 de la Constitución mexicana, que consagraban (en esa época) los derechos a la libertad de trabajo, a la propiedad social de la tierra, al trabajo y a la Seguridad Social.

Para garantizar estos derechos, en un primer momento, el jurista identifica dos tipos de actuaciones del Estado en este sentido: por un lado, deberá proporcionar los elementos indispensables para que las personas «puedan cubrir sus necesidades»; ello ocurre particularmente en materia de educación, asistencia y Seguridad Social. En una segunda modalidad, el Estado deberá generar las condiciones necesarias para que las personas puedan llevar adelante «una existencia digna y decorosa». Para el autor, ello implicaría, por ejemplo, vigilar las relaciones de poder entre los grupos (como en el caso de trabajadores y patrones, o campesinos y latifundistas) con el fin de que no existan abusos, explotación, opresión, etc.

Resulta interesante señalar que esta concepción sobre la actuación que debe tener el Estado en materia de derechos sociales es vanguardista ya que a nuestro juicio esboza, de cierta forma, algunas de las especificidades que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU establecería en 1990 en su Observación General (OG) n° 3 al PIDESC relativas a «La índole de las obligaciones de los Estados Partes». En dicha OG se establece la obligación de los Estados de «adoptar medidas», lo cual implica instrumentar todos los medios apropiados que permitan la plena realización y efectividad de los derechos sociales, dentro de los que se incluyen, por citar algunas, la adopción de medidas legislativas o la creación de procedimientos judiciales que permitan hacerlos justiciables. Podemos decir que, desde la mirada adelantada de CAMPILLO, de esta forma el Estado estaría generando condiciones que, al permitir a las personas acceder a sus derechos sociales, también permitirían aminorar la exclusión de los grupos más vulnerables de la sociedad y, consecuentemente, contribuirían a que las personas accedieran a mejores niveles de vida.

A sus reflexiones, el autor agrega que «los derechos individuales imponen al Estado un deber de *abstención* o de respeto a las prerrogativas de la persona. Los derechos sociales exigen al Estado una conducta *activa*, son derechos de *prestación*». Para explicar esta actuación del Estado, CAMPILLO añade que «los Derechos Sociales, tendrían como objeto una conducta *activa* por parte del Estado, bien sea mediante el otorgamiento de determinadas prestaciones o bien mediante la *intervención* estatal para *regular* y *disciplinar* la conducta de los particulares. Los Derechos Sociales podrán atribuir también la facultad de obtener una prestación no directamente del Estado, sino de los particulares; pero, en todo caso, su objeto siempre será el derecho al

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

otorgamiento de prestaciones positivas»²⁸⁹. Como ha ocurrido en otras latitudes, en el caso mexicano esta visión sobre el papel que desempeña el Estado y sus obligaciones «de hacer» en materia de derechos sociales ha predominado en la teoría jurídica, erigiéndose incluso como una de sus principales características, por lo que resulta interesante identificar, posiblemente en las reflexiones de CAMPILLO, el momento histórico de la aparición de esta idea en la teoría mexicana.

Sin embargo, es necesario remarcar que, paradójicamente, a pesar de que esta concepción iba mucho más allá de la mera percepción económica que pudiera entrañar este tipo de obligaciones (que sobre todo debían regular la conducta y abusos de los particulares), se comenzó a establecer en la teoría mexicana que para lograr la plena realización de los derechos sociales, además de la necesaria intervención estatal existía por parte del Estado una obligación *exclusiva* de prestar o proporcionar servicios, bienes y recursos (vivienda, salud, educación, etc.)²⁹⁰. Este escenario excluía del debate la participación de los particulares, quienes aún en la actualidad contribuyen en la realización de derechos como la Seguridad Social y la vivienda (en México se realizan aportaciones de los trabajadores, del Estado y del patrón con el fin de crear fondos de vivienda y prestar servicios de salud) y daba preponderancia al sentido meramente económico que dichas prestaciones podían ocasionar al Estado para hacer efectivos los derechos sociales.

A pesar de que existen interpretaciones en otro sentido respecto de la idea de los también denominados «derechos de crédito o de prestación»²⁹¹, debemos decir que en la teoría mexicana ha prevalecido esta concepción vinculada al costo monetario que los derechos sociales pueden implicar al Estado. Esta concepción es explicada por COSSÍO de la siguiente manera: los primeros derechos sociales que fueron consagrados en la Constitución mexicana (educación, propiedad social de la tierra y trabajo) requerían que el Estado actuara para limitar los abusos de los particulares (iglesia, latifundis-

289. *Ibid.*, pp. 39 y 84 (cursivas son nuestras, RG y AR). En este mismo sentido véase NORIEGA CANTÚ, 1988, pp. 73 y ss.

290. Esta misma concepción es defendida por Alfonso NORIEGA CANTÚ, 1988, pp. 76 y ss.

291. Dicha idea supone, en sentido amplio, que la «prestación» puede incluir la realización de diversas acciones por parte del Estado (que no necesariamente que implican inversión de capital) para generar las condiciones necesarias que permitan la plena efectividad de los derechos sociales, como la creación de mecanismos de protección, la generación de reformas legislativas y políticas públicas, el reconocimiento de algunas formas de autotutela de los derechos, «la defensa jurídica, la organización institucional y la protección administrativa, y ésta ya no será una nota que caracteriza a los derechos sociales, sino que todos los derechos fundamentales, incluidos los derechos civiles y políticos requieren de esa característica prestacional en sentido amplio» (VICENTE, 2006, p. 86).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

tas o patrones), en cambio, los derechos sociales que fueron incorporados a la Constitución en los años 80 (protección de la salud y vivienda) requerían que el Estado otorgara prestaciones y servicios a la población²⁹².

De esta forma, en México ha predominado en la teoría la idea según la cual la actuación estatal en materia de derechos sociales implica siempre un costo; ello ha dado lugar a que el Estado mexicano, a través de sus operadores jurídicos (formados en esta tradición), justifique violaciones (en ocasiones graves) a los derechos sociales, alegando que no cuenta con los recursos económicos suficientes para hacerlos efectivos. En todo caso, es interesante indicar que ya en los años cincuenta CAMPILLO había concebido que a pesar de que existen diferencias entre los derechos sociales y los derechos individuales, también reconoció que ambos derechos son un *complemento* y que existe entre ellos «una unidad esencial» puesto que son todos *derechos fundamentales*. Así, el autor plantea muy tempranamente la idea de indivisibilidad e interdependencia.

Continuando con el análisis de la evolución conceptual de los derechos sociales, conviene hacer un breve paréntesis para señalar que, desde el constitucionalismo temprano mexicano, en la teoría y en la práctica apareció una categoría –al parecer retomada de la teoría constitucional francesa²⁹³– que sustituyó a la de «derecho humano», nos referimos a la noción de «garantía». Desde su aparición, la Constitución mexicana incluyó una sección denominada «De las garantías individuales»²⁹⁴ que comprendió los derechos fundamentales contenidos en los primeros 29 artículos de dicho ordenamiento; a excepción del derecho a la educación y a la propiedad social de la tierra, éstos eran mayoritariamente derechos civiles y políticos. Por ello, de forma paralela, se acuñó el concepto de «garantía social» para distinguir y definir

292. Cossío, 1998, p. 318.

293. En 1819 Pierre DAUNOU concibió por primera vez el término «garantía individual» al definirla como «los únicos límites que en un Estado pueden útilmente limitar a la autoridad), por lo que su objeto será impedir que los poderes públicos, destinados a proteger a las personas contra los abusos de poder (y por ende contra las violaciones a los derechos), se vuelvan ellos mismos opresores» (DAUNOU, 1837, pp. 4 y ss., traducción nuestra, RG y AR).

294. Jorge CARPIZO (1983, pp. 151 y ss.) ha señalado que este título no fue una innovación de la Constitución de 1917, ya que en el proyecto de Constitución de 1842 ya se debatía e incluía un apartado denominado «Garantías individuales» en el que se reconocía la existencia de los derechos humanos que, con el fin de que no permanecieran sólo como una mera enunciación, debían consagrarse en la Constitución y se debía desarrollar su medida, dicha medida sería la «garantía». Consideramos que en el debate, el Constituyente de 1917 no fue del todo desatinado, sin embargo, al redactar el título «De las garantías individuales» le hizo falta incorporar «para los derechos humanos».

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

aquellos derechos orientados a la protección de los intereses de los grupos que habían impulsado el proceso revolucionario (campesinos y trabajadores). Los debates de los diputados de la Asamblea Constituyente de 1916-1917 nos muestran que se consideraba a las garantías como la *medida* de los derechos humanos y que por tanto, éstas deberían tender a hacerlos efectivos. Ésta fue una de las discusiones más intensas en el seno de dicho Constituyente, ya que una gran parte de los diputados consideraban que al incluir en la Constitución el reconocimiento de una serie de derechos, ello no implicaba que éstos serían garantizados, por lo que habría de hablar específicamente de las «garantías» que otorgaba la Constitución para lograr que los derechos fueran realmente respetados y protegidos. Sin embargo, a pesar de las buenas intenciones del Constituyente de 1917, lo anterior produjo un conjunto de confusiones que se tradujeron en el debilitamiento de los derechos sociales y que permanecen hasta la fecha. Por un lado al distinguir entre «lo individual» y «lo social» se separaron unos derechos de otros. Si a ello sumamos que el juicio de amparo fue creado como instrumento de protección, sólo de las garantías individuales, parecía que lo social quedaba fuera de su alcance. Por otro lado, también se equipara la noción de garantía individual con la de derecho en sentido general, y de esa forma indirecta los derechos sociales dejan de ser considerados derechos en sentido absoluto²⁹⁵. Además, al no distinguirse entre garantía y derecho, se ha perdido de vista el hecho de que deben crearse las garantías secundarias necesarias que permitan reparar la violación de un derecho social²⁹⁶. Cerrado este paréntesis, a continuación analizamos diversas posiciones de distintos teóricos en torno a las garantías y los derechos sociales.

Ignacio BURGOA, uno de los autores más consultados en el ámbito jurídico mexicano, coincide con la idea de que las garantías aseguran y protegen los derechos de los gobernados frente al poder del Estado, y en el mismo sentido del Constituyente de 1917, considera que las garantías aseguran a las personas el goce de sus derechos, por lo que «garantía» y «derecho» no pueden ser sinónimos²⁹⁷. Desde su punto de vista las garantías constituyen

295. Todo ello resulta paradójico ya que las reivindicaciones de la Revolución mexicana fueron principalmente de carácter social, y a través de la Constitución de 1917 introdujeron por primera vez, en el marco liberal-individual predominante, el debate de la cuestión social.

296. Para ahondar en este tema véase el apartado de *garantías* en este trabajo. No debemos olvidar los casos del derecho del trabajo y del derecho agrario, los cuales han gozado de un tratamiento especial.

297. BURGOA, 2003, pp. 165 y ss. El autor coincide con que el término «garantía» no es el más adecuado para «denotar su ser jurídico»; sin embargo, debido a que la Constitución otorga garantías a favor de los gobernados para salvaguardarlos del poder del Estado, BURGOA (2002, p. 898) considera que no existe aún otra categoría

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

relaciones jurídicas entre las personas y el Estado. En ese sentido, el autor considera que las garantías sociales (que protegen a los derechos sociales) crean también una relación jurídica entre, por un lado, «las clases sociales carentes del poder económico o de los medios de producción y en general los grupos colocados en situación precaria»²⁹⁸ y por otro, los poseedores de la riqueza. En el mismo sentido que los juristas que lo precedieron, BURGOA considera que en esta interpretación, el papel del Estado es el de impedir los abusos entre estos grupos²⁹⁹.

Para el autor existe una distinción fundamental entre las garantías individuales y las sociales que se centra en su titularidad. Las primeras, crean un vínculo entre el Estado y *cualquier persona física o jurídica*, sin atender a su condición social, jurídica o económica y en el caso de las garantías sociales, los sujetos de la relación jurídica son, por una parte las clases más desfavorecidas de la sociedad, (p. ej., la clase obrera) ya sea en su dimensión colectiva o individual y por otra parte, los propietarios de los medios de producción. BURGOA precisa que la categoría «social» procede precisamente de estas dos clases sociales económicamente diferentes.

Así, el papel del Estado en esta relación es el de vigilar y controlar que no existan abusos entre los particulares (p. ej., trabajador-patrón) y que exista una verdadera aplicación de la ley para proteger a los más desfavorecidos (garantías sociales otorgadas por la Constitución) y en consecuencia, aplicar sanciones cuando existan violaciones a dichas garantías. El autor denomina esta situación «intervencionismo estatal». Cabe recalcar que él no alude, como sí hacen otros autores, al costo económico de los derechos sociales; sin embargo considera que los derechos a la protección de la salud y a la vivienda digna y los derechos de los pueblos indígenas permanecen como *declaraciones ineficaces* hasta el momento en que sean desarrolladas en la legislación secundaria, en la cual debe indicarse la forma en la que se realizarán estos derechos. Conviene aquí resaltar que este criterio teórico ha sido asumido literalmente por Tribunales Federales al definir el concepto de derechos programáticos, que se analiza en el apartado 5.3.2 de este capítulo relativo a la jurisprudencia.

Por último, a pesar de que el autor distingue entre las garantías indivi-

que pueda denotar de una mejor manera dicho concepto, por lo que en su obra propone que se denomine «De las garantías del gobernado».

298. BURGOA, 2003, p. 704.

299. Al respecto CARBONELL (2004, p. 777) señala que esta forma de entender a los derechos sociales los excluye «del ámbito de obligaciones del Estado, ya que las relaciones jurídicas en materia de derechos sociales se establecerían solamente entre particulares por lo que el papel del Estado es sólo de vigilante».

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

duales y las garantías sociales (salud, vivienda digna, derechos de los pueblos indígenas, seguridad pública, propiedad social de la tierra y trabajo), considera que aunque implican hipótesis jurídicas diferentes, obedecen a intereses distintos, generan obligaciones diversas y sus sujetos son distintos, éstas no se oponen entre sí; como puede observarse, aunque el autor no lo expone de forma expresa, desde los años setenta comienza ya a esbozar la idea de indivisibilidad de los derechos.

En los años ochenta esta postura continúa reproduciéndose y juristas como Jorge CARPIZO consideran también que las «garantías sociales» protegen a los integrantes de los grupos sociales más vulnerables, a aquellos que históricamente han sido explotados y oprimidos permitiéndoles llevar adelante una digna vida. Para el autor (que utiliza los términos garantías sociales y derechos sociales como equivalentes) la esencia de los derechos sociales son las «necesidades apremiantes» de las clases obreras y campesinas, que garantizan los «mínimos jurídicos» para asegurarlas. Igualmente, dicho autor esboza, la idea de «igualdad de oportunidades» en relación con la naturaleza de estos derechos.

Resulta interesante señalar que para este autor, por ser fines a realizarse en un corto plazo, los derechos sociales constituyen «normas de carácter programático»³⁰⁰, aunque no examina esta categoría. Este debate es desarrollado con mayor profundidad por J. FRANCISCO RUIZ MASSIEU y DIEGO VALADÉS. Para el primer autor la Constitución mexicana contiene disposiciones programáticas «que establecen simplemente directivas de acción [y] no se perfeccionan de manera automática»³⁰¹ ya que requieren de que el Estado desarrolle las condiciones necesarias para que dichos preceptos sean efectivos, por lo que representan para el pueblo «la esperanza de que algún día se acatarán». Al ser los derechos sociales normas programáticas simplemente declarativas y no coercitivas, éstos no pueden ser defendidos a través del juicio de amparo y su falta de cumplimiento se castiga por otros medios como las elecciones. Para el segundo autor, existen «cláusulas programáticas de las Constituciones» que son de cumplimiento progresivo³⁰² como es el caso de las garantías sociales.

Hasta aquí se puede observar que el debate sobre los derechos sociales se concentró fundamentalmente en las reivindicaciones obreras y campesinas y, por extensión, en los grupos explotados, concepción que influyó en la construcción de la idea de que la titularidad de los mismos es sólo colectiva.

300. CARPIZO, 1983, p. 352.

301. RUIZ MASSIEU, 1983, p. 418.

302. VALADÉS, 1987.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

Es necesario también recalcar que en la teoría tradicional se encuentran aún confusiones terminológicas y todavía no aparecen algunos debates contemporáneos como los relativos a la justiciabilidad de los derechos sociales, la eficacia directa de los mismos y sólo en algunos autores se esboza la idea de la interdependencia e indivisibilidad de todos los derechos. Por tanto, podemos decir a grandes rasgos que la mayor parte de los teóricos del siglo XX, con algunas excepciones, consideraron que los derechos sociales son derechos de las clases desprotegidas, son cláusulas programáticas no justiciables³⁰³ y su naturaleza y estructura es diferente al resto de los derechos.

Años más tarde, uno de los autores que comienzan a tomar nuevos rumbos respecto a algunas ideas que habían prevalecido en la teoría tradicional es José Ramón Cossío. A partir de su análisis de los derechos sociales como las conquistas y la cristalización de los ideales de la Revolución mexicana, concluye que la Constitución de 1917 asignó un carácter más político y menos jurídico a los derechos sociales, y que por tanto, las normas constitucionales de contenido social se crearon como las «decisiones políticas fundamentales» de un régimen que provenía de un movimiento social. Según Cossío, es esta visión la que limitó las interpretaciones teóricas sobre la materia, puesto que se conceptuó a estos derechos con una fuerte base ideológica, lo que terminó por concebirlos sólo como «normas programáticas, es decir, como simples directivas a realizar por los poderes del Estado»³⁰⁴. Con base en estas ideas de los derechos sociales como meras justificaciones del régimen, se impidió que tuvieran un verdadero «carácter normativo», por lo que el desarrollo de su contenido se vuelve «altamente discrecional para el legislador» ocasionando que no fuera posible su protección a través del juicio de amparo en caso de violación. Para el autor hoy se hace necesario «rehacer el sentido de los derechos sociales, esta vez en clave normativa y no sólo justificatoria»³⁰⁵

En años más recientes autores como Miguel CARBONELL y Juan Antonio CRUZ comenzaron a ser más críticos con las posiciones tradicionales. Ambos

303. Sobre este tema los autores se pronuncian de forma distinta. Hay quienes sostienen que los derechos sociales no son justiciables a través del juicio de amparo como el caso de GONZÁLEZ (1978) y CASTRO (1978) o de aquellos que sostienen que deben crearse leyes para desarrollar su contenido e instancias especiales para hacerlos justiciables como el caso de ROJAS CABALLERO (2002); otros quienes señalan que el juicio de amparo debía «socializarse» para que fuera procedente contra las violaciones a las garantías sociales como el caso de TRUEBA URBINA (1971) y también quien considera que el juicio de amparo puede tutelar garantías sociales pero sólo a través de la garantía de legalidad contenida en los arts. 14 y 16 constitucionales como el caso de BURGOA (2002).

304. Cossío, 1998, pp. 296 y ss.

305. *Ibidem*, p. 328.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

autores han intentado identificar cuáles son las principales dificultades de dichas posturas y han señalado que una de las que ha persistido es aquella que considera a los derechos sociales como normas programáticas. Señalan que uno de los inconvenientes de esta concepción es que no genera obligaciones para todas las autoridades, sino sólo para las administrativas (quienes desarrollan políticas y programas), las cuales cumplirán con su mandato de acuerdo a su capacidad económica. Así, los legisladores y los jueces quedan exentos de obligaciones y por tanto, los derechos en cuestión, no pueden ser justiciables en México³⁰⁶. Estos autores consideran que esta concepción debe quedar atrás ya que los derechos sociales son «plenamente exigibles» ante todas las autoridades en sus diversos niveles de gobierno.

Por ello, los retos para la teoría contemporánea serían desarrollar la normatividad de los derechos sociales, identificando su contenido mínimo y creando mecanismos efectivos para lograr su plena exigibilidad³⁰⁷, todo ello implica que los derechos sociales sean considerados como verdaderos derechos que generan obligaciones para el Estado.

En este mismo sentido, se han ido construyendo aportaciones teóricas sobre derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de forma específica que intentan contribuir a la ampliación y profundización del debate en la materia. Ello a partir de problemáticas concretas como las de agua³⁰⁸, salud³⁰⁹, consulta³¹⁰, pobreza³¹¹; que se han ido agravando en pueblos y comunidades en México, y que por tanto requieren respuestas desde una teoría vinculada con la realidad.

5.3. GARANTÍAS

Como ya se señaló en el apartado relativo a la doctrina, una de las características del régimen de protección de derechos en México es la permanente confusión entre los conceptos «garantía» y «derecho». Esa confusión histórica ha facilitado que, en muchos de los ámbitos institucionales, se instale la idea de que los derechos sociales son derechos sin garantía y por tanto no

306. Ambos autores señalan al respecto que «la mayoría de los medios jurídicos –sobre todo los de carácter jurisdiccional– diseñados para la tutela de los derechos se han heredado de la estructura del Estado liberal del siglo XIX, en el que los derechos sociales o bien no existían, o bien no se les consideraba efectivamente como derechos»: CARBONELL, CRUZ PARCERO y VÁZQUEZ, 2000, p. 2.

307. *Vid.* CRUZ PARCERO, 2000 y CARBONELL, 2005, pp. 779 y ss.

308. *Vid.* GUTIÉRREZ, 2009.

309. *Vid.* GUTIÉRREZ y RIVERA, 2009.

310. *Vid.* GUTIÉRREZ, 2008.

311. *Vid.* RIVERA, 2008. Véase también un pequeño esbozo del contenido de este trabajo en RIVERA, 2008.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

son exigibles ni justiciables. Lo anterior deberá ser superado con la reforma constitucional de junio de 2011.

Con el objeto de poder identificar algunas de las garantías más relevantes de respeto, protección y cumplimiento de los derechos sociales que existen en el sistema jurídico mexicano, primero es conveniente aclarar que, en este trabajo, cada vez que aparezca la noción de garantía, estaremos haciendo referencia a todas aquellas herramientas, mecanismos o técnicas de tutela, diseñadas para proteger y asegurar la efectividad de los derechos³¹². En otras palabras, nos referimos a los instrumentos que permiten al titular del derecho (individual o colectivo) acceder a la necesidad, o interés que integra su contenido.

Con base en lo anterior, y aprovechando la teoría más reciente sobre la materia³¹³, en este capítulo, habremos de distinguir entre las garantías institucionales y las garantías sociales de los derechos, aunque para los efectos de este trabajo sólo nos centraremos en las primeras. Las *garantías institucionales*, son los mecanismos de protección encomendados a los poderes públicos y éstas a su vez, pueden subdividirse en primarias y secundarias. Las *primarias*, son aquellas a través de las cuales se especifica el contenido de los derechos, así como las obligaciones que se desprenden de los mismos. Las *secundarias* están diseñadas como vías para la reparación frente a violaciones o inobservancia de las primarias; por lo que operan en caso de que los poderes incumplan con sus obligaciones³¹⁴. En los apartados siguientes sólo nos centraremos en la legislación como una de las principales garantías primarias y en el juicio de amparo como principal garantía secundaria y la correspondiente jurisprudencia derivada del mismo.

5.3.1. Desarrollo legislativo

Por lo que toca a las *garantías primarias*, como ya lo hemos apuntado, México fue el primer país en constitucionalizar los derechos sociales y por tanto, precursor en la instrumentación de esta garantía primaria por excelencia. Ello obligó al legislativo a desarrollar leyes (para la educación, para el reparto agrario y para la protección de los intereses de los trabajadores) y al ejecutivo a crear políticas y programas sociales en las distintas materias. En la actualidad, contamos con un número muy amplio de normas secundarias que detallan el alcance de los derechos que éstas regulan. No debe olvidarse

312. Vid. FERRAJOLI, 2000, pp. 39-46; PISARELLO, 2003; ABRAMOVICH y COURTIS, 2006, p. 55.

313. Nos referimos al trabajo de autores como los cuatro citados en la nota anterior.

314. Se trata principalmente de vías jurisdiccionales, aunque en ocasiones la propia administración cuenta con instrumentos para la reparación en caso de violaciones, como los recursos administrativos ante la propia autoridad.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

que los poderes públicos en México están organizados bajo un complejo esquema federal y por tanto existe una cantidad muy amplia de leyes federales, estatales y normas municipales. Por las características de este capítulo resulta imposible abarcarlas todas y por tanto sólo se brindará una visión panorámica de la legislación que consideramos más relevante en la materia.

El tema de la salud es regulado principalmente por la Ley General de Salud³¹⁵. En su primera disposición se señala expresamente que reglamenta este derecho, contenido en el artículo 4 de la Constitución. Se trata de una norma muy extensa, con 482 artículos, a través de los cuales se establece, la distribución de competencias entre las autoridades Federales y estatales; se determinan las autoridades sanitarias (con una secretaría de Estado a la cabeza); se constituye un Sistema Nacional de Salud y se establecen las bases y modalidades para el acceso a los servicios por parte de los usuarios. A través de varios de sus capítulos se construyen vínculos con otros derechos sociales, como los de la alimentación o el medio ambiente, estableciendo previsiones relativas a la nutrición o la contaminación de las aguas. Sí bien se trata de la norma más relevante, existen otras que intervienen en la materia como son la Ley de Asistencia Social; la Ley de los Institutos Nacionales de Salud; la Ley del Seguro Social (que es el instrumento más importante para el acceso a la salud de los trabajadores y sus familiares en general); la Ley de Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado y; la Ley General para el Control del Tabaco.

La cuestión de la Vivienda es abordada por la Ley de Vivienda³¹⁶. Ésta no alude de forma expresa a este derecho, aun y cuando también es reglamentaria del artículo 4º Constitucional donde se reconoce el mismo. Como se determina en sus primeras disposiciones, sus objetivos principales son establecer la política nacional, los programas, los instrumentos y los apoyos para que las familias puedan acceder a una vivienda digna y decorosa. Interesa señalar que cuando se definen estos últimos dos conceptos, se recogen algunos de los elementos del contenido del derecho a la vivienda establecidos en la Observación General 4 del Comité DESC. En la ley se establece la política nacional de vivienda con el fin de coordinar las acciones de las autoridades federales, estatales y municipales. Prevé la creación de la Comisión Nacional de Vivienda (CONAVI) cuyo objetivo principal es promover y fomentar las acciones que faciliten el acceso a los recursos y al financiamiento para la construcción de vivienda. Nos interesa destacar que en esta norma se establecen interesantes principios como los de la producción social del hábitat, la

315. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 7 de febrero de 1984, aunque en el año 2006 sufrió un conjunto amplio de modificaciones importantes.

316. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 27 de junio de 2006.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

cual se realiza bajo el control de autoprodutores y autoconstructores quienes operan sin fines de lucro y que se orienta prioritariamente a atender las necesidades habitacionales de la población de bajos ingresos. Esta producción social incluye aquella que se realiza por procedimientos de autogestión y solidarios que dan prioridad al valor de uso de la vivienda y no a su valor en el mercado inmobiliario. A esta ley la acompaña la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores que en teoría es el instrumento principal para que los trabajadores puedan acceder a una vivienda adecuada, aunque en las últimas décadas, a partir de fenómenos de bursatilización y encarecimiento de los créditos, ha dejando de ser el instrumento óptimo para que los grupos en situación de mayor vulnerabilidad puedan acceder a una vivienda.

El derecho a la educación tiene como garantía primaria fundamental la Ley General de Educación. Esta norma, que regula toda la Educación que imparte el Estado (Federación, estados, Municipios) y los particulares. En su artículo 2 reconoce el derecho a la educación; sin embargo, el trato que la ley da a lo largo de su articulado al tema educativo es de servicio público. Para otorgarlo, la norma establece la obligación de brindar una serie de servicios educativos como son el establecimiento de planteles, formulación de planes y programas, expedición de certificados, distribución de libros de texto así como un sistema de capacitación del personal docente. En general, un conjunto de elementos que cumplen con el contenido mínimo del derecho a la educación establecido por el Comité DESC; sin embargo, al no ser desarrollado como un derecho se encuentran algunos vacíos e incongruencias que convendría modificar en función de lo establecido por el Derecho Internacional de los derechos humanos.

Es importante destacar que en fecha relativamente reciente, se aprobó una iniciativa de ley con la que se intentó resolver el problema de las lagunas legales existentes en México relacionadas con la exigibilidad de los derechos sociales. En el 2004 se publicó la Ley General de Desarrollo Social³¹⁷ cuyo objetivo prioritario es garantizar el pleno ejercicio de los derechos sociales establecidos en la Constitución. En esta norma se reconocen como derechos sociales la educación, la salud, la alimentación, la vivienda, el medio ambiente sano, el trabajo, la Seguridad Social y la no discriminación. Frente a estos derechos, la ley establece la obligación estatal de garantizar el pleno disfrute y ejercicio de los mismos a todas las personas. Para alcanzar lo anterior, la ley señala que se hará a través de los programas de desarrollo social, por medio de los cuales «toda persona o grupo social en situación de vulnera-

317. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 20 de enero de 2004.

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

bilidad tendrá derecho a recibir el apoyo que le permita disminuir su situación de desventaja». Si bien no puede decirse que esta norma sea irrelevante, también es cierto que su papel ha sido el de agrupar en un solo documento normativo todas las instituciones y programas que ya existían en relación con los derechos sociales. Aunque puede decirse que esta norma ha permitido afinar los mecanismos de evaluación de las políticas sociales para el combate a la pobreza, en realidad no introduce mayor novedad dentro del sistema jurídico mexicano ni crea mejores mecanismos para el ejercicio real de estos derechos. Es un instrumento jurídico más que se suma a lo que ya existía.

De lo anterior, no puede dejar de reconocerse que en el país contamos con instituciones (derivadas de dichas normas) de salud pública y de educación preescolar, primaria y secundaria gratuita, créditos y prestaciones en materia de vivienda, entre otros instrumentos para la materialización de los derechos sociales. Sin embargo, también es verdad que al no estar arraigada en el sistema jurídico mexicano la idea de que los derechos sociales son derechos fundamentales, muchas de estas normas, abren espacios para la discrecionalidad en su implementación, fomentan la creación de políticas públicas asistenciales y focalizadas y permiten reformas legales regresivas³¹⁸ como es el caso de la flexibilización laboral, el retroceso en materia de Seguridad Social o la privatización en el acceso a necesidades básicas como el agua, la vivienda, la educación, etc., además conviene decir que la mayor parte de las normas en la materia están construidas partiendo de la idea de que los derechos sociales sólo constituyen líneas programáticas a desarrollar en la legislación y que de igual forma, sólo suponen obligaciones positivas para el Estado. En este último sentido, encontramos importantes lagunas legales como por ejemplo, normas contra los desalojos forzosos o de consulta a los pueblos indígenas.

Por lo que tiene que ver con el derecho a la alimentación, es necesario destacar que éste ha sido reconocido de forma universal en la Constitución (reforma constitucional de octubre de 2011). Sin embargo, hasta la fecha no existe una legislación secundaria federal que desarrolle el contenido ni establezca las obligaciones estatales correspondientes.

Finalmente, por lo que se refiere a los derechos a la propiedad social de

318. A partir de que se reinstaló el discurso liberal como discurso hegemónico, las modificaciones que han sufrido las leyes en materia de derechos sociales han sido, mayoritariamente, en perjuicio de estos últimos. «Es decir, la idea de que si hay una reforma a la salud, a la Seguridad Social, o a la educación, no es para mejorar sino para empeorar... quien come hoy no sabe si comerá mañana; quien está vivo hoy puede estar muerto mañana; quien envió a su hijo a la escuela este año, no sabe si lo podrá enviar el año entrante» (DE SOUSA, 2004, pp. 53-54).

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

la tierra y los derechos labores, que como lo hemos señalado en párrafos superiores fueron las principales reivindicaciones revolucionarias, a diferencia del resto de los derechos estos dos han sido ampliamente desarrollados en el texto constitucional así como en sus leyes reglamentarias. En ambos casos se cuenta con leyes federales respectivas (Ley Federal del Trabajo y Ley Agraria) que desarrollan ampliamente el contenido y alcance de los derechos señalados; aun cuando la ley Agraria ha sufrido una reforma regresiva importante, debilitando la propiedad social y colectiva de la tierra para favorecer la reapropiación privada de la misma.

5.3.2. Juicio de amparo y desarrollo jurisprudencial

Por lo que toca a las *garantías institucionales secundarias*, conviene comenzar destacando que el juicio de amparo es la garantía constitucional de protección de los derechos fundamentales más importante en México³¹⁹. Sin embargo, ésta tiene un alcance limitado para la protección de los derechos sociales, por distintas razones. En primer lugar, debido a lo que ya hemos señalado en párrafos anteriores sobre la interpretación que la teoría dominante ha construido en relación con la «naturaleza» de los derechos sociales como cláusulas programáticas y no como «garantías individuales»³²⁰ (que como vimos, en México es sinónimo de derecho fundamental). Como lo desarrollaremos a continuación, ese debate teórico predominante ha influenciado fuertemente la postura y concepción del Poder Judicial³²¹ sobre los mismos.

Como ya lo ha señalado Rodrigo UPRIMNY, a pesar de que México fue pionero en ambas materias (el juicio de amparo y los derechos sociales), dicho instrumento no pudo ser utilizado en materia de derechos sociales, pues existían diversos obstáculos, sobre todo de carácter procesal, que impedirían la justiciabilidad de los mismos.

319. Debido a la naturaleza de este trabajo, nos resulta imposible profundizar en todos los procedimientos, civiles, penales, administrativos que de forma indirecta, también pueden llegar a convertirse en garantías secundarias para la protección de los derechos sociales. El 6 de junio de 2011 se removió ese obstáculo, al introducirse en el artículo 107 de la Constitución la noción de «interés legítimo».

320. La Constitución mexicana, recientemente reformada (6 de junio de 2011) en sus arts. 103 y 107, establece que el Juicio de amparo es precedente contra los actos de autoridad o las leyes que violan los derechos humanos y las garantías otorgadas por la Constitución y por los Tratados Internacionales.

321. Este Poder está constituido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), los Juzgados de Distrito y los Tribunales Colegiados. En México no existe un Tribunal Constitucional, por lo tanto, es la SCJN quien conoce tanto los casos de legalidad como los casos de constitucionalidad. En su función de control constitucional, estos tribunales federales tienen la facultad de conocer los casos «de amparo».

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

Uno de ellos era el relativo al «interés jurídico». En el juicio de amparo mexicano, era necesario probar que el acto reclamado como violatorio de derechos causaba una ofensa directa a la persona afectada por la violación y por tanto, ésta debía contar con un interés jurídico directo para acudir a la instancia jurisdiccional competente. Esta exigencia tenía a su vez repercusiones en la naturaleza del sujeto (construida artificialmente) que podía presentar una demanda de amparo, ya que el interés jurídico ha sido tradicionalmente entendido por el Poder Judicial mexicano, sólo en su dimensión individual. Aunque este obstáculo afecta a todos los derechos (civiles, políticos, sociales, ambientales, etc.), si tomamos en cuenta que en la tradición mexicana los derechos sociales son generalmente identificados con reivindicaciones colectivas, lo anterior se convertía en una limitante más para la defensa de los derechos sociales. El 6 de junio de 2011 se removió ese obstáculo, al introducirse en el artículo 107 de la Constitución la noción «interés legítimo».

Paralelo a ello, la ley de amparo consagra la denominada «fórmula Otero», la cual impide que una sentencia de amparo tenga efectos generalizados. Esta restricción (que está en vigor desde 1847) aunada a que los derechos sociales no son considerados verdaderos derechos y que por tanto reciben muy pocas sentencias favorables, bloquea la posibilidad de que se pueda avanzar en el debate jurisprudencial sobre la justiciabilidad de los derechos sociales.

Aunado a lo anterior es importante resaltar que, a pesar de que el grado de violación de los derechos sociales en México es muy alto, el gobierno ha incurrido en una constante omisión en relación con la difusión a la población de estos derechos como derechos exigibles. Si a ello sumamos la concepción debilitada que tienen las instituciones sobre los mismos, y que el amparo es un instrumento extremadamente técnico que requiere la contratación de un «experto» quien suele cobrar grandes sumas de dinero, tenemos como resultado obvio que el número de demandas dirigidas a las instancias judiciales correspondientes sea muy reducido. Todo lo anterior deja en estado de indefensión a los sujetos más vulnerables, aun cuando deberían ser los más protegidos.

Frente a este escenario, en México es común intentar reivindicar derechos sociales a través de demandas de amparo basadas en la violación a los artículos 14 y 16 constitucionales, que consagran, las denominadas garantías de seguridad jurídica que, respectivamente, protegen el derecho de audiencia y obligan al Estado a fundar en la ley y a motivar debidamente todos sus actos. En la tradición jurídica mexicana, estos preceptos, han permitido, en algunos casos, lograr la protección jurisdiccional de los derechos sociales; sin embargo, esta situación también ha hecho que el Poder Judicial continúe sin

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

entrar en los problemas de fondo de la materia y se concentre en aquellos relativos a los procedimientos. Todo ello contribuye a que, en dicho espacio, el debate en torno a los derechos sociales permanezca estático.

Como producto de lo anterior existe una muy escasa jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación que retomando y reforzando la teoría tradicional, continúa reproduciendo el discurso de que los derechos sociales no constituyen verdaderos derechos sino son simplemente «líneas programáticas» a seguir por el legislador y en general por el Estado en el desarrollo de la política social. Así pues, los derechos a la protección de la salud, a la vivienda adecuada, a la alimentación infantil, o a la educación (reconocidos en la Constitución mexicana), son considerados por la máxima autoridad judicial como normas que no producen efectos jurídicos directos y que por lo tanto, no generan obligaciones para el Estado mexicano.

Como paréntesis, es importante recordar, que como ya lo hemos señalado, en el caso del derecho del trabajo y del derecho agrario (relativo a los asuntos relacionados con la propiedad colectiva de la tierra), históricamente ha existido una mayor protección constitucional, legislativa y, consecuentemente, jurisdiccional. Recogiendo los postulados e ideales de la Revolución mexicana, se crearon tribunales especializados para dichas cuestiones. Igualmente, en el caso del juicio de amparo, en materia agraria y laboral existen diferencias en relación a otros ámbitos del derecho. Una de ellas es la existencia de la denominada «suplencia de la queja deficiente»³²².

Cerrando el paréntesis, y retomando los obstáculos que existen en México derivados de la visión predominante, podemos constatar con la propia jurisprudencia de la Corte que dicha visión se refuerza ya que indica expresamente que el derecho a la vivienda: «[...] se encuentra establecido como un *derecho programático* en la Constitución Política de los Estados Unidos mexicanos en el penúltimo párrafo del artículo 4»³²³.

322. Ésta significa, *grosso modo*, que una parte de los sujetos que intervienen (campesinos, comunidades agrarias, ejidos u obreros), al ser mayormente débiles en el juicio no se encuentran obligados a conocer los tecnicismos del amparo. Por tanto, en los casos de omisión, deficiencia o error en la demanda, así como en las diversas actuaciones de dichos sujetos a lo largo del juicio, el juzgador se encuentra obligado a corregir las posibles deficiencias con el fin de velar por los derechos de estos sujetos y no permitir que caigan en estado de indefensión.

323. «RENTA, CÁLCULO DEL IMPUESTO RELATIVO. LA DEDUCCIÓN DEL CINCUENTA POR CIENTO DE LOS INGRESOS PERCIBIDOS POR ARRENDAMIENTO DE CASA-HABITACIÓN, ESTABLECIDA EN EL SEGUNDO PÁRRAFO DE LA FRACCIÓN VI DEL ARTÍCULO 90 DE LA LEY RELATIVA, NO VIOLA EL PRINCIPIO DE EQUIDAD TRIBUTARIA (TEXTO VIGENTE A PARTIR DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y UNO)», *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, T. XV, registro n° 187926, Pleno, enero 2006, p. 6 (cursivas nuestras, RG y AR).

Capítulo II. Panorama de derecho comparado

Para precisar lo anterior, los tribunales federales definen en otra jurisprudencia que: «En nuestra Constitución Política existen preceptos legales que únicamente trazan *principios* no totalmente definidos en cuanto a su aplicación concreta. A este tipo de normas se les caracteriza por *no tener fuerza suficiente* para desenvolverse integralmente, pues están condicionadas a la intervención del legislador para que actualice sus postulados, es decir, requieran ser reglamentadas para su aplicación y *mientras tanto constituyen una base y directriz* para que el orden jurídico en general sea coincidente y acorde [...] Sin embargo [...] son precisamente las leyes que se emitan en acatamiento a tales normas programáticas, las únicas que lo van a vincular y no el precepto constitucional que nos ocupa, que únicamente otorga al legislador lineamientos y directrices generales para que éste las desarrolle en los ordenamientos reglamentarios correspondientes»³²⁴.

Así, esta interpretación de la Corte, como señala Mauricio GARCÍA VILLEGAS refiriéndose al contexto colombiano, es esencial «no sólo porque representa la última instancia decisoria en el sistema constitucional, sino porque su jurisprudencia determina la manera como los demás jueces de la jurisdicción interpretan y aplican los derechos fundamentales»³²⁵; por lo que la citada jurisprudencia ha impactado de forma notoria el resto del debate en el seno del Poder Judicial y se suma a los obstáculos que han impedido la posibilidad de presentar una demanda de amparo para reivindicar derechos sociales.

Finalmente, para completar este panorama, debemos decir que en la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación no existe ningún debate relativo a lo que se entiende por derecho social, garantía social o derechos económicos, sociales y culturales. De igual forma, no existe ninguna tesis relativa a la posible presentación de una demanda colectiva de amparo.

En lo que se refiere a los derechos sociales a la educación, a la vivienda adecuada, y a la alimentación infantil, la jurisprudencia es escasa; hasta la fecha es en materia de salud en donde encontramos algunos debates y jurisprudencia. En el año 2009³²⁶ el debate en torno a los derechos sociales permaneció casi intacto, durante este período sólo se emitieron dos jurisprudencias

324. «SERVIDORES PÚBLICOS. EL ARTÍCULO 113 CONSTITUCIONAL NO PUEDE SERVIR DE FUNDAMENTO PARA APLICARLES UNA SANCIÓN, POR SER UNA NORMA PROGRAMÁTICA QUE REQUIERE DE LA INTERVENCIÓN DEL LEGISLADOR PARA QUE REGULE EL PROCEDIMIENTO PARA IMPONERLA», *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, T. XVII, Tribunales Colegiados, reg. n° 184751, febrero 2003, p. 1156 (Las cursivas son nuestras).

325. DE SOUSA SANTOS y GARCÍA VILLEGAS, 2001, t. I, p. 470.

326. Ver SCJN, *Informe anual de labores 2009. Anexo documental*, México, Poder Judicial de la Federación, 2009.

Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria

cias en materia de salud y otras dos tesis promovidas por José Ramón Cossío que resultan interesantes para este capítulo: una relativa al derecho al mínimo vital y otra referente a la dignidad humana en el orden jurídico mexicano. Solamente.

Como se puede apreciar de las páginas anteriores, el debate teórico, el desarrollo legislativo y la protección jurisdiccional de los derechos sociales en México son, en términos generales, muy limitados. Si bien podemos notar algunos avances importantes desde la teoría, éstos se encuentran escasamente reflejados en la legislación y, salvo contadas excepciones, el Poder Judicial prácticamente no ha generado aportaciones trascendentes en la materia³²⁷.

6. BRASIL*

6.1. LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS FUNDAMENTALES: LÍNEAS MAESTRAS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL POSITIVO, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

La Constitución Federal de 5 de octubre de 1988 (CRFB) fue la primera en la Historia constitucional brasileña en prever un título específico para los llamados «derechos y garantías fundamentales» (Título II), donde, conjuntamente con los designados derechos y deberes individuales y colectivos, los derechos políticos y las reglas sobre la nacionalidad, fueron también consagrados derechos sociales básicos y de carácter general, como un extenso elenco de derechos de los trabajadores, igualmente previstos en el capítulo sobre derechos sociales. Aunque en la evolución constitucional precedente ya hubiese previstas algunas normas que versan sobre justicia social e incluso algunos derechos sociales (ya la primera Constitución de Brasil, de 1824,

327. El caso de la Comunidad indígena de *Minimuna* en el estado de Guerrero ha sido uno de los únicos avances en materia de derechos sociales y por tanto, resulta paradigmático. Se trata de la población más pobre del país en la que no se cuenta con los servicios básicos y aún más, no se cuenta con servicios de salud. Al sufrir muertes por enfermedades curables, las y los habitantes decidieron organizarse para presentar una demanda amparo en materia de salud que por primera vez en México, obtuvo una sentencia favorable. Sin embargo, dicha decisión judicial no tiene impacto sobre tribunales de mayor alzada en tanto que los criterios de los Juzgados de Distrito no son obligatorios para los Tribunales Colegiados y para la Suprema Corte. *Vid.* GUTIÉRREZ y RIVERA, 2009.

* Por Ingo WOLFGANG SARLET. Agradecemos la colaboración de la Maestra y Abogada de la Unión Mariana FILCHTNER FIGUEIREDO, cuya disertación de Doctorado sobre el derecho a la salud (citado en este trabajo) tenemos el privilegio de dirigir, sea por la ayuda en la recolección de datos doctrinarios, legislativos y jurisprudenciales, sea por la ayuda en el formateo del texto y adecuación a los parámetros editoriales.