

LA GRATUIDAD DE LOS DERECHOS PRESTACIONALES COMO DERECHOS HUMANOS. UNA PROPUESTA PARA SU PONDERACIÓN Y OTORGAMIENTO

THE FREE OF PERFORMANCE RIGHTS AS HUMAN RIGHTS. A PROPOSAL FOR ITS WEIGHTING AND GRANTING

EDUARDO SANTILLÁN PÉREZ*

CIDE, México

eduardo.santillan@congresociudademexico.gob.mx

CARLOS MANUEL ROSALES**

UNAM, México

argmaroga@gmail.com

RESUMEN:

El reconocimiento y la implementación de los Derechos Humanos ha generado que su cumplimiento sea en algunos casos a costa del erario. Este artículo analizará si los derechos prestacionales solicitados como Derechos Humanos deben ser otorgados sin condiciones, o si, al contrario, debe existir un mecanismo para que no haya abuso en su exigibilidad y justiciabilidad.

Palabras clave:

Derechos humanos, exigibilidad, justiciabilidad, interpretación.

ABSTRACT:

The recognition and the implementation of the Human Rights has generated that his fulfillment is in some cases at the cost of the budget. This article will analyze if the servicial rights requested as human rights, they must be granted without

⁶⁷ Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM. Actualmente, Presidente de la Comisión de Justicia del Congreso de la Ciudad de México.

⁶⁸ Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Diplomado por la Universidad de Heidelberg. Estudios de *Magister* y Doctorado por la Universidad de Chile. Actualmente, investigador en el Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE).

conditions, or if, on the contrary, a mechanism must exist in order that there is no abuse in their exigibility and justiciability.

Keywords:

Human rights, exigibility, justiciability, interpretation.

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *Los derechos prestacionales.* 3. *Los Derechos Humanos.* 3.1. *Reconocimiento.* 3.2. *Tutela con protección.* 3.3. *Exigibilidad y justiciabilidad de los Derechos Humanos.* 3.4. *¿Cumplimiento incondicional, intrínseco y absoluto de los Derechos Humanos per se?* 4. *Propuesta de modelo para otorgar un derecho prestacional como un derecho humano.* 5. *Casos de estudio.* 5.1. *Derecho a la salud sin costo para el paciente.* 5.2. *Energía eléctrica gratuita.* 5.3. *Educación superior gratuita.* 5.4. *Suministro de agua gratis.* 6. *Conclusiones.*

1. INTRODUCCIÓN

Las leyes son el reflejo de la sociedad. Son la expresión del soberano que cimientan los derechos y garantías. Ellas, sin duda, identifican y permiten dirigir el destino de una nación. Para poder alcanzar justicia, bien común, seguridad, etc.¹ Alimón, para que se pueda acceder a los bienes, derechos y prestaciones que ofrece el Estado, se deben cumplir con los requisitos legales para su operación.²

Como es sabido, los Derechos Humanos (DDHH) son una edificación moral universal, que son reconocidos y exigidos a partir de diversos tratados, convenciones, declaraciones, entre otros; que sirven como los valores probatorios para medir la legitimidad del Estado.³ Se debe observar que los DDHH son obligatorios e intrínsecos, no requieren de leyes adjetivas para que puedan ser solicitados y cumplimentados. No necesitan una legislación orgánica para su operación, ni consideran la capacidad económica ni la infraestructura del Estado para hacerlos efectivos.⁴

Los derechos fundamentales son triunfos políticos de la sociedad y los Derechos Humanos que provienen de reconocer a la persona con ciertas prerrogativas mínimas, para que pueda vivir dignamente y desarrollar libremente su vida.⁵ Existe un espacio en que ambas esferas confluyen en su identidad y objetivos, más no en la forma de su cumplimiento. Los derechos fundamentales son prestados a la población por medio de una ley que garantiza, derechos, obligaciones, requisitos, operación y ejecución de estos.⁶ Al contrario de los Derechos Humanos, que su

¹ ACKERMAN, Bruce, *Social Justice in the Liberal State*, Ed. Yale University Press, USA, 1980, p. 164.

² OJESTO Martínez Porcayo, José Fernando, "Poder, derecho y jueces: la jurisdicción como participación política" en *Testimonios sobre el desempeño del TEPJF*, México, 2003, p. 469.

³ Vid. SCJN, *Los derechos humanos y su protección por el P.J.F.*, Ed. SCJN, México, 2011.

⁴ He considerado incluir en este análisis la Convención Americana de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de los Derechos civiles y políticos que establecen un conjunto de normas, para que los ciudadanos puedan ejercer plenamente sus derechos políticos, con el objetivo de consolidar y fortalecer el sistema democrático.

⁵ Ronald Dworkin estima que los principios jurídicos no son patrones extrajurídicos y son vinculantes para el juez. *Los derechos en serio*, Ed. Ariel, Barcelona, 1995, pp. 19-22.

⁶ LARA SÁENZ, Leoncio, *Derechos Humanos, Colección de cuadernos de Divulgación sobre aspectos doctrinarios de la Justicia Electoral*, No.4, TEPJF, México, 2003, pp. 39 y 40.

principal activo es su valor intrínseco, y sirven como directriz y freno a la actuación de las autoridades.⁷

Por lo que es menester preguntar, ¿los Derechos Humanos tienen más reconocimiento que los derechos fundamentales en un país determinado?⁸ o, dicho de otra manera, si una persona exige el cumplimiento de un DDHH, se debe conceder o consumir sin condiciones previas a diferencia de cualquier ciudadano, que debe apegarse a las normas preestablecidas para obtener acceso a ese bien o servicio.

Por lo que la metodología que guiará nuestra investigación, empezará exponiendo qué son los derechos prestacionales y luego, diversos temas que provienen de los Derechos Humanos como su reconocimiento, tutela y protección, y si su cumplimiento debe ser absoluto e incondicional. También se expondrán los principios *pro personae* y de progresividad que amplían la instrumentación de los DDHH. Para materializar lo anterior, se analizarán algunos casos de derechos prestacionales que brinda el Estado (salud, educación, agua y energía eléctrica), los elementos jurídicos para su solicitud, los requerimientos instituciones para que sean efectivos y averiguar cuáles son los límites para ser exigibles.

Esta investigación tiene como objetivo hacer una exposición y disertación, sobre considerar si un Derecho Humano se debe tutelar y conceder sin condición, o si debe haber requisitos para su exigibilidad y justiciabilidad, para que no se fomente, una política de concesión automática irrestricta y gratuita, fundamentada con base en los DDHH.⁹

Este trabajo también propone algunos requisitos para la exigibilidad y otorgamiento de algunos DDHH, cuáles serían los mismos y cómo podría considerarse su exigibilidad en un sistema jurisdiccional, sin que se despretejan los mismos o se demeriten los derechos del resto de los ciudadanos.¹⁰

2. LOS DERECHOS PRESTACIONALES

El concepto prestaciones incumbe al plural de prestación. Por prestación se reseña a aquel servicio o bien que una autoridad, o en su caso un contratante, que sirven o le piden a otro.

Uno de los términos más divulgados que se genera en relación es con el de prestaciones sociales.

Una prestación es aquel servicio que el Estado o una empresa privada están obligados a brindar por medio de sus empleados y que garantizan bienes o servicios para mejorar la calidad de vida, como es el cuidado de la salud.

El Estado debe satisfacer las necesidades básicas de la sociedad, en especial, la de las poblaciones en riesgo y que no están en igualdad de circunstancias. El

⁷ BIX, Brian, *Jurisprudence*, Carolina Academic Press, USA, 2004, p. 88.

⁸ Se tomará en consideración y como referencia algunos casos paradigmáticos, principalmente de México.

⁹ Contradicción de Tesis 293/2011.

¹⁰ WILLIAMS, Melissa and WALDRON, Jeremy, *Toleration and its limits*, Ed. New York University press, New York, 2008, p. 369.

Estado redistribuye la riqueza, y al mismo tiempo presta servicios públicos, cuyos fines son conseguir una vida digna. El desempeño de su función social del Estado debe contar con una infraestructura adecuada de asistencia y destinar recursos suficientes para los programas que lo sostienen y respaldan.¹¹

Por regla general, los derechos de prestación son derechos programáticos, debido a que los derechos de prestación exigen un esfuerzo presupuestal y logístico del Estado que sólo se puede realizar con la debida planeación y arbitrio de recursos mediante el procedimiento fijado por la Constitución y las leyes orgánicas.¹² Gradualmente, los derechos de prestación se les van dando condiciones de eficacia, que hace posible que emane un derecho subjetivo. Por eso, a nivel teórico, en efecto, el estado inicial de un derecho de prestación es su condición programática, que luego tiende a convertirse en un derecho subjetivo.¹³

Los derechos prestacionales, en determinadas situaciones, generan un derecho subjetivo. Esto quiere decir que el titular del derecho puede exigir su ejecución a través de las vías judiciales. En otras ocasiones, los derechos de prestación tienen contenido programático, o sea, su efectividad no puede ser exigida a través de los mecanismos judiciales. En este último caso, en realidad, más que derechos son principios orientadores de la función pública. Los derechos de prestación con contenido programático tienen tal entidad porque precisamente son sólo un programa de acción estatal, una intención institucional.¹⁴

3. LOS DERECHOS HUMANOS

El contenido de los Derechos Humanos reside en expectativas de actuación por parte de los entes de autoridad, por lo que las personas deben contar con los medios que garanticen la realidad de tales aspiraciones. Para ello, las garantías de protección de los Derechos Humanos son técnicas y medios que permiten lograr la eficacia de estos; en su ausencia, el goce de los derechos que reconoce el orden constitucional no pueden materializarse en las personas.¹⁵

La dignidad humana funge como un principio jurídico que permea en todo el ordenamiento, pero también como un derecho fundamental que debe ser respetado en todo caso, cuya importancia resalta al ser la base y condición para el

¹¹ NINO, Carlos S., *The Constitution of deliberative democracy*, Ed. Yale, USA, 1996, pp. 1-5.

¹² Randy BARNETT estima que la legitimidad de las normas se obtiene por el proceso de elaboración de las mismas; por lo que, cuando los legisladores más se ajusten y respeten al procedimiento legislativo, más legítimas serán las normas producidas. *Restoring the lost constitution*, Ed. Princeton press, USA, 2004.

¹³ Sentencia T 207/95.

¹⁴ COSSÍO DÍAZ, José Ramón, "Problemas de la Justicia Constitucional", en *Sistemas de Justicia electoral: Evaluación y perspectivas*, Ed. IFE, México, 1999, p. 397. La relevancia de este principio es fundamental en los denominados derechos sociales. *Vid.* CARBONELL, Miguel, *Corte, jueces y política*, Ed. Fontamara, México, 2007, p. 23.

¹⁵ Tesis aislada CCLXXXVI/2014, sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con número de registro electrónico 2007057, y título: "DERECHOS HUMANOS. NATURALEZA DEL CONCEPTO "GARANTÍAS DE PROTECCIÓN", INCORPORADO AL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, VIGENTE DESDE EL 11 DE JUNIO DE 2011."

disfrute de los demás derechos y el desarrollo integral de la personalidad.¹⁶ Así las cosas, la dignidad humana no es una simple declaración ética, sino que se trata de una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de la persona y por el cual se establece el mandato constitucional a todas las autoridades, e incluso particulares, de respetar y proteger la dignidad de todo individuo, entendida ésta —en su núcleo más esencial— como el interés inherente a toda persona, por el mero hecho de serlo, a ser tratada como tal y no como un objeto, a no ser humillada, degradada, envilecida o cosificada.¹⁷

Acompañado a la dignidad, es indispensable que se goce del libre desarrollo de la personalidad,¹⁸ esto significa el reconocimiento del Estado sobre la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción ni controles injustificados, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado, de acuerdo con sus valores, ideas, expectativas, gustos, etcétera.¹⁹

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los Derechos Humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, los que consisten en lo siguiente: i) universalidad: que son inherentes a todos y conciernen a la comunidad internacional en su totalidad; en esta medida, son inviolables, lo que no quiere decir que sean absolutos, sino que son protegidos porque no puede infringirse la dignidad humana,²⁰ pues lo razonable es pensar que se adecuan a las circunstancias; por ello, en razón de esta flexibilidad es que son universales, ya que su naturaleza permite que, al amoldarse a las contingencias, siempre estén con la persona. ii) interdependencia e indivisibilidad: que están relacionados entre sí, esto es, no puede hacerse ninguna separación ni pensar que unos son más importantes que otros, deben interpretarse y tomarse en su conjunto y no como elementos aislados. Todos los Derechos Humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes; debe darse igual atención y urgente consideración a la aplicación, promoción y protección de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; esto es, complementarse, potenciarse o reforzarse recíprocamente; y iii) progresividad: constituye el compromiso de los Estados para adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las

¹⁶ CARMONA, Encarna, “Los derechos sociales de prestación y el derecho a un mínimo vital”, *Anuario multidisciplinar para la modernización de las administraciones públicas*, Número 2, España, 2006, p. 185.

¹⁷ Jurisprudencia 37/2016, de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en número de registro 2012363, de título: “*DIGNIDAD HUMANA. CONSTITUYE UNA NORMA JURÍDICA QUE CONSAGRA UN DERECHO FUNDAMENTAL A FAVOR DE LAS PERSONAS Y NO UNA SIMPLE DECLARACIÓN ÉTICA.*”

¹⁸ *Vid.*, SCJN, *Dignidad humana*, Ed. PJF, México, 2013.

¹⁹ Tesis aislada LXVI/2009, sustentada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con número de registro electrónico 165822, de rubro: “*DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. ASPECTOS QUE COMPRENDE.*”

²⁰ ALEXY, Robert, *La construcción de los derechos fundamentales*, Ed. Ad hoc, Buenos Aires, Argentina, 2010, pp. 24 y 44.

normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, principio que no puede entenderse en el sentido de que los gobiernos no tengan la obligación inmediata de empeñarse por lograr la realización íntegra de tales derechos, sino en la posibilidad de ir avanzando gradual y constantemente hacia su más completa realización, en función de sus recursos materiales.²¹

3.1. Reconocimiento

Los Derechos Humanos tienen dos reconocimientos, uno de índole moral, y otro normativo. En el primero, se reconoce a la persona por el simple hecho de ser humano; posee un conjunto de derechos inalienables, indivisibles, imprescriptibles y universales, y que no necesitan estar comprendidos dentro de alguna norma adjetiva o substantiva para su cumplimiento.²² El otro sistema que se le conoce como positivista, les da su valor a los DDHH a partir de estar incorporados en el bloque de constitucionalidad. Estos sistemas jurídicos los adaptan y los adoptan a partir de tratados, convenciones, declaraciones, y demás instrumentos internacionales de Derechos humanos, que fueron ratificados por ese Estado.

3.2. Tutela y Protección

Uno de los elementos que perfeccionan a las normas, es que sean tuteladas y protegidas, por la vía de la acción del Estado.²³ Esto significa, que las normas tendrán efectividad, cuando están plenamente garantizadas a la población, y con ello, salvaguarde su efectividad. En el caso de los DDHH, la tutela es una consecuencia de su reconocimiento, lo que provoca que la autoridad tenga que cuidar el ejercicio y la realización de estos.²⁴

La tutela sirve como guía o amparo de las personas, al solicitar se respeten sus derechos contra las acciones de agentes públicos o privados. La protección es la defensa que coloca un límite a la acción del Estado, para que no se conculquen los mismos, y en su caso, se investigue las violaciones u omisiones, y se sancionen esas conductas.²⁵

Ambas son complementarias, la tutela nos coloca una directriz de actuación y la protección, se realiza en dos sentidos.²⁶ En el primero, como función preventiva

²¹ Tesis aislada I.4o.A.9 K (10a.) sustentada por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, con número de registro IUS 2003350, de rubro: “*PRINCIPIOS DE UNIVERSALIDAD, INTERDEPENDENCIA, INDIVISIBILIDAD Y PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. EN QUÉ CONSISTEN.*”

²² SALET, Wolfgang Ingo, “Mínimo existencial y justicia constitucional”, p. 630. Recurso electrónico consultado: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3977/29.pdf>, el 3 de septiembre del 2018.

²³ ACKERMAN, Bruce, *We the people. Foundations*, Ed. Harvard press, USA, 1991, p. 224.

²⁴ SILVA HENAO, Juan Fernando, “Evolución y origen del concepto de ‘Estado Social’ incorporado en la Constitución Política colombiana de 1991”, *Ratio Juris*, vol. 7, núm. 14, enero-junio de 2012, pp. 141-158.

²⁵ VILLAR BORDA, Luis, “Estado de derecho y Estado social de derecho”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 20, diciembre de 2007, pp. 73-96.

²⁶ GÓMEZ, Yolanda, *Estado Constitucional y protección internacional, Presente, pasado y futuro de los DDHH*, Ed. CNDH, México, 2014, pp. 231-280.

para que no se atente contra los DDHH, y en un segundo instante, para que en caso de que hayan sido conculcadas algunas de estas prerrogativas, sean restituidos y reparados sus derechos y la parte ofensora se someta a un juicio en que se le responsabilice por sus actos.²⁷

3.3. Exigibilidad y Justicia de los Derechos Humanos

La exigibilidad es una solicitud a la autoridad, para realizar un acto que tutele, proteja o respete un derecho.²⁸ Esta exigibilidad es un acto en que se excita a la autoridad un proceder, y en que se pone de manifiesto que se está violando o incumpliendo algún DDHH. Ante este acto de exigibilidad, el operador jurídico estudiará el fondo del pedimento, emitiendo una decisión para hacer, otorgar, permitir, respetar, entre otros; que valide y consienta el uso y goce de sus DDHH.²⁹

Esta exigibilidad como se hizo notar está acompañada de la justicia de los derechos, para que sea efectiva. Esto implica la acción del poder público para que determine, si hay violación a los derechos que expone el quejoso, o descalificar la misma, por no contar con elementos de forma o de fondo de dicha petición. Entre los elementos para concederla, sin previo estudio de fondo podría ser la irreparabilidad por el daño ocasionado, lo que da efecto a una medida cautelar, una suspensión del acto o la protección temporal, mientras se resuelve de fondo el asunto principal.³⁰

También se debe observar que la exigibilidad y justicia de los derechos en materia de DDHH no implican gratuidad sin cortapisa. Que, si bien se reconoce y protege el DDHH, no puede resultar un factor para obtener un bien o servicio sin costo económico. Esto qué implica, que el reconocimiento de los DDHH no debe significar una puerta para el abuso en los derechos que presta el Estado (como podría ser temas en materia de salud, educación, agua, energía eléctrica, entre otros), en el que la población como receptores de un servicio, reconoce su obligación de realizar una contribución económica por el bien suministrado, sin importar si proviene de una empresa pública o privada.³¹

²⁷ PICARD DE ORSINI, Marie y Useche, Judith, “Una nueva dimensión del Estado de Derecho: El Estado Social de Derecho”, *Provincia*, número especial, 2006, pp. 189-218.

²⁸ Vid, MEDELLÍN, Ximena, *Principio Pro persona*, Ed. SCJN, México, 2013.

²⁹ CARMONA, Encarna, “Los derechos sociales de prestación y el derecho a un mínimo vital”, Anuario multidisciplinar para la modernización de las administraciones públicas, Número 2, España, 2006, p. 187.

³⁰ SALET, Wolfgang Ingo, “Mínimo existencial y justicia constitucional”, p. 629. Recurso electrónico consultado: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3977/29.pdf>, el 3 de septiembre del 2018. Estos llamados “triumfos” son acuñación de Ronald Dworkin, que advierte que los derechos obtenidos, son triunfos de movimientos sociales o políticos. *Los derechos en serio*, Ed. Abelot-Perrot, Argentina, 1996.

³¹ Dicho aspecto, puede advertirse así en relación al pago de derechos por servicios del Estado, los cuales no deben proporcionarse de manera gratuita, ello en términos de la jurisprudencia 121/2007, emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con número de registro IUS 170439, de rubro y texto siguiente: “SERVICIOS REGISTRALES. LOS ORDENAMIENTOS LEGALES QUE ESTABLECEN LAS TARIFAS RESPECTIVAS PARA EL PAGO DE DERECHOS, SOBRE EL MONTO DEL VALOR DE LA OPERACIÓN QUE DA LUGAR A LA INSCRIPCIÓN, VULNERAN LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD

La posibilidad de ganar servicios o derechos de manera gratuita con base a los DDHH pudiera ser o parecer un acto para obtener ventaja o abuso del sistema normativo. Por lo que se debe considerar cada solicitud, y resolver ante las circunstancias y el contexto en que se haga.

Nada parece más justo para el ciudadano que paga esforzadamente las tarifas que exigir el normal suministro de un servicio, solicitando el amparo judicial. Aparece así la versión jurídica del mismo conflicto: un apegado rigorismo que privilegia garantías individuales de origen liberal posterga otros principios constitucionales de igual rango, pero de contenido social, como la igualdad ante la ley.³²

Hay que entender y razonar que los derechos prestacionales exigidos como DDHH no son un cheque en blanco. Sino que hay que ponderarlos, aplicando un test para considerar su exigibilidad, reconocer su justiciabilidad y otorgarse este derecho, según sea el caso. Para este proceso, se propone un control que calificará si el Estado debe dar, entregar o realizar un acto para tutelar algún DDHH. Con esto, se cuidaría y construiría un sistema jurídico justo, prístino e imparcial.³³

Debe puntualizarse que la limitación en el cumplimiento de un Derecho Humano no necesariamente es sinónimo de vulneración, pues para determinar si una medida lo respeta, es necesario analizar si:³⁴ (I) dicha disminución tiene como finalidad esencial incrementar el grado de tutela de un Derecho humano; y (II) generar un equilibrio razonable entre los derechos fundamentales en juego, sin afectar de manera desmedida la eficacia de alguno de ellos. En ese sentido, para determinar si la limitación al ejercicio de un derecho viola el principio de progresividad de los Derechos humanos. El operador jurídico debe realizar un análisis conjunto de la afectación individual de un derecho en relación con las implicaciones colectivas de la medida, a efecto de establecer si se encuentra justificada.³⁵

Y EQUIDAD TRIBUTARIA. Las leyes federales o locales que regulan los derechos por la inscripción, anotación, cancelación o expedición de certificaciones de actos jurídicos o documentos en un registro público, estableciendo que dichas contribuciones deben cuantificarse mediante un porcentaje o factor al millar aplicado sobre el valor económico reflejado en estos últimos, vulneran los principios de proporcionalidad y equidad tributaria contenidos en el artículo 31, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues para determinar su importe en esos términos no se toma en cuenta el costo del servicio prestado por la administración pública, y se produce el efecto de que los contribuyentes paguen una mayor o menor cantidad dependiendo del monto de la operación que dé lugar a tales actos registrales, provocándose que por la misma función estatal se causen cuotas distintas, y aunque es cierto que esas contraprestaciones no necesariamente deben corresponder con exactitud matemática al costo del servicio recibido, sí deben fijarse en relación con el mismo.”

³² DALLA VIA, Alberto, *Los jueces frente a la política*, Revista Isonomía No.22, Ed. ITAM, México, 2005, p. 22.

³³ WALDRON, Jeremy, *Law and disagreement*, Ed. Oxford, USA, 2004, pp. 5, 21-48.

³⁴ Esta misma interpretación se reitera en las SSTC 134/1989 y 140/1989, ambas de 20 de julio. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán también podemos encontrar un reconocimiento tácito del derecho a un mínimo vital, en opinión de Robert Alexy, si se consideran conjuntamente dos sentencias de los años 1951 y 1975 (BverfGE 1, 97 y BverfGE 40, 121). *Id.*, del autor, *Teoría de los derechos fundamentales*, Ed. Centro de estudios constitucionales, España, 2007, pp. 422-423.

³⁵ Tesis aislada CXXXVI/2015, sustentada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con número de registro IUS: 2010360, de título: “*PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS*

3.4. ¿Cumplimiento incondicional, intrínseco y absoluto de los Derechos Humanos per se?

Lo primero que se debe considerar, es colocar un contexto para los DDHH o sea, determinarlos dentro de un sistema normativo.³⁶ Los DDHH son vistos como un eje rector del Estado, pero que podrían sobreponerse al resto del ordenamiento nacional. Esto nos origina dos supuestos: el que se concedan de manera casi automática por su peso moral, aun cuando demerite o mengue algún derecho prestacional o fundamental, que tiene una regulación para hacerlo efectivo.³⁷ O ponderar si la tutela o protección que se solicita, colisiona con derechos ya sea sustantivos o adjetivos, haciéndose notar que esa determinación, creará un precedente administrativo y/o jurisdiccional.³⁸

¿Pero es más importante tutelar y proteger los DDHH, que la propia Constitución?³⁹ Pues todo depende de dos factores, el operador jurídico y el contexto en que se realiza el acto. En el primer caso, la conducta del operador jurídico podrá ser la de un garantista que maximice los derechos de las personas y restrinja la acción del Estado, garantizando los DDHH, de manera automática, impronta e indubitable. En el que su juicio o realización sea para no entrar a la cuestión de fondo, o si considera que se debe tutelar y proteger ese Derecho Humano, sin importar otras consideraciones. La sola exigibilidad asegura su justiciabilidad en este modelo, que llamare: reacción positiva. En el otro modelo, se tendrá en consideración ciertos elementos como: la gradualidad; si hay peligro vital; si se restringe alguna libertad; si es *sine qua non* para poder desarrollarse como persona; si la negación atentase contra su dignidad, que nombrare como: ponderación mínima.⁴⁰

Esta oferta de ingeniería jurisdiccional formula que no por solicitarse un Derecho Humano se debe conceder *ipso facto*; sino que, al contrario, se propone con este modelo, que se reflexionen ciertos controles, para que se garantice y se respete la estructura jurídica de un Estado, y que no por exigir vehementemente un Derecho Humano se debe conceder de manera inconsciente; sino que se debe examinar esta atención por la autoridad, con más elementos que el peso específico del DDHH en cuestión.

HUMANOS. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI LA LIMITACIÓN AL EJERCICIO DE UN DERECHO HUMANO DERIVA EN LA VIOLACIÓN DE DICHO PRINCIPIO.”

³⁶ En el caso de México, son parte integrante del andamiaje legal, y se encuentran por debajo de la constitución nacional. Derechos humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados internacionales. constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, pero cuando en la constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquéllos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional.

³⁷ HART, H.L.A., *The concept of law*, Ed. Clarendon, Oxford, 1988, pp. 7 y 14.

³⁸ LINZ, Juan J., *Problems of democratic transition and consolidation*, Ed. The Johns Hopkins University, USA, 1996, p. 5 y ss.

³⁹ BICKEL, Alexander M., *The least dangerous power*; Ed. Yale press, USA, 1986, pp. 23-33, 58-59 y 199.

⁴⁰ VANOSI, Jorge Reinaldo, *El Estado de derecho en el constitucionalismo social*, Ed. EUDEBA, Argentina, 1987, p. 146.

4. PROPUESTA DE MODELO PARA OTORGAR UN DERECHO PRESTACIONAL COMO UN DDHH

El test o modelo que se plantea está compuesto por diversas variables, que ayudarán a saber si se tiene que conceder la protección constitucional; sin considerar otros elementos como tiempo, costo económico o si el solicitante debe seguir un procedimiento como se hace con los derechos prestacionales. Estos son los puntos torales que se deberán discernir en cada asunto:

- ¿Hay riesgo vital, si no se concede el DDHH?
- Si no se reconoce este DDHH, ¿se violaría la dignidad de la persona?
- ¿Si tiene intervención con el libre desarrollo de la personalidad del promovente?
- Considerar la irreparabilidad del daño que se podría ocasionar, si se niega el DDHH.
- ¿En qué grado necesita su cumplimiento? Esto significa, que en la medida de lo posible se determine la gradualidad en que el recurrente lo podría costear o no; esto para no provocar abusos con base en este reconocimiento (por ejemplo, un estudio socioeconómico) y las condiciones de ejecución en que se debe proveer este derecho.

Ahora, es necesario explicar y aclarar del porqué de estos elementos de control, para que las personas puedan acceder gratuitamente a los derechos que brinda el Estado con solicitud del cumplimiento de algún DDHH, pero sin conculcar el sistema normativo.

En el primer caso, hay que considerar la urgencia del caso. Esto implica que se debe observar, si la vida de la persona que pide la protección de sus Derechos Humanos está en eminente peligro y, por tanto, se debe amparar sin condición ni ponderaciones adicionales, pues la vida, es el bien primario, y que podría generar adicionalmente un tema de responsabilidad, por no tutelar sus derechos, y como víctima tendría derecho a una indemnización por responsabilidad objetiva del Estado. Por ejemplo, en el DDHH a la salud, el Estado está obligado a tutelar y garantizar, sin ninguna cortapisa, ni dilación presupuestaria o interpretación legal este derecho.

En el segundo punto, ante el caso específico hay que calificar con base en la solicitud del DDHH que se exige proteger. La atención deberá enfocarse para valorar, si la dignidad de la persona no está siendo respetada. Esto implica que la actuación de la autoridad no es la apropiada. Entonces, hay un trato indigno al no reconocer ese derecho y/o una especie de discriminación. Por ejemplo, una persona se le deja de suministrar el servicio de agua potable en su vivienda, por insolvencia financiera. Esta persona se ampara y solicita que le sea brindado el servicio de manera gratuita, por ser un Derecho Humano. Sin duda, es un bien primario, pero de no otorgársele ¿se le estaría tratando indignamente, sino se le entrega por el Estado, el líquido vital? ¿Qué cantidad de agua se le debería conceder gratuitamente? ¿Por qué tiempo debe dotársele el agua potable sin costo?

Sin duda, es un derecho vital, pero debería haber controles para ese beneficio, máxime si se otorga como DDHH.

En el tercer punto, se debe reflexionar si perturba el libre desarrollo como persona, si no se concede o reconoce el DDHH. Por ejemplo, una persona se encuentra estudiando en un colegio particular, y un día se eleva el costo de la matrícula escolar. La afectada por esos nuevos costos, sostiene que estos actos atentan no le permiten el desarrollo de su personalidad y su derecho a la educación; por lo que exige que sea el Estado que financie sus estudios. Pues al elevarse el costo de la colegiatura la imposibilita continuar su desarrollo personal, y limitaría su derecho a la educación, pues acorde al proyecto de vida que pretende asumir la especial educación que brinda la institución lectiva particular es la que lograría su cometido y no la otorgada de manera pública. Pero por qué debería el Estado, ser participe en esta exigencia ante un particular, para que se cumpla su DDHH.

Otra de las variables en el control propuesto, es considerar la irreparabilidad del daño que se pudiera ocasionar, si no se reconoce y/o concede el Derecho Humano. Esto implica que se debe considerar los efectos en caso de la negación para tutelar un DDHH. Por ejemplo, una persona exige que se expida gratuitamente la copia de un expediente, para que pueda tener acceso al proceso, y que, de caso contrario, no podría analizar y estudiar su asunto. En estos asuntos, hay un costo por el servicio de fotocopiado, pero, por otro lado, la persona considera inexorable contar con su documentación, para una adecuada defensa. Aquí, se debe pensar que, si no obtiene este servicio de manera gratuita, tal vez no podría defender y proteger sus garantías judiciales.

Un aspecto importante que discurrir, es conocer las circunstancias socioeconómicas y culturales de la persona que exige que los servicios que brinda el Estado le sean otorgados de manera gratuita.⁴¹ Esto nos servirá para estimar quienes están en una situación de precariedad y otras que podrían abusar de este instrumento legal. Por ejemplo, a una persona se le deja de suministrar el servicio de electricidad por falta de pago. Esta persona recurre a su Derecho Humano a una vida digna, la imposibilidad de desarrollar su personalidad y condiciones decorosas para su familia y que, si no cuenta con el flujo eléctrico en su domicilio, se incumplen sus DDHH. Por lo que exige este servicio, y le sea facilitado sin costo o con una tarifa preferencial, por su frágil situación financiera.

Como se puede observar, se tienen que ponderar desde distintas aristas esta clase de asuntos. En que la exigencia de los derechos prestacionales que otorga o concesionó el Estado a particulares, sean facilitados sin ningún costo a los recurrentes, con base en los DDHH. Esto crea dos escenarios: En el del paternalismo estatal, en que no se cuestionen o ponderen más elementos que la jerarquía y el peso de los DDHH, y que por tanto deben ser tutelados a cualquier precio. O que haya una medida, que es la que se oferta, tomando en deferencia aspectos como: dignidad, estatus socioeconómico, desarrollo de su personalidad, irreparabilidad del daño y si es una condición vital con la que se enfrenta. Se debe poner

⁴¹ Principios de razonabilidad y de proporcionalidad.

en alto, que todo depende de las circunstancias de cada caso, y que no hay una respuesta universal ni general; es un acercamiento para que la justicia que se conceda con base en los Derechos humanos sea menos laxa y que se estudie más a fondo, como en el caso de los derechos prestacionales.

En efecto, si los Derechos Humanos se reconocen por su contenido, no puede supeditarse ese reconocimiento a la fuente formal del que deriven. El contenido material de esos derechos tiene supremacía, lo que explica que el precepto constitucional establezca que todas las personas gozarán de los DDHH reconocidos en dos fuentes que —en este sentido— son equivalentes: la Constitución y los Tratados Internacionales.

En otras palabras, la fuerza normativa de los Derechos Humanos viene dada por su fuente formal. Su vinculación normativa, los convierte en obligación del Estado, por lo que debe respetarlos y protegerlos, por ser inherentes a la dignidad humana.

Respecto a este razonamiento, es importante mencionar que la concepción de los DDHH como previos al Estado; esto no quiere decir que la Constitución acoja una postura natural de los mismos, sino que el Poder Constituyente Permanente consintió su justificación de índole internacional: el respeto por la dignidad humana y autonomía personal, al derivar de principios racionalmente aceptables. Así, la aclaración que se hace debe leerse desde el plano justificativo de los DDHH y no meramente en su ámbito conceptual o estrictamente normativo.

Ahora bien, otra implicación de aceptar que los Derechos Humanos reconocidos por el Estado radican en que ese acto de reconocimiento impacta en los ámbitos de aplicación de las otras normas constitucionales.⁴² Por tanto, las otras normas constitucionales tienen una función distinta a la de configuración clásicamente asociada a la función soberana según la cual el Estado otorga los derechos que estime convenientes.

Luego, dado que las normas constitucionales no tienen el potencial de constituir, diseñar o configurar DDHH por simple concesión, sus funciones normativas pueden ser las de acotar su ejercicio. El Derecho Humano sólo es susceptible de reconocimiento autónomo por su existencia independiente y previa, proveniente de la dignidad de la persona, por lo que aquellas normas que establezcan alguna especie de limitación o restricción no redefinen el derecho o lo traducen o diseñan, sino en su caso, acotan, limitan o suspenden su ejercicio por razones objetivas válidas.

Estas limitaciones a los derechos se individualizan en el contexto jurídico y fáctico de los asuntos en concreto, ya que se trata de normas que no permanecen con ámbitos de aplicación abiertos, sino que están llamados a concretarse en función de la maximización de otros derechos, principios o reglas igualmente relevantes para cada caso concreto.

Por tanto, la determinación de las condiciones de aplicación de los DDHH —abiertas por su formulación generalmente en forma de principios— se cierran

⁴² SALET, Wolfgang Ingo, “Mínimo existencial y justicia constitucional”, p. 623. Recurso electrónico consultado: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3977/29.pdf>, el 3 de septiembre del 2018.

en cada categoría de casos por las exigencias de otros principios o normas jurídicas. Reconocer que habrá de estarse a las restricciones constitucionales, no es más que reconocer esta naturaleza peculiar de los Derechos humanos como principios.

Además, afirmar el valor normativo de las restricciones constitucionales es equivalente a reconocer a los Derechos Humanos dentro del modelo de Estado constitucional y democrático de derecho; esto es, afirma la existencia de los derechos humanos en el centro de una “constelación de principios” igualmente importantes para el régimen constitucional.

En ese tenor, la restricción constitucional de un Derecho Humano ha de entenderse a partir de su caso paradigmático en un orden constitucional funcional: como contenidos resultantes de procesos democráticos cualificados que buscan tutelares bienes constitucionales. *Por consiguiente, las restricciones constitucionales más que elementos opuestos y arbitrarios que mutilan derechos humanos, deben interpretarse, en principio, como decisiones con dignidad democrática que formulan bienes valiosos para la tradición del constitucionalismo moderno, cuyas exigencias se pueden formular por el intérprete como principios.*⁴³

Afirmar la vinculatoriedad de las restricciones constitucionales es mostrar deferencia al proceso democrático y buscar maximizar la totalidad de los principios del constitucionalismo moderno, en cuyo centro se ubican los Derechos Humanos.

La cuestión de la aplicabilidad de las restricciones constitucionales expresas a los DDHH desembocará en un ejercicio de ponderación. Las restricciones no habrán de aplicarse como reglas sujetas a subsunción, sino como elementos normativos que deberán interpretarse de manera conforme con los Derechos Humanos y, en su caso, se sujetarán al estándar de su compatibilidad con el sistema general de DDHH, ya que una abierta incompatibilidad de la restricción podría generar su inaplicación al trascender en el ámbito de lo indecidible.

En ese sentido, las restricciones expresas de naturaleza constitucional al ejercicio de los Derechos Humanos pueden tener dos causas posibles en un régimen democrático: a) ser el resultado de un ejercicio de ponderación propio del Constituyente de los mismos Derechos humanos (las obligaciones generadas por dichos derechos suelen entrar en conflicto) y b) ser el resultado de un ejercicio democrático de ponderación entre determinados derechos y otros bienes constitucionalmente protegidos.

Las limitaciones de la Constitución al ejercicio de los DDHH podrán encuadrarse en algunas de estas categorías y, por tanto, se debe otorgar deferencia al juicio del Poder Constituyente, sólo derrotables en casos límites cuando los resultados de esas ponderaciones democráticas sean abiertamente incoherentes con el sistema general de Derechos Humanos.

⁴³ Al respecto, véase lo considerado por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia 20/2014, con número de registro IUS: 2006224, de epígrafe: “*DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.*”

Además de los elementos de control propuestos, se debe meditar sobre el Derecho Humano que se está reclamando (pues no es lo mismo, el derecho al agua que el derecho a una familia), se debe pormenorizar la urgencia, confeccionar la gradualidad y condiciones en que se pudiera otorgarse ese derecho.

5. CASOS DE ESTUDIO

En el siguiente apartado, se presentarán y analizarán diversos asuntos en que los solicitantes exigieron la protección constitucional de sus DDHH, para que pudieran acceder a varios bienes o servicios que presta el Estado o empresas particulares, sin ningún costo, y poder tener una vida digna o realizarse libremente su personalidad.⁴⁴ Asimismo, se adjuntan los casos legales y criterios jurisprudenciales más relevantes sobre cada uno de los temas expuestos, para exponer la interpretación que hacen de cada Derecho Humano, y como decidieron que se debían proteger estos.⁴⁵

5.1. *Derecho a la salud sin costo al paciente*

El primer caso que se analizará sucedió en México, en el que unos elementos pertenecientes a la Secretaria de Marina (SEMAR) fueron despedidos por que se conoció que el síndrome del virus de la inmunodeficiencia humana (VIH). La Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas (ISSFAM) de esa época fue el medio para resolver este negocio.

Ahora, resulta conveniente indicar que dentro de las funciones principales del ISSFAM, deben suministrar prestaciones de carácter social, económico y de salud a los militares en activo, en situación de retiro, a sus derechohabientes, a los pensionistas y a los beneficiarios.

Pero al conocerse la condición de los elementos de la Marina fueron separados de sus funciones, y luego dados de baja sin una causa justificada. También se determinó que la Institución no debía de cuidar su derecho a la salud, por no ser una enfermedad adquirida por el desarrollo de sus labores.

En el desarrollo del tema, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) analizó el contenido y el alcance que tienen para el caso concreto las garantías de igualdad, de no discriminación y de acceso a la salud.

Asimismo, la Corte consideró pertinente aludir a los alcances de la garantía de discriminación en el sentido de que la Constitución instituye que todos son iguales ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, de manera que los poderes públicos han de tener en cuenta que los particulares que se encuentren en la misma situación deben ser tratados igualmente, sin privilegio ni favor.⁴⁶ De esta forma, el principio de igualdad dispone que

⁴⁴ ELSTER, Jon, *Explaining social behavior*, Ed. Cambridge, USA, 2007, pp. 179 y ss.

⁴⁵ PICARD DE ORSINI, Marie y USECHE, Judith, "Una nueva dimensión del Estado de Derecho: El Estado Social de Derecho", *Provincia*, número especial, 2006, Venezuela, pp. 189-218.

⁴⁶ SALAZAR, Pedro, "Justicia constitucional y democracia", en VÁZQUEZ, Rodolfo, *Corte, jueces y política*, Ed. Fontamara, México, 2007, p. 39.

este es uno de los valores superiores del orden jurídico, lo que significa que ha de servir de criterio básico para la producción normativa y su posterior interpretación y aplicación.

Sin embargo, se consideró que debía tenerse en cuenta que no toda desigualdad de trato o exclusión se traduce en un acto discriminatorio, en tanto es necesario que tales actos afecten la dignidad de las personas o tengan como resultado, restringir o anular sus derechos y libertades.

En adición a lo anterior, se tomó en cuenta que al reconocer en los Tratados Internacionales la posibilidad de ampliar el catálogo de derechos fundamentales, particularmente, en el caso, los que se relacionan con las personas que padecen una disminución física, psíquica o sensorial, y en ese entendido se retomaron los contenidos de la normatividad internacional sobre la materia y estableció una especial protección para ese grupo de personas.

Para dar respuesta a los argumentos esgrimidos, se determinó que en ningún momento se privó a los quejosos de alguna de las garantías previstas en la Constitución por la circunstancia de que se tomen o no en cuenta los años de servicio por el solo hecho de establecerse en la ley distintos requisitos para los sistemas de seguridad social un militar en las condiciones de salud que narra el solicitante, éste siendo sometido a un trato que afecte su dignidad humana.

Se consideró que de darse alguna violación con respecto a la dignidad humana ésta sería por contravenir al *derecho de protección de la salud* o el mandato de no discriminación, pero no, como sucedía en los casos analizados, por la existencia o inexistencia de mayores o menores requisitos en la ley para otorgar el derecho a recibir asistencia médica y suministro de medicamentos, máxime si se trataban de requisitos fundados objetivamente. En el caso, la distinción establecida respecto al número de años exigidos en cada régimen de seguridad social se vinculó con la diferenciación que de éstos se hizo en la Constitución, refiriéndose a las leyes de seguridad social aplicables a la población abierta de las que se ocupan de quienes pertenecen al ejército. Por tanto, dicha finalidad se consideró constitucionalmente admisible.

Los accionantes de los distintos juicios aludieron que se trasgredieron en su perjuicio las garantías individuales consagradas en la Constitución, pues fueron objeto de discriminación por motivo de condiciones de salud. se observó la preferencia del interés constitucional de eficacia de las fuerzas armadas y protección de la integridad de sus miembros y de terceros, frente al interés del militar diagnosticado con alguna infección recurrente atribuibles a estados de inmunodeficiencias, en el caso VIH, quién pese a ello está respaldado por las garantías de igualdad y no discriminación por razón de salud, inclusive al grado de hacer posible el retiro definitivo del militar respectivo, la consecuente eliminación de sus percepciones y la sustracción de los beneficios de seguridad social que ordinariamente le corresponderían en activo.

En ese punto del argumento, fue donde encontró relevancia la aplicación de los criterios para evaluar en qué casos se genera una violación a los principios de igualdad y no discriminación por razón de salud, teniendo en cuenta que las garantías

individuales encuentran su límite, en ocasiones, en el interés público y en las garantías constitucionales de terceros. Los servicios de salud, en general, se clasifican en tres tipos: de atención médica, de salud pública y de asistencia social y atendiendo a los prestadores de estos,

De conformidad con la autoridad sanitaria, el Sistema de Protección Social en Salud, *previsto para las personas que no sean derechohabientes de las instituciones de seguridad social o no cuenten con algún otro mecanismo de previsión social en salud, el cual será financiado de manera solidaria por la Federación, los Estados, el Distrito Federal y los propios beneficiarios, excepto cuando “exista la incapacidad de la familia” para cubrir la cuota relativa, en el sentido de que no impedirá a los enfermos incorporarse y ser sujetos de los beneficios que se deriven del Sistema de Protección Social en Salud.*⁴⁷

De lo expuesto, se concluyó en la sentencia respectiva que la garantía de acceso a la salud pone en responsabilidad del Estado el establecimiento de los mecanismos necesarios para que todos los mexicanos tengan acceso a los servicios de salud, en la cual se encuentra la asistencia médica y el suministro de medicamentos, y a su vez se encuentran los diversos regímenes de seguridad social.

Como argumento relativo al caso, se comentó que con base en el artículo 4° de la Constitución Federal la facultad de exigir a una determinada institución la prestación de servicios de salud no se entiende derivada directamente del mandato constitucional, sino que requiere la necesaria existencia de una ley que habilite el ejercicio de este derecho cuya creación se encuentra asignada al legislador ordinario. De esta manera, se resolvió un tema de suma importancia respecto a las garantías de igualdad, no discriminación y derecho a la salud previstas en la Constitución.

Asimismo, la SCJN ha generado diversas tesis jurisprudenciales en las que reconoce la importancia y valor del derecho a la salud. Se parte de la premisa de que, aunque en un Estado constitucional democrático el legislador ordinario y las autoridades gubernamentales y administrativas tienen un margen muy amplio para plasmar su visión de la Constitución y, en particular, para desplegar en una dirección u otra las políticas públicas y regulaciones que deben dar cuerpo a la garantía efectiva de los derechos, el Juez Constitucional puede contrastar su labor con los estándares contenidos en la propia Ley Suprema y en los Tratados de Derechos Humanos que forman parte de la normativa y vinculan a todas las autoridades estatales.⁴⁸

La Corte mexicana ha señalado que el derecho a la protección de la salud previsto en el citado tiene, entre otras finalidades, la de garantizar el disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfagan las necesidades de la población, y que por servicios de salud se entienden las acciones dirigidas a proteger, promover y restaurar la salud de la persona y de la colectividad. Así, lo anterior

⁴⁷ Amparo en revisión 73/2016, del índice de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

⁴⁸ Al respecto, véase la tesis aislada XV/2011, emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con número de registro IUS: 161331, de rubro: “*DERECHO A LA SALUD. SU NATURALEZA NORMATIVA.*”

es compatible con varios instrumentos internacionales de derechos humanos, entre los que destacan el apartado 1º del artículo 25º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que señala que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; el artículo 12º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,⁴⁹ que alude al derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, y refiere que los Estados deben adoptar medidas para asegurar la plena efectividad de este derecho; y el artículo 10º del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, según el cual toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. En ese sentido y en congruencia con lo establecido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, el derecho a la salud debe entenderse como una garantía fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos y no sólo como el derecho a estar sano.

Así, el derecho a la salud entraña libertades y derechos, entre las primeras, la relativa a controlar la salud y el cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, torturas, tratamientos o experimentos médicos no consensuales; y entre los derechos, el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud.

Asimismo, la protección del derecho a la salud incluye, entre otras, las obligaciones de adoptar leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la atención de la salud y los servicios relacionados con ella; vigilar que la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios; controlar la comercialización de equipo médico y medicamentos por terceros, y asegurar que los facultativos y otros profesionales de la salud reúnan las condiciones necesarias de educación y experiencia; de ahí que el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud.⁵⁰

El Sistema de Protección Social en Salud prevé para las personas que no sean derechohabientes de las instituciones de seguridad social o no cuenten con algún otro mecanismo de previsión social en salud, que será financiado de manera solidaria por la Federación, los Estados y los propios beneficiarios mediante cuotas familiares que se determinarán atendiendo a las condiciones socioeconómicas de

⁴⁹ Vid. CERVANTES, Magdalena, *¿Hay justicia para los DESC?*, ED.UNAM, México, 2014.

⁵⁰ Al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, abordó el tema en la tesis aislada LXV/2008, con número de registro IUS: 169316, de título: “DERECHO A LA SALUD. SU REGULACIÓN EN EL ARTÍCULO 4º DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y SU COMPLEMENTARIEDAD CON LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.”

cada familia, sin que el nivel de ingreso o la carencia de éste sea limitante para acceder a dicho sistema. Lo anterior permite advertir que el derecho a la protección de la salud se traduce en la obligación del Estado de establecer los mecanismos necesarios para que todas las personas tengan acceso a los servicios de salud y que en virtud de que ésta es una responsabilidad que comparten el Estado, la sociedad y los interesados, el financiamiento de los respectivos servicios, no corre a cargo del Estado exclusivamente, pues incluso, *se prevé el establecimiento de cuotas de recuperación a cargo de los usuarios de los servicios públicos de salud y del sistema de protección social en salud, que se determinan considerando el costo de los servicios y las condiciones socioeconómicas de los usuarios, eximiéndose de su cobro a aquellos que carezcan de recursos para cubrirlas, de ahí que la salud sea una responsabilidad que comparten indisolublemente el Estado, la sociedad y los interesados, con base en criterios de capacidad contributiva y redistribución del ingreso.*⁵¹

Asimismo, la SCJN ha señalado que el artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece obligaciones de contenido y de resultado; aquéllas, de carácter inmediato, se refieren a que los derechos se ejerciten sin discriminación y a que el Estado adopte dentro de un plazo breve medidas deliberadas, concretas y orientadas a satisfacer las obligaciones convencionales, mientras que las de resultado o mediatas, se relacionan con el principio de progresividad, el cual debe analizarse a la luz de un dispositivo de flexibilidad que refleje las realidades del mundo y las dificultades que implica para cada país asegurar la plena efectividad de los DESC.⁵² En esa lógica, teniendo como referente el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental contenido en el artículo 12 del citado Pacto, se impone al Estado, por una parte, la obligación inmediata de asegurar a las personas, al menos, un nivel esencial del derecho a la salud y, por otra, una de cumplimiento progresivo, consistente en lograr su pleno ejercicio por todos los medios apropiados, hasta el máximo de los recursos de que disponga. De ahí que se configurará una violación directa a las obligaciones del Pacto cuando, entre otras cuestiones, el Estado no adopte medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole, para dar plena efectividad al derecho indicado.⁵³

También, la Corte ha ampliado la protección de la salud como derecho fundamental del que el Estado está obligado a garantizar; y que está tutelado en la Constitución, el artículo 25º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos,

⁵¹ Como así lo expresó el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia 1368/2008, con número de registro IUS: 168549, de epígrafe: “*SALUD. EL DERECHO A SU PROTECCIÓN CONFORME AL ARTÍCULO 4º. TERCER PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, ES UNA RESPONSABILIDAD SOCIAL.*”

⁵² ARANGO, Rodolfo, *Jurisprudencia constitucional sobre el derecho mínimo vital*, Ed. Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Colombia, 2002, p. 16.

⁵³ Como así lo estableció la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis aislada CVIII/2014, con número de registro IUS: 2007983, intitulada: “*SALUD. DERECHO AL NIVEL MÁS ALTO POSIBLE. ÉSTE PUEDE COMPRENDER OBLIGACIONES INMEDIATAS, COMO DE CUMPLIMIENTO PROGRESIVO.*”

12° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 10° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de los cuales se advierte que los servicios básicos de salud consisten, entre otros aspectos, en la disponibilidad de medicamentos y otros insumos esenciales para la salud, para cuyo efecto habrá un cuadro básico y catálogo de insumos del sector salud. No obstante, *no debe entenderse como un impedimento o una restricción para los beneficiarios de las dependencias y entidades que prestan el servicio de protección de la salud, el hecho de que algún medicamento no esté incluido en ese cuadro básico.* Por tanto, atento a la visión progresiva con la que deben apreciarse los derechos fundamentales del gobernado, dichas dependencias y entidades, entre las que se encuentra el suministrar a sus beneficiarios esos medicamentos, aun cuando no estén en ese cuadro básico, siempre que exista una prescripción médica que lo avale.⁵⁴

5.2. Energía eléctrica gratuita

Existen varios casos en que se podría considerar vital el suministro eléctrico, unos directos y otros indirectos. Por ejemplo, un hospital necesita de manera permanente y continua energía eléctrica para los aparatos que registran los latidos o los equipos que hacen una hemodiálisis. Es indubitable que no se debe hacer un corte de suministro de electricidad, pues provocaría un daño a la salud de los pacientes y tal vez un daño irreversible o irreparable. En otro asunto, se dejó de brindar el suministro de energía eléctrica a una empresa que se dedica a la explotación de mantos acuíferos, y sin el funcionamiento de las bombas, los clientes no podrán obtener el líquido vital para cubrir sus necesidades.

Pero hasta qué punto tiene derecho la empresa eléctrica, para interrumpir la continuidad del flujo eléctrico, si no hay el pago correspondiente y que se suscribió en un contrato bilateral. Este tipo de negocios crea un espacio para la protección del consumidor, en que la función jurisdiccional del Estado deberá tutelar los derechos sociales de la población.

Pero en qué casos debería el Estado intervenir para que los distribuidores de electricidad otorguen su servicio sin costo a un hogar o establecimiento con fin social. Y que las empresas soliciten el pago ya no al beneficiario del servicio, sino que sea el Estado el que deba costear el consumo directamente o por medio de mecanismos fiscales.

Si se considera a los generadores de electricidad y al consumidor como una relación entre entes privados, que se obligan a ciertos derechos y obligaciones por medio de un contrato, en qué instante se vuelve un derecho social para que alguien lo solicite y pueda tener una vida digna, así como sucede con el derecho al agua

⁵⁴ Al respecto, resulta consultable el criterio que emitió el Primer Tribunal Colegiado del Noveno Circuito, en la tesis aislada IX.1o.1 CS (10a.), de rubro: “*EL INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL DEBE SUMINISTRAR A SUS BENEFICIARIOS LOS MEDICAMENTOS QUE SE LES PRESCRIBAN, AUN CUANDO NO ESTÉN INCLUIDOS EN EL CUADRO BÁSICO Y CATÁLOGO DE INSUMOS DEL SECTOR SALUD.*”

potable. A manera de ejemplo, hay una situación particular en Argentina.⁵⁵ Por medio de una ley se garantiza el derecho de los “electrodependientes” o sea personas que necesitan del continuo y permanente suministro de energía eléctrica por cuestiones vitales que involucre su salud. Por ejemplo, un cardiograma que vigile la función del corazón, un respirador artificial o un refrigerador para la conservación de los medicamentos.

Se debe aclarar que, si bien el beneficiado no paga, el Estado lo efectúa al cubrir con beneficios fiscales el pago de la electricidad que se entrega al enfermo o persona en tratamiento. Esta norma ya es vigente en Buenos Aires, y las personas pidieron de forma retroactiva los pagos que habían hecho, mismo que fueron abonados en sus cuentas posteriores. Asimismo, diversas provincias de la Argentina se están adhiriendo a esta ley, en beneficio de la sociedad. Pero aún queda pendiente su reglamentación.

5.3. Educación superior gratuita

La educación es una de las metas de la agenda con objetivos de desarrollo de las Naciones Unidas al 2030. Es un elemento clave para el progreso sostenible de las naciones. Con la educación se busca alcanzar el pleno desarrollo de las personas, en todas y cada una de las etapas de su vida, de manera que no se agota al culminar los estudios básicos, tiene un alcance progresivo y permanente en mujeres y hombres con la finalidad de perfeccionar sus capacidades, habilidades y destrezas, para alcanzar su máximo desarrollo.

Esta idea la vemos reflejada en los Tratados Internacionales suscritos y ratificados por el Estado, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. XII), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (Art. 12º), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 13º), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Art. 26º), la Convención de los Derechos del Niño (Art. 28º), Convención sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad (Art. 24º) o el Convenio número 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales (Arts. 26º, 27º y 29º).

De igual forma, está reconocido que es una obligación de madres y padres educar a sus hijas e hijos y enviarles a la escuela, y, es deber del Estado otorgar protección al ejercicio de este derecho, conforme lo señala la legislación sobre educación y el modo en que este derecho debe garantizarse a niñas, niños, adolescentes, jóvenes y personas adultas.⁵⁶

⁵⁵ Ley 27 351 o conocida como ley de electrodependientes.

⁵⁶ En la actualidad se ha ampliado el alcance del derecho a la educación con nuevas interpretaciones judiciales. Aquí destacan los casos en que se determinó que una institución privada puede considerarse autoridad responsable para efectos de la protección constitucional; sobre la obligación de las instituciones educativas de evitar situaciones de violencia y discriminación; respecto de los compromisos asumidos por el Estado para garantizar educación a las personas; y, por el derecho a la educación bilingüe o multilingüe de las personas indígenas. Amparo en revisión (AR) 35/2014.

En distintas ocasiones,⁵⁷ la SCJN ha emitido resoluciones contra instituciones privadas de educación; por ejemplo, en el estado de Chiapas⁵⁸ se dictó una sentencia, que determinó que una universidad privada puede ser considerada autoridad responsable. Se señaló procedente el amparo contra particulares, cuando aquellos crean, modifican o extingan situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria, con base en una concesión otorgada por el Estado para ejercer esa función, de tal manera que se asimila al servicio que en su lugar brindaría el ente público, sin que para ello sea necesario que forme parte de un ente estatal.

Respecto de la educación como obligación del Estado,⁵⁹ la SCJN estableció que el Estado debe adoptar políticas públicas que permitan a todo ser humano recibir la formación, instrucción, dirección o enseñanza necesarias para el desarrollo armónico de todas sus capacidades cognitivas, intelectuales, físicas y humanas, como elemento principal en la formación de su personalidad y que para hacerlo efectivo tienen que cumplir obligaciones como la capacitación de las personas para participar en una sociedad libre, impartirse por las instituciones o por el Estado de forma gratuita y ajena de toda discriminación. Asimismo, estableció que la educación debe tener las siguientes características: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad. Es decir, la Corte determinó que el derecho a la educación es una estructura compleja a cargo de las autoridades con obligaciones impuestas que deben cumplirse.

En otro asunto, una estudiante de la Universidad Michoacana de San Nicolás Hidalgo (UMSNH), obtuvo un amparo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) que garantizó la gratuidad de su educación hasta que concluyera su licenciatura.⁶⁰

La ciudadana impugnó la constitucionalidad del Acuerdo del Consejo Universitario que determinaba que los alumnos de educación media superior y superior debían cubrir cuotas de inscripción o reinscripción en sus respectivas escuelas y facultades. Inconforme, la alumna recurrió a la protección constitucional contra el acuerdo por considerar que violenta el Derecho Humano a la educación y el principio de progresividad. Se basó en el Artículo 138° de la Constitución de Michoacán de Ocampo, que establece que la educación superior impartida por la entidad será gratuita, y en Artículo 1° de la Constitución Federal que estipula el deber de respetar los DDHH de conformidad, entre otros, con el principio de progresividad.

De esta manera, se concedió el amparo a la estudiante a efecto de desincorporar de su esfera jurídica la obligación de cubrir las cuotas en los subsecuentes ciclos escolares. Sin embargo, el rector y el tesorero de la Universidad interpusieron la revisión del amparo.

Al resolver el recurso, la Corte confirmó la sentencia recurrida y amparó a la estudiante al considerar que los actos reclamados “violaron su Derecho Humano

⁵⁷ AR 78/2014, AR 323/2014, Incidente de suspensión 87/2015, Queja 213/2015, AR 261/2015.

⁵⁸ Amparo 902/2016.

⁵⁹ AR 323/2014, del índice de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

⁶⁰ AR 1374/2015, *idem*.

a la educación previsto en el Artículo 3º de la Constitución Federal y desarrollado por el Artículo 138º de la Constitución del Estado de Michoacán”.

También determinó que se violó el principio de progresividad, porque *las autoridades responsables no demostraron fehacientemente la ausencia de recursos económicos para garantizar la gratuidad de la educación superior impartida por el estado de Michoacán, ni que hubieran realizado todos los esfuerzos posibles para obtenerlos.*

Los ministros de la Suprema Corte precisaron que la autonomía universitaria no exime a la Universidad de respetar el derecho a la gratuidad de la educación superior reconocido por la Constitución local, ya que dicha figura “constituye una garantía institucional del derecho a la educación cuya finalidad es maximizarlo, no restringirlo”. Además, indicó que, en virtud del principio de progresividad, una vez que dicha entidad ha extendido la gratuidad a la educación superior tiene prohibido adoptar medidas regresivas.

Al conceder la protección constitucional a la estudiante, el gobernador del estado estará obligado a transferir a la Universidad Michoacana los recursos necesarios para garantizar la gratuidad de la educación que reciba la quejosa hasta el nivel licenciatura, lo que incluye, al menos, los recursos necesarios para cubrir las cuotas de inscripción.

En tanto, la Universidad y sus autoridades deberán abstenerse de vulnerar la gratuidad de la educación superior que reciba la estudiante, es decir, evitar cobrarle las cuotas de inscripción durante su formación profesional.

Varias resoluciones del Poder Judicial de la Federación han sentado precedentes que han abierto el camino hacia una revisión de las políticas públicas o el funcionamiento de los sistemas educativos y ha generado transformaciones en la aplicación del derecho a la educación. Otros temas que no han sido abordados aún a nivel jurisdiccional son los relacionados con la educación inclusiva, los ajustes razonables o la accesibilidad en todos los sentidos; sin embargo, es claro que la definición del derecho a la educación es amplia y no sólo se protege a nivel individual, sino también colectivo.

La SCJN ha configurado en el artículo 3º constitucional un contenido mínimo del derecho a la educación que el Estado está obligado a garantizar con efecto inmediato; contenido que puede y debe ser extendido gradualmente por imperativo del principio de progresividad.

El artículo 3º de la Constitución advierte que el Estado está obligado a impartir educación preescolar, primaria, secundaria y media superior. Que la educación básica está conformada por la educación preescolar, primaria y secundaria. De aquí se sigue que, en el sistema constitucional, la configuración mínima del derecho a la educación implica que la educación básica y media superior que imparta el Estado debe ser gratuita, obligatoria, universal y laica. Y que la educación superior que imparta el Estado no es obligatoria ni debe ser, en principio, necesariamente gratuita, aunque no está prohibido que lo sea, pues bien puede establecerse su gratuidad en virtud del *principio de progresividad*; y, además, debe

respetar otros principios como el de acceso sobre la base de las capacidades y la no discriminación en el acceso, permanencia y conclusión, entre otros.⁶¹

Asimismo, en el artículo 1º Constitucional establece que las principales fuentes de reconocimiento de DDHH son la propia Constitución y los Tratados Internacionales. El Derecho Humano a la educación está reconocido tanto en los artículos 3º y 4º de la Carta Magna, como en diversos instrumentos internacionales, entre los que destacan los artículos XII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 13º del Protocolo adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo De San Salvador”; y 28º de la Convención sobre los Derechos del Niño. *Las normas citadas coinciden en lo esencial, entre otras cosas, en lo relativo a que la titularidad del derecho a la educación es de toda persona; en que el contenido de la educación básica debe estar orientado a posibilitar la autonomía de sus titulares y a habilitarlos como miembros de una sociedad democrática; en que la enseñanza básica debe ser asequible a todos sin discriminación, de manera obligatoria, universal y gratuita, y el Estado debe garantizarla; y en que los padres tienen derecho a elegir la educación que se imparta a sus hijos y los particulares a impartirla, siempre y cuando respeten el contenido mínimo de ese derecho.*⁶²

Ahora, si bien la configuración mínima del derecho a la educación pública superior, prevista en la Constitución Federal, no establece que el Estado deba proveer de manera gratuita la educación superior, sino sólo el de promoverla para lograr distintos objetivos colectivos necesarios para el desarrollo de la Nación, lo cierto es que *el Estado asumió el deber de extender la gratuidad también a la educación superior, de acuerdo con el principio de progresividad previsto en el artículo 1º Constitucional y en las diversas normas internacionales*, así como en el compromiso asumido en el artículo 13º, número 2, inciso c), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y en el artículo 13º, número 2, inciso c), del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, que establecen que debe implantarse progresivamente la enseñanza superior gratuita.⁶³

En estos negocios, el poder judicial no estimó considerar las condiciones económicas de los solicitantes y, tampoco acordó nada adicional, para que no se produjera un futuro acto con daño irreparable.

⁶¹ Jurisprudencia 79/2017, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con número de registro IUS 2015297, de rubro: “DERECHO A LA EDUCACIÓN. SU CONFIGURACIÓN MÍNIMA ES LA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 3º CONSTITUCIONAL.”

⁶² Jurisprudencia 78/2017, sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con número de registro electrónico 2015300, de título: “DERECHO FUNDAMENTAL A LA EDUCACIÓN. SU REFERENTE NORMATIVO EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO.”

⁶³ Jurisprudencia 84/2017, emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con número de registro electrónico 2015296, de epígrafe: “DERECHO A LA EDUCACIÓN PÚBLICA SUPERIOR. EL ESTADO MEXICANO TIENE LA OBLIGACIÓN DE IMPLANTAR PROGRESIVAMENTE SU GRATUIDAD.”

5.4. Suministro de agua gratuito

En el año 2017, en el estado de Tamaulipas, México, se solicitó la gratuidad en el suministro de agua potable. En este caso procedió la cancelación del suministro por la falta de pago en el cobro del servicio; por lo que la recurrente se amparó contra el acto de autoridad por negar el acceso al agua potable, que en su perspectiva se conculcaban sus DDHH. En la sentencia se anota, que el derecho al agua comprende la garantía de acceso al líquido vital, razón por la cual se ha establecido varios mecanismos para que todas las personas puedan contar con este.⁶⁴

El acceso al agua ha sido el centro de múltiples instrumentos internacionales llevados a cabo con el propósito fundamental de garantizar una distribución mínima indispensable; así, por su parte en el año del 2002 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas aprobó su Observación General Número Quince, sobre el derecho del agua, en el que lo definió de la siguiente manera: “El Derecho Humano al agua es indispensable para una vida humana digna”.

También en dicha observación se conceptualizó a tal derecho como aquel a disponer de agua suficiente, saludable, aceptable, físicamente accesible y asequible para su uso personal y doméstico.

En los artículos 11º y 12º del Pacto Internacional de los DESC se establece el derecho fundamental a una vida digna para los individuos y su familia, que incluye alimentación vestido y la mejora continua de sus condiciones de existencia.

En su observación general número quince, el Comité de los DESC aclaró el alcance y el contenido del derecho al agua, explicando qué significa disponer de agua suficiente, saludable, aceptable, físicamente accesible y asequible para su uso personal y doméstico, y que comprenden el consumo el lavado de ropa, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica.

La declaración del agua como derecho deriva de la idea del recurso hídrico como un bien social y cultural, y no como un bien de carácter económico. El derecho implica además la posibilidad de tener acceso inquebrantable y con ello, un constante paso a sistemas de abastecimiento en igualdad de oportunidades para toda la comunidad, sin olvidar que paradójicamente, el mayor problema radica en la imposibilidad de acceso al agua apta para el consumo de las personas.

Para poder ejercer el derecho al agua, varía en función de distintas condiciones, por ello, en la referida observación general número quince se precisaron los factores a aplicar en cualquier circunstancia, a saber: a) Disponibilidad; b) Calidad y c) Accesibilidad.

Para la SCJN, el derecho al agua encuadra precisamente en uno de los derechos implícitos del derecho a una vida digna, es decir, a la propia dignidad de la persona como ser humano en el sentido que el Estado no puede negar de forma absoluta o total el acceso o suministro a un mínimo vital por falta de pago.⁶⁵

⁶⁴ Amparo 374/2017-b y Amparo en revisión 661/2017.

⁶⁵ Vid, <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?tag=ponderacion-de-derechos>

La Corte ha señalado al respecto que el artículo 11º, numeral 1, del Pacto Internacional de DESC establece el derecho de toda persona a una vivienda adecuada, así como la obligación de los Estados Parte de tomar las medidas apropiadas para asegurar su efectividad. Ahora bien, de la interpretación realizada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas en la Observación General No.4 (1991) (E/1992/23), a dicho numeral, así como de los Lineamientos en Aspectos Prácticos respecto del Derecho Humano a la Vivienda Adecuada, elaborados por el Comité de Asentamientos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, y los Principios de Higiene de la Vivienda, emitidos por la Organización Mundial de la Salud, en Ginebra en 1990, se concluye que el derecho fundamental a una vivienda digna y decorosa, tiene las siguientes características: (a) debe garantizarse a todas las personas; (b) no debe interpretarse en un sentido restrictivo; (c) para que una vivienda se considere “adecuada” requiere contar con los elementos que garanticen un nivel mínimo de bienestar a quien la habite, esencialmente, una infraestructura básica adecuada, que proteja de la humedad, la lluvia, el viento, así como riesgos estructurales, con instalaciones sanitarias y de aseo, un espacio especial para preparar e ingerir los alimentos, espacio adecuado para el descanso, iluminación y ventilación adecuadas, **acceso al agua potable**, electricidad, y drenaje; y, (d) los Estados deben adoptar una estrategia nacional de vivienda para alcanzar el objetivo establecido en el pacto internacional de referencia, así como tomar e implementar las medidas legislativas, administrativas, presupuestarias y judiciales adecuadas para la realización plena de dicho derecho, dentro de las cuales está asegurar a la población recursos jurídicos y mecanismos judiciales para que los gobernados puedan reclamar su incumplimiento, cuando las condiciones de las viviendas no sean adecuadas o sean insalubres.⁶⁶

Ratificando el criterio anterior, la SCJN consideró que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, la Organización Mundial de la Salud, la Asamblea General de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 11º), reconocen el derecho al agua, así como que los Estados participantes quedaron vinculados a garantizar que los habitantes de su jurisdicción tengan acceso al agua potable, de modo que esté a disposición de todos, sin discriminación y económicamente accesible; en tanto que la Constitución advierte que el derecho al agua potable es fundamental e indispensable para la realización, goce y disfrute de los demás Derechos Humanos, cuya preservación en cantidad, calidad y sustentabilidad es tarea fundamental tanto del Estado como de la sociedad, por cuanto a que tal derecho está basado en las premisas de un acceso al bienestar de toda la población, sustentado por los principios de igualdad y no discriminación, independientemente de las circunstancias sociales, de género, políticas, económicas o culturales propias de la comunidad en la que se opera.

En este sentido,⁶⁷ el Estado garantizará que el derecho al agua sea seguro, aceptable, accesible y asequible tanto para uso personal como doméstico,

⁶⁶ Derecho fundamental a una vivienda digna y decorosa. Su contenido a la luz de los Tratados Internacionales.

⁶⁷ Fracciones I y XXII del artículo 14º Bis 5 de la Ley de Aguas Nacionales de México.

erigiéndose como un beneficio colectivo que debe basarse en criterios de solidaridad, cooperación mutua, equidad y en condiciones dignas, por lo que se ha proclamado de prioridad y de seguridad nacional la preferencia del uso doméstico y público urbano en relación con cualesquier otro uso, razones que excluyen la posibilidad de que pueda ser concebido atendiendo a intereses particulares o de grupos minoritarios, pues de ser así, imperaría un régimen de aprovechamiento del agua sin visión humana y social, con lo cual se atentaría contra la dignidad humana.⁶⁸

También, la Corte interpretó que para obtener el servicio de agua potable se deberá tramitar ante el organismo operador el dictamen de factibilidad para la conexión a la red general de agua potable y drenaje sanitario; y, satisfechos los requisitos de factibilidad, las autoridades competentes deben construir las instalaciones y conexiones de agua potable y drenaje sanitario conforme al proyecto autorizado, así como las obras de infraestructura que en su caso se requieran.⁶⁹ Sin embargo, los peticionarios del servicio no deben, para gozar del derecho humano a la salud, previsto en la Constitución, esperar a que se establezca la infraestructura a que se refiere el mencionado artículo, pues ante la ausencia de redes y establecida la necesidad del servicio de agua, el Estado tiene una doble obligación: La primera, prevista en el artículo 12º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que lo constriñe a atender de manera inmediata el derecho a la salud en el más alto nivel posible; y, la segunda, establecida en el numeral 2 del propio pacto, que dispone que los Estados deberán adoptar todos los medios apropiados y hasta el máximo de los recursos que disponga. En esos términos, ante la falta de red o infraestructura para proporcionar el servicio de agua, las autoridades están obligadas a proporcionar de manera inmediata el vital líquido para lo cual, en tanto se construyan las redes de distribución adecuadas para asegurar el abastecimiento.⁷⁰

La SCJN dispuso el Derecho Humano de acceso al agua para el consumo personal y doméstico, y establece que ese acceso debe ser en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. Así como que el Estado debe garantizarlo y que la ley definirá las bases, apoyos y modalidades correspondientes. Así, si bien es

⁶⁸ Tema que abordó el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, en la tesis aislada XI.1o.A.T.1 K, con número de registro electrónico: 2001560, de título: “*AGUA POTABLE. COMO DERECHO HUMANO, LA PREFERENCIA DE SU USO DOMÉSTICO Y PÚBLICO URBANO ES UNA CUESTIÓN DE SEGURIDAD NACIONAL.*”

⁶⁹ Artículo 34º de la Ley de Agua Potable y Saneamiento para el Estado de Nuevo León,

⁷⁰ Al respecto, destaca el criterio sustentado por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito, en la tesis aislada IV.1o.A.66 A, con número de registro electrónico 2013753, de rubro: “*DERECHO HUMANO A LA PROVISIÓN DE AGUA POTABLE. LA OBLIGACIÓN DE PROPORCIONARLA ES UNA OBLIGACIÓN DEL ESTADO QUE SE DEBE REALIZAR DE FORMA INMEDIATA, AUN Y CUANDO NO EXISTA RED GENERAL NI SE HAYA EFECTUADO EL DICTAMEN DE FACTIBILIDAD.*”, de la cual destaca la parte que indica: “[...] *La autoridad judicial puede provisionalmente indicar métodos generalmente utilizados con ese propósito, tal como la instalación de un tanque nodriza elevado y que conectado a una cisterna de reserva con bomba hidroneumática, abastezca de agua a la comunidad en cantidad y calidad; así, la propia judicatura, con apoyo en el artículo 1º de la Constitución asegura y protege el derecho al suministro de agua y a la salud, como medida básica y de subsistencia que necesita el ser humano, hasta en tanto quede instalada la red de agua potable y alcantarillado.*”

cierto que dicho precepto no reconoce expresamente el derecho mencionado para otros usos, como el agrícola o para el funcionamiento de otras áreas productivas del sector primario, también lo es que sí debe entenderse con esa amplitud, dada la estrecha vinculación que existe entre él y otros Derechos Humanos, como los relativos a la alimentación y a la salud; todo lo cual fue advertido así por el Constituyente Permanente en sus discusiones y, además, reconocido por fuentes internacionales, como la Observación General No.15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, que es el órgano facultado para interpretar y establecer los alcances del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la cual constituye una interpretación más amplia y favorable del citado derecho a la luz de este último instrumento internacional y resulta obligatoria.⁷¹

Para finalizar este capítulo, se exponen diversas ideas sobre la factibilidad y justificabilidad en materia de la gratuidad de los derechos prestacionales exigidos como Derechos humanos.

6. CONCLUSIONES

Es importante discernir sobre la explotación de los derechos prestacionales exigidos como DDHH. Esto ha producido diversos abusos por los recurrentes, por lo que es preciso contar con límites para su otorgamiento, más no para su reconocimiento.⁷²

Este apartado propone que no haya parcialidad administrativa o judicial *per se*, cuando una persona reclama un DDHH. Los Derechos Humanos tienen una fundamentación moral; sin embargo, los derechos que presta un Estado se basan en un binomio derecho/obligación que debe cumplir toda la población. Ahora, la justificación de que se otorgue un Derecho Humano a costa del erario debe depender del caso concreto y bajo ciertos controles, pues podría pauperizar a la Constitución.

El reconocimiento y otorgamiento de un derecho prestacional solicitado como DDHH, debe ponderarse bajo ciertos cánones o parámetros, para que no abata los derechos fundamentales de la demás población, que ha cubierto los requisitos sustantivos y adjetivos para recibir esa prerrogativa.

En diversas ocasiones, la autoridad ha reconocido y cumplido un derecho prestacional como un Derecho Humano de forma gratuita. Esto permite la oportunidad que otra persona pueda exigir ese mismo servicio, y que podría usufructuar ese bien o servicio público. Uno de los problemas que sucede, es que no se ponderan las situaciones especiales del caso, y que tal vez el recurrente no requiera de asistencia por parte del Estado.

⁷¹ Tesis aislada VI.3o.A.1 CS, sustentada por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Sexto Circuito, con número de registro electrónico 2009628, de rubro: “*DERECHO HUMANO DE ACCESO AL AGUA. ESTÁ RECONOCIDO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONALMENTE TANTO PARA EL CONSUMO PERSONAL Y DOMÉSTICO, COMO PARA EL USO AGRÍCOLA O PARA EL FUNCIONAMIENTO DE OTRAS ÁREAS PRODUCTIVAS DEL SECTOR PRIMARIO.*”

⁷² *Vid.* NINO, Carlos S., “El principio de autonomía de la persona”, en *Ética y Derechos Humanos*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1989, pp. 199-236.

El test propuesto es un mecanismo que enfoca y localiza judicialmente a los DDHH, para que no se acumulen en una caja de Pandora; sino que, que su otorgamiento sea con base en la ponderación hecha por el operador jurídico, estimando que no toda exigencia fundamentada en DDHH debe ser resuelta o desahogada incondicionalmente a favor del solicitante; por lo que debe revisar cada asunto, tutelando y protegiendo tanto los DDHH, como los derechos fundamentales de la población.⁷³

7. BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, Bruce, *Social Justice in the Liberal State*, Ed. Yale University Press, USA, 1980.
- _____, *We the people. Foundations*, Ed. Harvard University press, USA, 1991.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Ed. Centro de estudios constitucionales, España, 2007.
- _____, *La construcción de los derechos fundamentales*, Ed. Ad hoc, Buenos Aires, Argentina, 2010.
- ARANGO, Rodolfo, *Jurisprudencia constitucional sobre el derecho mínimo vital*, Ed. Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Colombia, 2002.
- BARNETT, Randy, *Restoring the lost constitution*, Ed. Princeton University press, USA, 2004.
- BICKEL, Alexander M., *The least dangerous power*, Ed. Yale University press, USA, 1986.
- BIX, Brian, *Jurisprudence*, Carolina Academic Press, USA, 2004.
- CARBONELL, Miguel, *Corte, jueces y política*, Ed. Fontamara, México, 2007.
- CARMONA, Encarna, “Los derechos sociales de prestación y el derecho a un mínimo vital”, *Anuario multidisciplinar para la modernización de las administraciones públicas*, Número 2, España, 2006.
- CERVANTES, Magdalena, *¿Hay justicia para los DESC?*, ED. UNAM, México, 2014.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, “Problemas de la Justicia Constitucional”, en *Sistemas de Justicia electoral: Evaluación y perspectivas*, Ed. IFE, México, 1999.
- DALLA VIA, Alberto, *Los jueces frente a la política*, Revista Isonomía No.22, Ed. ITAM, México, 2005.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Ed. Ariel, Barcelona, 1995.
- ELSTER, Jon, *Explaining social behavior*, Ed. Cambridge, USA, 2007.
- GÓMEZ, Yolanda, Estado Constitucional y protección internacional, *Presente, pasado y futuro de los DDHH*, Ed. CNDH, México, 2014.
- HART, H.L.A., *The concept of law*, Ed. Clarendon, Oxford, 1988.
- LARA SÁENZ, Leoncio, Derechos Humanos, *Colección de cuadernos de Divulgación sobre aspectos doctrinarios de la Justicia Electoral*, No.4, TEPJF, México, 2003.

⁷³ Vid. SERPE, Alessandro, “Argumentando a partir de los derechos humanos”, *Revista utopía y praxis latinoamericana*, volumen 15, número 51, Universidad de Zulia, Maracaibo, Venezuela, 2010.

- LINZ, Juan J., *Problems of democratic transition and consolidation*, Ed. The Johns Hopkins University, USA, 1996.
- MEDELLÍN, Ximena, *Principio Pro persona*, Ed. SCJN, México, 2013.
- OJESTO MARTÍNEZ PORCAYO, José Fernando, “Poder, derecho y jueces: la jurisdicción como participación política” en *Testimonios sobre el desempeño del TEPJF*, México, 2003.
- NINO, Carlos S., *The Constitution of deliberative democracy*, Ed. Yale University Press, USA, 1996.
- NINO, Carlos S., “El principio de autonomía de la persona”, en *Ética y Derechos Humanos*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1989.
- PICARD DE ORSINI, Marie y Useche, Judith, “Una nueva dimensión del Estado de Derecho: El Estado Social de Derecho”, *Provincia*, número especial, 2006.
- SCJN, *Los derechos humanos y su protección por el PJP*, Ed. SCJN, México, 2011.
- SCJN, *Dignidad humana*, Ed. PJP, México, 2013.
- SALAZAR, Pedro, “Justicia constitucional y democracia”, en Vázquez, Rodolfo, *Corte, jueces y política*, Ed. Fontamara, México, 2007.
- SERPE, Alessandro, “Argumentando a partir de los derechos humanos”, *Revista utopía y praxis latinoamericana*, volumen 15, número 51, Universidad de Zulia, Maracaibo, Venezuela, 2010.
- SILVA HENAO, Juan Fernando, “Evolución y origen del concepto de ‘Estado Social’ incorporado en la Constitución Política colombiana de 1991”, *Ratio Juris*, vol. 7, núm. 14, enero-junio de 2012.
- VANOSSI, Jorge Reinaldo, *El Estado de derecho en el constitucionalismo social*, Ed. EUDEBA, Argentina, 1987.
- VILLAR BORDA, Luis, “Estado de derecho y Estado social de derecho”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 20, diciembre de 2007.
- WALDRON, Jeremy, *Law and disagreement*, Ed. Oxford, USA, 2004.
- WILLIAMS, Melissa and WALDRON, Jeremy, *Toleration and its limits*, Ed. New York University press, New York, 2008.

Legislación

Ley de Aguas Nacionales de México.

Ley de Agua Potable y Saneamiento para el Estado de Nuevo León.

Ley 27 351 o conocida como ley de electrodependientes (Argentina).

Sentencias Judiciales

Sentencia T 207/95 (Colombia).

Contradicción de Tesis 293/2011.

Amparo en revisión 73/2016.

Amparo 374/2017.

Amparo en revisión 661/2017.

Amparo en revisión 35/2014.
Amparo en revisión 78/2014.
Amparo en revisión 323/2014.
Incidente de suspensión 87/2015.
Queja 213/2015.
Amparo en revisión 261/2015.
Amparo directo 902/2016.
Amparo en revisión 323/2014.
Amparo en revisión 1374/2015.

Jurisprudencia

- “Derechos humanos. Naturaleza del concepto “garantías de protección”, incorporado al artículo 1o. De la constitución federal, vigente desde el 11 de junio de 2011”.
- “Dignidad humana. Constituye una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de las personas y no una simple declaración ética”.
- “Derecho al libre desarrollo de la personalidad. Aspectos que comprende”.
- “Principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos. En qué consisten”.
- “Servicios registrales. Los ordenamientos legales que establecen las tarifas respectivas para el pago de derechos, sobre el monto del valor de la operación que da lugar a la inscripción, vulneran los principios de proporcionalidad y equidad tributaria”.
- “Principio de progresividad de los derechos humanos. Criterios para determinar si la limitación al ejercicio de un derecho humano deriva en la violación de dicho principio”.
- “Principios de razonabilidad y de proporcionalidad”.
- “Derechos humanos contenidos en la constitución y en los tratados internacionales. Constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, pero cuando en la constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquéllos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional”.
- “Derecho a la salud. Su naturaleza normativa”.
- “Derecho a la salud. Su regulación en el artículo 4º de la constitución política de los estados unidos mexicanos y su complementariedad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos”.
- “Salud. El derecho a su protección conforme al artículo 4º, tercer párrafo, de la constitución política de los estados unidos mexicanos, es una responsabilidad social”.
- “Salud. Derecho al nivel más alto posible. Éste puede comprender obligaciones inmediatas, como de cumplimiento progresivo”.
- “El instituto mexicano del seguro social debe suministrar a sus beneficiarios los medicamentos que se les prescriban, aun cuando no estén incluidos en el cuadro básico y catálogo de insumos del sector salud”.

- “Derecho a la educación. Su configuración mínima es la prevista en el artículo 3º constitucional”.
- “Derecho fundamental a la educación. Su referente normativo en el sistema jurídico mexicano”.
- “Derecho a la educación pública superior. El estado mexicano tiene la obligación de implantar progresivamente su gratuidad”.
- “Derecho fundamental a una vivienda digna y decorosa. Su contenido a la luz de los tratados internacionales”.
- “Agua potable. Como derecho humano, la preferencia de su uso doméstico y público urbano es una cuestión de seguridad nacional”.
- “Derecho humano a la provisión de agua potable. La obligación de proporcionarla es una obligación del estado que se debe realizar de forma inmediata, aun y cuando no exista red general ni se haya efectuado el dictamen de factibilidad”.
- “Derecho humano de acceso al agua. Está reconocido constitucional y convencionalmente tanto para el consumo personal y doméstico, como para el uso agrícola o para el funcionamiento de otras áreas productivas del sector primario”.

Recursos electrónicos

SALET, Wolfgang Ingo, “Mínimo existencial y justicia constitucional”, p. 630. Recurso electrónico consultado: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3977/29.pdf>, el 3 de septiembre del 2019.