

La protección judicial del derecho a la salud en el Amparo Mexicano. Análisis del Caso Mini Numa

Pedro de Jesús Pallares Yabur

Licenciado en Derecho y Máster en Pedagogía por la
Universidad Panamericana (México).

Máster en Derecho de la Globalización y de la Integración Social,
Universidad de Navarra (España).

Resumen: A raíz de un amparo concedido a los dirigentes de una comunidad indígena en extrema pobreza por violación al derecho a la salud, el autor toma el hecho y hace un análisis de los posibles argumentos que pueden utilizarse para la protección judicial del derecho a la salud; especialmente en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Sólo es posible hacer justiciables los actos concretos que producen un daño real y cuantificable que pueda ser imputable al Estado. La violación directa a ese tipo de derechos no es tan problemática como la revisión judicial de la progresividad, es decir, la revisión judicial del diseño de la política pública.

Palabras clave: recursos disponibles; políticas públicas; derechos sociales; amparo; recursos; progresividad; justiciabilidad, pobreza; indígenas; derecho a la salud.

Abstract: Based on the protection granted to the extremely poor leaders of an indigenous community for the violation of their right to health, the author tries to build an argument to be used for the legal protection of this right in the context of the Inter-American System of Human Rights. It is just possible to do justice in concrete acts that cause a real and quantifiable damage that can be imputable to the State. The direct violation to this type of rights is not as problematic as the judicial review of progressivity, that is, the judicial review of the public policy.

Keywords: available resources; public policies; social rights; protection; resources; progressivity; justiciability; poverty; indigenous; right to health.

Sumario

Introducción

1. El contexto, antecedentes y resolución del caso¹
2. El caso de Mini Numa a la luz de violaciones directas a los Derechos Sociales
3. Mini Numa y la protección judicial por revisión de la Progresividad

Introducción

En junio de 2008 un juez de distrito resolvió un amparo a favor de unos indígenas de Guerrero sobre protección del derecho a la salud². Como toda resolución judicial sobre derechos económicos, sociales y culturales reafirma la idea de que este tipo de derechos puede ser protegido por vía jurisdiccional; pero al mismo tiempo, invita al investigador a un análisis detallado sobre las causas, argumentos y consideraciones que funcionan para otro tipo de casos similares.

Como se verá, ofrecer garantías para derechos sociales aplicando instrumentos que fueron diseñados para defender principalmente derechos civiles y políticos puede hacer ver *forzados* a los procesos jurisdiccionales, principalmente de amparo. En efecto, ¿cuánto tiempo se requiere para liberar un preso, o permitir la interposición de una demanda? Por el contrario, ¿cuánto tiempo se necesita para re-elaborar una política pública relativa a la cobertura de salud? ¿En cuánto tiempo se construye un hospital?

Aún así, somos de la idea de que los Derechos Económicos Sociales y Culturales pueden ser protegidos judicialmente, aunque, al igual que los derechos civiles y políticos, la facilidad o dificultad de la garantía dependerá de qué se le pide a la autoridad.

1 La reconstrucción de los hechos y del contexto se basa tanto en la sentencia de Amparo, principalmente el *Considerando Quinto*.

2 Juzgado Séptimo de Distrito del Estado de Guerrero, Expediente 1157/2007, Numero de Expediente Único Nacional: 5935338.

1. El contexto, antecedentes y resolución del caso³

El Estado de Guerrero se encuentra dentro de las tres entidades más pobres de México, junto con los Estados de Chiapas y Oaxaca. El 13% de la población es indígena y se concentra principalmente en los 19 municipios de la Montaña y en 8 municipios de la región llamada Costa Chica. En la Montaña de Guerrero como en todo el país, los pueblos indígenas son los más marginados y vulnerables. Según el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), la Montaña de Guerrero es una de las regiones de mayor pobreza en el mundo. El nivel de desarrollo de los municipios de *Metlatónoc* y *Cochoapa El Grande* se compara con el de Kenia y Malawi en el continente africano.

Uno de cada 4 niños muere antes de cumplir los 6 años de edad, generalmente por las “enfermedades de la pobreza” (ocasionadas por parásitos y desnutrición y provocando vómito y diarreas) y por la falta de atención e infraestructura médica por parte del estado. De cada 100 mil partos, mueren 281 mujeres en la Montaña, cuando el promedio nacional es de 51 mujeres (5 veces menos). Existe un solo ginecólogo para atender a 17.654 mujeres en edad fértil, cuando el promedio nacional es de un ginecólogo por 2.414 mujeres.

Mini Numa pertenece al municipio de Metlatónoc, encontrándose a hora y media a pie de la cabecera municipal. El pueblo tiene más de 100 años de estar asentado, aunque es reconocido como Delegación municipal desde hace solo 8 años. Está integrado por 321 personas⁴.

El juez de amparo centra su argumento en dilucidar si el servicio público relativo a la salud que “se debe prestar [...] a los habitantes del estado de Guerrero, que así lo requieran” son atendidos en la práctica conforme a lo establecen tanto la ley como la política pública que define los modos y medios de atención.

3 La reconstrucción de los hechos y del contexto se basa tanto en la sentencia de Amparo, principalmente el *Considerando Quinto*.

4 La reconstrucción de estos hechos está tomada de la página web del Centro de Derechos Humanos de la Montaña Tlachinollan (www.tlachinollan.org), quien asesoró a los quejosos.

En su descripción de los hechos los demandantes refirieron que el pueblo de Mini Numa, “es una comunidad indígena Na Savi (Mixteca), que se encuentra a una hora y media de camino a pie, de la cabecera municipal Metlatónoc, Guerrero, conocida por su pobreza extrema; que las enfermedades han llegado a ser causa de defunción entre los habitantes de esa comunidad, principalmente niñas y niños; [...] destacando como factor de las defunciones la falta de atención médica en la clínica que se encuentra en Metlatónoc [la cabecera municipal]”.

Las autoridades de la comunidad pidieron al gobernador del Estado y su Secretario de Salud que proveyeran una “unidad médica con personal capacitado para atender a la comunidad”. En respuesta, la Secretaría de Salud del Estado se refirió a los requisitos contenidos en la política pública diseñada para la atención de la salud, llamada “Modelo Integrador de Atención a la Salud (MIDAS)”; que establece que “para construir un centro de salud, la localidad sede debía contar con una población de dos mil quinientos a tres mil habitantes por núcleo básico, a una distancia de quince kilómetros y un tiempo de treinta minutos de recorrido, al Centro de Salud más cercano; y en razón de que la comunidad de Mini Numa, tiene una población de doscientos setenta y un habitantes, éstos son atendidos por el centro de salud de Metlatónoc, Guerrero, que se encuentra a una distancia de cuatro kilómetros y un tiempo de recorrido de sesenta minutos”.

La respuesta del Secretario de Salud no carece de lógica: los recursos son escasos, la política pública los distribuye lo mejor posible y el pueblo en cuestión no reúne los requisitos para construir un centro de salud en Mini Numa. El mismo MIDAS establece que en caso de no poder construir un Centro de Salud (lo que sí podría ser en la cabecera municipal), podría construirse “Casas de Salud” en comunidades rurales dispersas; de tal manera que junto al gobierno federal, puede establecerse una red de servicios de salud que garanticen la continuidad de atención. El MIDAS condiciona el establecimiento de las “Casas de Salud” a que la comunidad interesada proporciones un espacio físico adecuado.

Para resolver el caso, el Juez de Distrito que resuelve el amparo, no se preocupa por analizar (i) si el diseño de la política pública es correcto –es decir, cumple con los requisitos de progresividad– o (ii) si el estado es respon-

sable por la muerte por enfermedades que podrían resolverse en las Casas de Salud –diarrea, infecciones comunes, etc–. Su preocupación es resolver si se aplicaba o no el MIDAS. Para el juez de distrito, en este caso el derecho a la salud es la correcta aplicación de la política pública diseñada conforme a la ley. Y centra –o reduce si se quiere– su análisis a este punto.

En la sentencia, después de reconocer y describir el carácter “legal” del MIDAS, analiza que en el pueblo en Mini Numa se cuenta tanto “con una *Casa de Salud*” pero que “ésta no cumple con las condiciones mínimas en la que los quejosos y demás pobladores de la aludida comunidad rural, puedan recibir atención médica; por que en primer lugar, no cuenta con el mobiliario respectivo; y en segundo lugar, es casi inexistente el medicamento con que cuenta”.

Al pueblo de Metlatónoc deben acudir los habitantes de Mini Numa para el siguiente nivel de atención médica, es decir un “*Centro de Salud*”, donde según el MIDAS se debe ofrecer servicio las veinticuatro horas, debe contener un sistema de radio–comunicación, ambulancia, un médico, enfermera y capacidad para atender enfermedades un poco más graves como consulta externa, geriatría, laboratorio, ultrasonido, etc.

Pero queda probado para el juez que tampoco se cumplen en Metlatónoc los “los Lineamientos del Modelo Integrador de Atención a la Salud (MIDAS), emitido por la Secretaría de Salud, pues sólo existen dos vagones que fueron donados por la fundación “Vamos México”, que no cumplen con las condiciones mínimas (luz, agua, sanitarios); es inexistente la prestación del servicio durante las veinticuatro horas de los trescientos sesenta y cinco días del año; no cuenta con servicio de radio comunicación, ambulancia o apoyo vehicular; sólo es atendido por un médico que presta sus servicios de lunes a viernes, con un horario de ocho de la mañana a tres de la tarde; por tanto, aún y cuando los habitantes de la comunidad de Mini Numa, tengan que acudir a ese centro de salud, no se satisfacen sus necesidades básicas de atención a la salud.”

Y concluye el juzgador que “es evidente que se vulnera en perjuicio de los aquí quejosos, las garantías” relativas a la salud. El juez reconoce que este derecho, “no obstante de que se trata de un derecho universal, que protege a todo ser humano y en este sentido, como se trata de un derecho prestacional

en la medida en que principalmente implica y conlleva una serie de obligaciones de hacer por parte de los poderes públicos y para hacerlo realidad, el acceso a la salud debe ser universal, equitativo y de calidad; sin que en el caso los poderes públicos puedan alegar motivos no justificados, como la escasez presupuestal, para dejar de cumplir con sus obligaciones constitucionales”.

Por lo tanto, el juez señala que se violaron los artículos 1 (no discriminación), 2 (derechos indígenas) y 4 (derecho a la salud) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Así que su argumento se reduce a reconocer (a) que la violación directa a la Constitución exhime de la obligación de agotar los recursos administrativos respectivos; (b) el artículo 4(3) de la CPEUM impone obligaciones de ‘hacer’ y de conseguir un ‘acceso’ a la salud; y (c) no se cumple con la Constitución, ni con la Ley General de Salud, al no aplicar el MIDAS.

Condena al Gobierno del Estado y a la Secretaría de Salud del Estado a que de manera inmediata equipe adecuadamente –con mobiliario, servicio de luz, agua, drenaje y medicamentos suficientes– la casa de salud que construyó la propia comunidad con recursos propios; y otorgue atención médica las 24 hrs. Además, exhorta a que el centro de salud de la cabecera municipal cumpla con las condiciones mínimas establecidas en el Modelo Integrador de Atención a la Salud (MIDAS) y demanda por ello a las autoridades en materia de salud que construyan un inmueble adecuado que cuente con personal, medicamentos y servicios básicos para su buen funcionamiento. El juez advierte: “[s]in que para el caso las autoridades sanitarias primarias del estado de Guerrero puedan alegar falta de presupuesto, porque se trata de un motivo injustificable para cumplir con un imperativo constitucional”.

El proceso jurisdiccional descrito que comenzó el 12 de noviembre de 2007, que recibió sentencia el 11 de julio de 2008. La Secretaría de Salud de Guerrero respondió que está imposibilitada para cumplir con la sentencia de Amparo, pues carece de recursos suficientes, presupuestados y reales. Además, las leyes de la materia no contemplan asignación de recursos por procedimientos distintos a la elaboración de políticas públicas.

El 13 de agosto de 2008 la sentencia causó ejecutoria, por lo que el juez de Distrito, los emplazó para que en 24 horas informen sobre los trámites que están realizando para dar cumplimiento del amparo. A saber: otorgar la Clave

Única de Establecimientos de Salud de la clínica construida por los habitantes de Mini Numa; equiparlo y atenderlo adecuadamente.

El 25 de septiembre de 2009 la autoridad remite documentación al Juez de Amparo por el que afirma haber desarrollado, de forma ininterrumpida, la construcción de la construcción del centro de salud. Sin embargo, para julio de 2011, el juez de amparo seguía reconviendo a la autoridad para que diera cumplimiento a la sentencia.

2. El caso de Mini Numa a la luz de violaciones directas a los Derechos Sociales

Como se ha visto, el juez de amparo otorgó la protección judicial al derecho a la salud argumentando considerando sólo la aplicación de una política pública diseñada legalmente. ¿Es esto la protección de los derechos sociales? La respuesta es sí. Y esto se debe a que, al igual que los derechos civiles y políticos, los derechos sociales pueden ser violados por una acción directa contraria a ellos.

Para explicar la anterior necesitamos aclarar dos ideas. Primero, los documentos internacionales suelen (i) reconocer un contenido normativo, (ii) fijar las obligaciones de los estados en relación a esos derechos, (iii) ofrecer una estructura *remedial*, recursos, y (iv) establecer un organismo que monitorea el cumplimiento de las obligaciones del Estado. Esto nos permite distinguir –como segunda idea– entre contenido normativo (la descripción del derecho, por ejemplo en qué consiste la salud o una vivienda) y obligaciones del estado (lo que el estado se obliga hacer respecto a ese derecho *respetar, garantizar, medidas apropiadas y recursos efectivos*).

Los DESC son generalmente programáticos en su contenido normativo. Pero las obligaciones del Estado, son siempre de aplicación, comportamiento y efecto inmediato. Por tanto los DESC no son sólo un conjunto de buenas intenciones respecto al trabajo, la vivienda, la educación, etc.; puesto que cada derecho incluye la obligación del Estado para respetar, garantizar ofrecer recursos judiciales y determinar el contenido normativo principalmente a través de políticas públicas progresivas.

El carácter programático de los DESC es irrelevante cuando se trata de

revisar si el Estado incumplió sus obligaciones de *respeto*, *garantía* y *recursos efectivos*. Y respecto a la obligación de *medidas apropiadas*, el diseño de políticas públicas que son las que aplican los recursos disponibles –limitados si se quiere– en el caso concreto.

Para el juez de distrito en el caso de *Mini Numa*, la violación a la garantía consistió precisamente en no aplicar la política pública respectiva. Una violación directa. Aquí la progresividad en cuanto tal era irrelevante. Pero no resolvió un atentado contra el derecho a la vida de los niños fallecidos por la falta de atención. Los menciona en la sentencia, como manifestaciones de los quejosos, pero no hay una declaratoria de responsabilidad Estatal.

¿Sería posible revisar lo sucedido bajo los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos? Somos de la idea de que sí.

En los casos de violación directa el carácter progresivo del DESC no es relevante para la determinación de la responsabilidad internacional del Estado. Es suficiente que que no se haya (1) respetado, o no se hubiera (2) garantizado, o no se hubieran (3) realizado las medidas apropiadas de aplicación inmediata en relación con alguno de los niveles de las obligaciones *respetar*, *proteger*, *cumplir-facilitar*, *cumplir-promover*, o *cumplir-proveer*. La progresividad no es relevante; sí lo es una obligación de carácter inmediato que no se cumple.

Esto puede suceder cuando no se elabora un plan de acción, o éste es discriminatorio o no se aplica, o no se elabora escandalosamente bajo los estándares de una *medida apropiada*, o es imposible algún recurso administrativo y/o jurisdiccional, o daña un derecho porque lo lastima, dificulta o elimina, etcétera⁵.

5 En un operativo militar, “agentes Ejército mexicano penetraron violentamente en la comunidad indígena de Morelia, Municipio de Altamirano, Estado de Chiapas, en los Estados Unidos Mexicanos [...], irrumpiendo en las casas, sacando a los hombres a golpes, reuniéndolos en la iglesia y en la cancha de béisbol del ejido y, en ese lugar, los obligaron a tirarse en el suelo con la cara contra el cemento. Mientras los tenían en esas condiciones, los soldados se dedicaron a saquear las casas y las tiendas del poblado, y a destruir la clínica de atención médica.”, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Severiano y Hermelindo Santiz Gómez (Ejido Morelia) vs México Informe N° 48/97, caso 11.411,18 de febrero de 1998, en *Informe Anual 1997*, OEA/Ser.L/V/II.98,Doc.

El trabajo de Tara Melish sobre la protección judicial⁶ de derechos sociales en el Sistema Interamericano ofrece cuatro estrategias para defender derechos sociales⁷ como violaciones directas. La primera, el ‘enfoque indirecto’ busca una protección indirecta alegando violaciones a través de la protección al debido proceso legal (artículo 8 del PSJ), de la no discriminación (artículo 1 y 24 del PSJ) y de la protección judicial (artículo 25 del PSJ); basada en la exigencia de evitar la arbitrariedad en sus acciones y en la asignación de recursos programáticos que debe acompañar todo acto de autoridad. De tal manera que aunque el Estado tome el camino político que desee respecto a estos derechos, debe elegir no sólo el más razonable o apropiado, sino que también debe ser legal, no discriminatorio y como cualquier acto de autoridad, debe permitir la revisión judicial.

El segundo, es el ‘enfoque de integración’, que tiene su punto de partida en la interacción entre DESC y DCP; pues estos últimos no son sólo “civiles” o “políticos”, sino que necesita del desarrollo de los DESC para poderse ejercer; o en algunos casos, la violación a un DESC implica la violación de un DCP. Por ejemplo, el derecho a la propiedad implica la protección del derecho a la vivienda y la prohibición de desalojos forzosos e ilegales; o el derecho a la salud, se protege a través del derecho a la vida⁸.

6,17 febrero 1998, hechos denunciados. Aunque en el caso la Comisión no resuelve violaciones a los DESC, las acciones directas de saquear las casas y las tiendas del poblado, y la destrucción de la clínica, pudieran constituir una violación a la obligación de respetar el derecho a la salud, a la alimentación y a la vivienda de los pobladores.

6 Los sistemas internacionales de derechos humanos prevén que los Estados presenten informes sobre el cumplimiento de sus obligaciones respecto a los DESC (Artículo 16 PIDESC y Artículo 19 del Protocolo de San Salvador –PSS–). Pueden recibir tanto del CDESC o en su caso de la Comisión IADH, recomendaciones sobre el desarrollo de los DESC. Estos caminos pueden ser eficaces, pero no son contenciosos.

7 Cf. Melish, Tara, *La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la Presentación de Casos*, edición a cargo de: Orville H. Schell, Jr. Center for International Human Rights (Yale Law School) y el Centro de Derechos Económicos y Sociales, Quito, 2003.

8 Respecto a la protección de los DESC a través de DCP puede verse también Abramovich,

En el ‘enfoque de violaciones complejas’ Melish sugiere que a partir de los criterios establecidos en el caso Velásquez Rodríguez de la Corte IDH, sobre lo que constituye una violación compleja, se pudiera aplicar a DESC, en concreto a la práctica de desalojos forzosos⁹. De acuerdo al citado caso una violación compleja se constituye cuando existe:

una práctica que (1) debe ser comprendida y encarada de una manera integral; (2) ha llevado a una actitud concreta de censura y repudio generalizados por parte de la comunidad internacional; (3) constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los Estados Parte están obligados a respetar y garantizar; (4) implica el craso abandono de los valores que emanan de la dignidad humana y de los principios que más profundamente fundamentan el sistema interamericano y la misma Convención; y, (5) supone el desconocimiento del deber de organizar el aparato del Estado de modo que se garanticen los derechos reconocidos en la Convención¹⁰.

Víctor, et.al., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid. Por mostrar sólo algunos, los derechos citados en el trabajo de Melish son: Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica (documentos de identificación para el acceso al trabajo y a la seguridad social); derecho a la vida (derecho a la salud, a condiciones dignas de vida); derecho a la integridad personal (protección de la cultura, de la salud, adultos mayores); no esclavitud o servidumbre (libertad de trabajo forzoso); derecho de asociación y reunión (derecho de sindicalización y defensa de sus derechos); derecho a la intimidad (inviolabilidad del hogar); libertad de pensamiento y expresión (acceso a la información y defensa de los DESC); derecho de propiedad (vivienda, tierras y asistencia social); libertad de circulación y residencia (propiedad cultural indígena en sus tierras ancestrales, refugiados y sus condiciones de vida).

9 Cfr., Melish, Tara, *La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la Presentación de Casos*, op.cit. pp. 395–402.

10 Íbidem, p. 396, se omitieron las citas internas, pero son los párrafos 150, 151, 155 y 158 de Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras, Sentencia del 29 de julio de 1988 (Ser. C) No. 4.

En este contexto, ¿qué es necesario demostrar para determinar la responsabilidad del Estado en materia de Derechos Humanos. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIADH), al determinar la posible responsabilidad de Cuba en el caso *Víctimas del Barco Remolcador “13 de marzo” vs Cuba*, expone cuáles son los elementos que deben concurrir para establecer dicha responsabilidad en relación a la muerte de 41 personas cuyo naufragio fue provocado por guardacostas cubanos:

I) Existencia de un acto u omisión que viola una obligación establecida por una regla de derecho internacional vigente.

II) El acto ilícito debe ser imputable al Estado como persona jurídica.

III) Debe haberse producido un perjuicio o un daño como consecuencia del acto ilícito¹¹.

La *obligación incumplida* hace referencia a las obligaciones de garantizar, respetar, medidas apropiadas y recursos efectivos que de alguna manera no se practican; el *daño real* hace referencia a un contenido normativo dañado; la *imputabilidad al Estado* implica la acción directa por parte de los agentes del Estado o imputables a ella; y un *nexo causal* previsible entre el incumplimiento del Estado y el daño real.

En este caso, ¿podría considerarse la muerte de los niños como *daño real* contrario al derecho a la vida protegido por el artículo 4 del Pacto de San José (PSJ)? Para construir un argumento presumiblemente eficaz, se tendría que explicar y demostrar, (i) el daño real causado a la vida que (ii) pueda ser imputable al Estado.

11 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Víctimas del Barco Remolcador “13 de marzo” vs Cuba*, Informe N° 47/96, Caso 11.436, 16 de octubre de 1996, en Informe Anual 1996, OEA/Ser.L/V/II.95, Doc. 7 rev., 14 marzo 1997, párr. 76. La Comisión cita las obras “Manual de Derecho Internacional Público, Max Sorensen, Fondo de Cultura Económica, México, 1985, pág. 508. Dichos elementos de responsabilidad internacional son formulados también por Eduardo Jiménez de Aréchaga, en su obra *Derecho Internacional Público*, Tomo IV, pág. 34, Fundación de Cultura Universitaria, 1991”.

La Corte Interamericana entiende que la vida humana no puede interpretarse de manera estricta. En efecto, además de incluir la inviolabilidad de la vida humana –la permanencia biológica, la prohibición de una muerte injusta o arbitraria y de la pena de muerte¹². También incluye otros aspectos más *personales*, pues la vida humana es mucho más que la permanencia funcional–biológica. De manera explícita, así lo reconoce la CrIDH en el caso *Niños de la Calle vs Guatemala*:

144. El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna¹³.

De tal manera que es posible proteger por el artículo 4 del PSJ las condiciones de vida digna de intervenciones ilegítimas del estado. En el caso *Yakye Axa vs Paraguay* la CrIADH interpreta que el derecho a la vida incluye las condiciones de vida digna. En el caso, algunos miembros de la comunidad no recibieron atención médica por parte del Estado.

12 Por ejemplo, “[T]odo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras, Sentencia del 29 de julio de 1988 (Ser. C) No. 4, párr. 164.

13 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, 1999, Serie C No. 63, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, párr. 144.

162. Una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. En este sentido, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo, cuya atención se vuelve prioritaria.

[...]

164. En el capítulo sobre hechos probados [...] se concluyó que los miembros de la Comunidad Yakye Axa viven en condiciones de miseria extrema como consecuencia de la falta de tierra y acceso a recursos naturales, producida por los hechos materia de este proceso, así como a la precariedad del asentamiento temporal en el cual se han visto obligados a permanecer y a la espera de la resolución de su solicitud de reivindicación de tierras.

[...]

165. Estas condiciones impactan negativamente en la debida nutrición de los miembros de la Comunidad que se encuentran en este asentamiento [...]. A ello se suma, tal como ha sido probado en el presente caso [...], las especiales deficiencias en la educación que reciben los niños y la inaccesibilidad física y económica a la atención de salud en la que se encuentran los miembros de la Comunidad.

[...]

168. En el capítulo anterior, este Tribunal estableció que el Estado no había garantizado el derecho de los miembros de la Comunidad Yakye Axa a la propiedad comunitaria. La Corte considera que este hecho ha afectado el derecho a una vida digna de los miembros de la Comunidad, ya que los ha privado de la posibilidad de acceder a sus medios de subsistencia tradicionales, así como del uso y disfrute de los recursos naturales necesarios para la obtención de agua limpia y para la práctica de la medicina tradicional de prevención y cura de

enfermedades. A esto se suma que el Estado no ha adoptado las medidas positivas necesarias que permitan asegurar a los miembros de la Comunidad Yakye Axa, durante el período que han permanecido sin territorio, las condiciones de vida compatibles con su dignidad, a pesar de que el 23 de junio de 1999 el Presidente del Paraguay emitió el Decreto No. 3.789 que declaró en estado de emergencia a la Comunidad...¹⁴.

Como puede verse, la Corte IDH no encuentra culpable al Estado solo porque ciertas comunidades indígenas *padezcan* pobreza o incluso ellos se hayan podido ponerse en condiciones desfavorables. La Corte entiende que los riesgos a la salud y a la vida pueden *imputarse* al Estado por cuatro motivos. Primero, el Estado *se encuentra en posición de garante* –en este caso, cuando los afectados acudieron al centro de salud o cuando el estado reconoció el cuadro grave de pobreza–. Segundo, los afectados son miembros de un grupo vulnerable se entiende que el Estado actuará con especial prudencia en la aplicación de su política pública. Tercero, el Estado “genere o agudice” la situación de pobreza o de riesgo a la salud. Y cuarto, en ese contexto, la acción del Estado haya sido razonable.

Así por ejemplo, en el caso *Campo Algodonero vs México*, la Corte condena a México de violar el derecho a la vida de tres mujeres encontradas muertas en Ciudad Juárez. En ese caso, aunque no se conoce al autor material de los homicidios –ya sea o no un agente del Estado– se consideró que cuando el Estado tuvo conocimiento de la desaparición de unas mujeres en concreto, existía ya un peligro “real e inmediato” por el contexto de violencia en Ciudad Juárez. El estado mexicano no es responsable jurisdiccionalmente por ese contexto, pero sí por no adoptó medidas razonables para encontrarlas con vida una vez habiendo conocido la situación:

284. [...] El Estado no actuó con prontitud dentro de las primeras horas y días luego de las denuncias de desaparición, dejando perder

14 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs Paraguay. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C. No. 125.

horas valiosas. En el período entre las denuncias y el hallazgo de los cuerpos de las víctimas, el Estado se limitó a realizar formalidades y a tomar declaraciones que, aunque importantes, perdieron su valor una vez éstas no repercutieron en acciones de búsqueda específicas. Además, las actitudes y declaraciones de los funcionarios hacia los familiares de las víctimas que daban a entender que las denuncias de desaparición no debían ser tratadas con urgencia e inmediatez llevan al Tribunal razonablemente a concluir que hubo demoras injustificadas luego de las presentaciones de las denuncias de desaparición.

[...]

285. Además, [...] [t]ampoco demostró haber adoptado normas o tomado medidas para que los funcionarios responsables de recibir las denuncias tuvieran la capacidad y la sensibilidad para entender la gravedad del fenómeno de la violencia contra la mujer y la voluntad para actuar de inmediato¹⁵.

En el caso de *Mini Numa*, sería posible imputar al Estado las condiciones de salud porque el Estado estuvo en posición de garante al diseñar una política pública como el MIDAS y no cumplirla cuando miembros de un grupo vulnerable intenten tanto el reconocimiento de la Casa de Salud en su pueblo, como la falta de tratamiento efectivo en el Centro de Salud en Metlatónoc. Esto agudizó la situación de riesgo de los indígenas de esa comunidad; y ante la gravedad –más bien poca– de las enfermedades padecidas, fue irrazonable que fueran regresados a su pueblo sin atención médica.

3. Mini Numa y la protección judicial por revisión de la Progresividad

Hemos dicho que cuando los derechos sociales son transgredidos direc-

15 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205, párr. 284, 285.

tamente la progresividad no es relevante para determinar la responsabilidad del Estado. Bastaría describir la obligación incumplida, que produce un daño real, que exista un nexo causal entre el incumplimiento y el daño, y que sea imputable al estado. ¿Es posible hacer este análisis pero desde la revisión de la progresividad.

Tara Melish¹⁶ explica que sólo en las obligaciones de los Estados que se orientan hacia individuos concretos, y a la vez son obligaciones de conducta (no de resultado), son las únicas en las que es posible determinar, al menos a nivel de procedimientos cuasijurisdiccionales o judiciales del Sistema Interamericano de derechos humanos, los requisitos de un daño real concreto y una conducta delimitada para ser revisada por dichos órganos. “Esta es la única dimensión que permite establecer si existe o no un daño concreto e individualizado que puede ser imputado al Estado a través del incumplimiento de un deber de conducta contra una víctima individual”¹⁷.

Somos de la idea de que la progresividad de una medida puede ser revisada, no sin dificultad, en el contexto de la asignación de recursos de una política pública. Es decir, si el diseño de la política pública cumple con los requisitos mínimos razonables para ser progresiva. Junto a ello, habría que demostrar el nexo causal el diseño de la medida con el daño causado. En este caso se revisaría, administrativa o judicialmente, si dicha medida es la más eficaz y progresiva de las posibles. Es decir, en este supuesto, lo que se revisa es una conducta del Estado –la progresividad de la medida–, no el resultado de su decisión; aunque lo primero se puede hacer patente a través de lo segundo.

El artículo 26 del PSJ recoge la obligación de adoptar *medidas apropiadas* respecto a los DESC contenidos en la Carta de la OEA, a saber, educación, alimentación, salud, vivienda, seguridad social, sueldos justos, condiciones justas de trabajo, sindicalización y huelgas, acceso a la cultura, etc.¹⁸ Para utilizar este

16 Melish, Tara, *Rethinking the “Less as More” Thesis: Supranational Litigation of Economic, Social, and Cultural Rights in the Americas*, Forthcoming 39, NYU J. Int’l L. & Pol. 1, pp. 67-71.

17 *Íbidem*, p. 71.

18 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Lineamientos para la Elaboración de*

artículo como fundamento habría que diferenciar la obligación del estado por elaborar medidas apropiadas del contenido normativo al que se dirigen. El peticionario tendría que demostrar que, en su caso, el Estado le ocasiona un daño real al no haber tomado las medidas apropiadas para lograr el desarrollo progresivo de su derecho; debe demostrar, adicionalmente, que existe un nexo causal razonable entre la acción del Estado y el daño a su derecho.

¿Cómo determinar si los Estados incumplen la obligación de progresividad al asignar sus recursos disponibles? Los Estados determinan el uso que le darán a sus recursos a partir de la elaboración de políticas públicas. La protección judicial de la progresividad de los DESC implica la revisión del carácter no arbitrario del establecimiento de la política pública. El Proyecto del Primer Protocolo Facultativo del PIDESC, que se abrió a firmas en septiembre de 2009¹⁹, establece tres procedimientos de defensa de los DESC, uno de ellos el de Comunicaciones Individuales por violaciones a casos concretos de los derechos contenido en el Pacto²⁰. En dicho procedimiento, se prevé la posibilidad de que personas concretas aleguen en contra de su país, el incumplimiento de las obligaciones referidas al artículo 2(1) del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) en relación a los DESC reconocidos en los artículos 6 a 15 del mismo tratado. El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (CDESC) revisará de manera confidencial dichos reportes, las respuestas de los Estados, y determinará si las medidas adoptadas fueron razonables en el contexto en el que país tomó esa determinación²¹.

Indicadores de Progreso en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, OEA/Ser/L/V/II.129, Doc. 5, 5 octubre 2007.

19 Asamblea General, Resolución A/RES/63/117 adoptada el 10 de diciembre de 2008.

20 También prevé procedimientos de Comunicaciones Interestatales por incumplimiento de las obligaciones del Protocolo y el Procedimiento de Investigación, por el que se analizarían cuadros generalizados de sistemáticas violaciones a los DESC.

21 Artículo 8 (4): Al examinar las comunicaciones recibidas en virtud del presente Protocolo, el Comité considerará hasta qué punto son razonables las medidas adoptadas por el Estado Parte de conformidad con la parte II del Pacto. Al hacerlo, el Comité tendrá presente que el Estado Parte puede adoptar toda una serie de posibles medidas de política para hacer efectivos los derechos enunciados en el Pacto.

¿Cómo determinar la razonabilidad de una medida progresiva? El CDESC explica que las medidas apropiadas –de todo tipo, pero especialmente las administrativas, financieras, educativas y sociales– deben adoptarse de manera inmediata, deliberada, concreta, con el objeto de cumplir con las obligaciones del Pacto²². Todo lo cual se traduce en la elaboración de un plan de acción donde se aprovechen al máximo los recursos disponibles. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos afirma al respecto:

... Si bien el artículo 26 [del PSJ] no enumera medidas específicas de ejecución, dejando que el Estado determine las medidas administrativas, sociales, legislativas o de otro tipo que resulten más apropiadas, expresa la obligación jurídica por parte del Estado de *encarar dicho proceso* de determinación y de adoptar medidas progresivas en ese campo. El principio del desarrollo progresivo establece que tales medidas se adopten de manera constante y consistentemente promuevan la plena efectividad de esos derechos²³.

El plan de acción debe ser progresivo, es decir, impone al Estado una obligación en un doble sentido: avanzar lo más rápida y eficazmente en conseguir la efectividad del derecho; y al mismo tiempo, cuando la medida es deliberadamente regresiva, justificarlo en el contexto de todos los derechos y el aprovechamiento de todos los medios a su alcance²⁴.

Entonces, ¿cuáles son los requisitos mínimos que debe tener el plan de acción, en concreto la política pública, para cumplir con la obligación de ser

22 Cf. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comentario General 3, “La índole de las obligaciones de los Estados Parte (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)”, Quinto período de sesiones, 1990, U.N.Doc.E/1991/23, párrs. 2, 7.

23 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Tercer informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia, OEA/Ser.I/V/II.102., párr. 4.

24 Cf. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comentario General 3, “La índole de las obligaciones de los Estados Parte (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)”, Quinto período de sesiones, 1990, U.N.Doc.E/1991/23, párr.9.

medida *apropiada*? Ya hemos hablado de unos requisitos explícitos²⁵: 1) Elaborar un plan de acción; 2) ejecutar dicho plan de acción; 3) uso máximo de recursos disponibles; 4) la no discriminación en la garantía y promoción de estos derechos (arts. 2(2), 3 y 5 del PIDESC); iv) progresividad y no regresividad. El CDESC entiende por progresiva efectividad el “proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo”²⁶; 5) posibilidad de revisión jurisdiccional, ya sea por un recurso administrativo y siempre por un procedimiento judicial; 6) incluir entre las medidas apropiadas la cooperación internacional (PIDESC, art. 2(1)); 7) informar al CDESC las medidas adoptadas para garantizar los DESC de aplicación inmediata y la realización progresiva de los derechos que están determinados por los recursos de un país (PIDESC, arts. 2(1) y 16).

Pero estos requisitos llevan unidos, esencialmente, ciertas condiciones implícitas que en caso de no realizarse, sería prácticamente imposible calificar de *adecuada* cualquier medida, a saber: i) participación de la sociedad civil en la elaboración de las prioridades y medios para conseguir las metas trazadas por el plan de acción²⁷; ii) estudio de impacto de la medida adoptada; iii) mecanismo de medición de cumplimiento de objetivos; iv) medios de rectificación en las metas e implementación; v) transparencia en la evaluación y uso de los recursos públicos.

En el contexto de la discusión sobre el Primer Protocolo Facultativo del

25 Los que se recogen en el artículo 2(1) del PIDESC y los Comentarios Generales 3 y 9 del CDESC.

26 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comentario General 3, “La índole de las obligaciones de los Estados Parte (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)”, Quinto período de sesiones, 1990, U.N.Doc.E/1991/23, párr. 9.

27 Al respecto, la Corte IDH comenta en relación a los Derechos Políticos (Artículo 23 del PSJ): “El derecho a tener acceso a las funciones públicas en condiciones generales de igualdad protege el acceso a una forma directa de participación en el diseño, implementación, desarrollo y ejecución de las directrices políticas estatales a través de funciones públicas”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 200.

PIDESC, el CDESC ha descrito estos elementos como indispensables para valorar una medida como apropiada²⁸:

1) las medidas que se toman son deliberadas, concretas y dirigidas al cumplimiento de los DESC;

2) en el ejercicio de la discrecionalidad el Estado no comete actos discriminatorios, ni arbitrarios;

3) la distribución de los recursos disponibles se hace de acuerdo a los estándares internacionales de derechos humanos;

4) donde sea posible aplicar varias opciones en el diseño de la medida, se elija la opción menos restrictiva de los derechos humanos;

5) se establezca un tiempo y éste sea razonable para el cumplimiento de la meta propuesta;

6) si el plan de acción toma en cuenta la situación de los grupos vulnerables y marginados; ya sea para facilitarles el acceso o como prioridad del programa;

7) en caso de regresividad, si se mantiene un mínimo básico de disfrute del derecho, se pasa por una recesión económica o cualquier otra causa que justifique esa medida;

8) igualmente, si se decidió por la opción de bajo costo en la implementación de la regresión;

9) finalmente, si buscó la cooperación internacional.

En el Protocolo de San Salvador²⁹ –dentro del Sistema Interamericano– se reconocen las siguientes obligaciones de aplicación inmediata por parte de los Estados: 1) adoptar medidas para la realización progresiva de los DESC descritos en dicho protocolo (Art. 1); 2) adecuar la legislación interna (Art. 2);

28 Cf. Comité de Derechos Económicos, Sociales Y Culturales, An Evaluation of the Obligation to Take Steps to the “Maximum of Aviable Resources” under an Optional Protocol to the Covenant, E/C.12/2007/1, 10 de mayo de 2007, especialmente los párrs. 8 y 10.

29 Ratificado por México el 16 de abril de 1996, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 1 de septiembre de 1998.

3) prohibir la discriminación (Art. 3); 4) prohibir las restricciones a derechos no reconocidos en el protocolo (Art. 4); 5) limitar de estos derechos sólo por vías democráticas y legales (Art. 5); 6) a presentar informes anuales a la OEA (Art. 19); y, 7) en caso de violación al derecho a la educación (art. 13) o a la afiliación sindical (art. 8(a)), someterse al procedimiento de comunicaciones individuales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o en su caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (art. 19(6)).

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que en la interpretación de los recursos disponibles,

... se deben medir [...], en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general [...], sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de (personas) no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente³⁰.

De manera análoga, sería posible determinar si una conducta que genere la regresividad puede ser revisable siempre y cuando no cumpla con tres condiciones: 1) si se eligió la opción menos restrictiva; 2) si la resolución se tomó en relación con la totalidad de los derechos humanos, es decir, es regresiva en un derecho concreto, pero para progresar en otras medidas más generales; y, 3) la regresión se aprueba en el contexto del aprovechamiento del máximo de recursos³¹.

30 Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Cinco Pensionistas vs. Perú”. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98, párr. 147.

31 “Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga.” Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comentario General 3, “La índole de las obligaciones de los Estados Parte (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)”, Quinto período de sesiones, 1990, U.N.Doc.E/1991/23, párr. 9.

Una vez descrita la obligación incumplida, en este caso un diseño arbitrario, no progresivo de la política pública, se tendría que demostrar el nexo causal que impute al Estado el mal diseño con el daño real. En el caso de Mini Numa sería que dicho diseño irrealizable que en la práctica generó un daño real.

Este camino tiene la dificultad de que al analizar judicialmente la política pública se tendría que comparar con una más eficaz, y al mismo tiempo que el diseño es el que produce el daño real en el caso concreto. En el caso de Mini Numa, podría argumentarse que el diseño de la política pública es irrealizable y eso causa el incumplimiento de la misma. Sinceramente vemos difícil que un tribunal acepte un argumento así; pero pensamos que en el caso de los DESC, la defensa judicial de la progresividad implica un análisis de la asignación de los recursos. Otro tipo de violaciones directas del Estado puede generar responsabilidad internacional sin que esté en juego el carácter progresivo del mismo.