

EL CASO “MININUMA”: UN LITIGIO ESTRATÉGICO PARA LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES Y LA NO DISCRIMINACIÓN EN MÉXICO

Rodrigo GUTIÉRREZ RIVAS*
Aline RIVERA MALDONADO**

SUMARIO: I. Introducción. II. Descripción del caso Mininuma. A. Los hechos y la demanda. B. La sentencia. III. Análisis de la sentencia. A. Apuntes conceptuales sobre el derecho fundamental a no sufrir discriminación. B. Mandatos que se desprenden del derecho a no sufrir discriminación. C. Obligaciones del Estado derivadas del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales en materia de no discriminación. IV. El caso Mininuma como litigio estratégico.

I. INTRODUCCIÓN

TENEMOS que, los aquí quejosos...señalan en el capítulo de antecedentes de su demanda de amparo, que son habitantes de la comunidad de Mininuma, municipio de Metlatónoc, Guerrero; que es una comunidad indígena Na Savi (Mixteca), que se encuentra a una hora y media de camino a pie, de la cabecera municipal Metlatónoc, Guerrero, conocida por su pobreza extrema; que las enfermedades han llegado a ser causa de defunción entre los habitantes de esa comunidad, principalmente niñas y niños; que los quejosos...han vivido en carne propia la pérdida de sus familiares, destacando como factor de las defunciones la falta de atención médica en la clínica que se encuentra en Metlatónoc, Guerrero, ya que en su comunidad no cuentan con servicio médico; que cuando sus enfermos se encontraban delicados de salud, acudían a Metlatónoc, para ser atendidos por el médico responsable; empero la mayoría de las ocasiones, la clínica se encontraba

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM e integrante del Colectivo de Estudios Críticos en Derecho-RADAR.

** Maestra en Derechos Humanos (Universidad de Lyon, Francia) e integrante del Colectivo de Estudios Críticos en Derecho-RADAR.

cerrada o bien, si estaba abierta no alcanzaban turno a través de una ficha o si alcanzaban, su turno llegaba después de las tres de la tarde, por lo que el doctor encargado les negaba la atención, en razón de que era su hora de salida; y que las defunciones que aluden, se presentaron del dos mil cinco al dos mil siete (...)¹

De acuerdo con las cifras oficiales, en México, de los más de 100 millones de habitantes, 44 millones 700 mil sufren de pobreza.² En pleno siglo XXI, un porcentaje muy amplio de la población se encuentra sin poder acudir a un médico, sin completar una canasta básica alimentaria, habiendo viviendas con suelo de tierra, sin drenaje, sin acceso a un agua de calidad y sin poder continuar asistiendo a la escuela una vez finalizada la primaria. Todo ello, a pesar de que nuestro ordenamiento jurídico reconoce en su nivel más alto (Constitución y Tratados) los derechos fundamentales a la salud, a la alimentación, a la vivienda, al agua y a la educación (entre otros derechos sociales).

Para mayor gravedad, son los grupos de la sociedad que han sido histórica y sistemáticamente excluidos los que sufren con mayor intensidad la pobreza. Los pueblos indígenas son uno de dichos grupos. La vida de las comunidades que los conforman está marcada por la marginación y sus habitantes deben sobrepasar grandes obstáculos para poder ejercer sus derechos. La discriminación hacia estos pueblos está en la base estructural de los sistemas sociales, económicos, políticos y culturales, provocando una reproducción permanente de múltiples formas de opresión. Las propias cifras oficiales nos muestran cómo “en este grupo de población se encuentran los más pobres entre los pobres”.³ Las difíciles condiciones de vida que se les ha impuesto, les ha generado una enorme dificultad para emprender sus propios procesos de desarrollo, provocando que el 90% de sus habitantes se encuentre en una situación de extrema pobreza.⁴

¹ Sentencia 1157//2007-II que resuelve el Juicio de Amparo promovido por la Comunidad de Mininuma, Municipio de Metlatónoc, Guerrero México, 11 de julio de 2008, Juez Séptimo de Distrito en el Estado de Guerrero, pp. 129-130.

² Cifras de la SEDESOL y la Comisión Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL).

³ Comisión para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (CDI) - Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) México, *Informe sobre Desarrollo Humano de los Pueblos Indígenas de México-2006*, México, noviembre 2006, p. 22.

⁴ Datos del Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI) que pueden ser consultados en *Ibid.*, p. 32.

Lo anterior aún y cuando el derecho a no sufrir discriminación también está consagrado en la Constitución mexicana y en múltiples Tratados Internacionales firmados y ratificados por el Estado mexicano. Vemos así que pobreza, discriminación y violación de derechos sociales se encuentran ligadas de forma estrecha, cerrando un sistema de opresión del que parece imposible escapar. La Comunidad indígena de Mininuma es una de las miles de poblaciones indígenas, atrapada dentro de dicho sistema, que desde hace años está luchando por encontrar una puerta de salida y apostando a que el Derecho pueda ser una llave que le ayude a abrirla.

Mininuma se encuentra en el Municipio de Metlatónoc⁵ en el estado de Guerrero, que junto con Oaxaca y Chiapas son los estados que presentan los índices más bajos en desarrollo humano, salud e ingreso.⁶ De estos tres “...Guerrero es la entidad donde se observan las mayores disparidades del índice de salud dentro de un estado así como el menor índice de salud del país, dentro del cual, el Municipio de Metlatónoc es el que presenta el menor índice de salud [y]... de Desarrollo Humano (...)”.⁷

Frente a dichas condiciones de discriminación, la Comunidad se organizó para defender su derecho a la salud. Entre las múltiples estrategias que decidieron poner en marcha, interpusieron un Juicio de Amparo que obtuvo una sentencia favorable relativa a los derechos sociales (salud) y a la no discriminación. Dicha resolución, así como sus alcances y límites, son el objeto central de esta investigación, principalmente por tres razones.

⁵ “Para llegar hasta la cabecera municipal de Metlatónoc se debe seguir la carretera Chilpancingo-Tlapa y tomar una desviación de 75 kilómetros, de los cuales 48 son de terracería y 27 de brecha. En el año 2000 este municipio tenía una población de 30 mil 39 habitantes, distribuidos en 156 localidades rurales, entre las que destacan Atzampa, San Rafael y El Coyul. De cada 100 personas mayores de cinco años que habitaban en el municipio en el año 2000, 98 hablaban lengua indígena mixteca o tlapaneca. Más de 70% de la población económicamente activa en Metlatónoc se dedica a las actividades agrícolas; entre los principales productos se encuentran el maíz, frijol, durazno, mamey, mango, plátano y café. Para transportarse, los habitantes de Metlatónoc usan camionetas que dan servicio a distintas comunidades; los servicios de comunicación son escasos y sólo en la cabecera municipal se cuenta con radiotelefonía. De cada cien viviendas, sólo 13 tienen servicio sanitario, 32 tienen agua entubada, menos de una vivienda en promedio tiene drenaje y 33 disponen de energía eléctrica. De las 5 mil 321 viviendas que en 2000 había en el municipio, sólo 96 tenían refrigerador.” INEGI, *Censo de Población y Vivienda*; Gobierno del Estado de Oaxaca y Delegación Benito Juárez en Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Informe sobre Desarrollo Humano-México 2004*, México, PNUD, 2005, p. 56.

⁶ *Ibid.*, p. 2.

⁷ *Ibid.*, pp. 54-61.

En primer lugar, porque abre en sede judicial el debate sobre la necesaria justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC). Como se sabe, las condiciones para la protección efectiva de estos derechos aún son adversas dentro de nuestro sistema jurídico. A pesar de que México fue uno de los primeros países en elevarlos a rango constitucional, hoy las personas y comunidades siguen enfrentando grandes obstáculos, teóricos y prácticos, que impiden su verdadera materialización.⁸ Tanto en la academia como en la práctica judicial, lo más común es encontrar posiciones dogmáticas, ancladas en una formación jurídica tradicional, poco reflexiva, que impiden su exigibilidad.⁹ Muchos de las trabas se basan en una concepción teórica limitada, que ha fomentado la extensión de ideas imprecisas como, por ejemplo, que los derechos sociales no son verdaderos derechos; que siempre implican una gran inversión económica por parte del Estado; que son derechos de “segunda generación” y por tanto de menor jerarquía, etcétera.¹⁰ A diferencia de otros países, donde se ha avanzado en el debate teórico y jurisprudencial sobre el valor normativo de los DESC y la relación de interdependencia que tienen con los demás derechos, en los tribunales mexicanos, continúan vigentes las viejas tesis, ya rebasadas hace muchos años en otras latitudes y en el Derecho Internacional de los derechos humanos.¹¹

⁸ Vid. GUTIÉRREZ, Rodrigo, “Jueces y derechos sociales en México: a penas un eco para los más pobres”, en *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, núm. 6, julio-diciembre 2005.

⁹ Ver SALAZAR, Pedro, *Dos versiones de un garantismo espurio en la jurisprudencia mexicana*, (en prensa).

¹⁰ Estas proposiciones teóricas se traducen en limitaciones de índole práctica, como el hecho de que las garantías constitucionales de los derechos en México (sobretudo el Juicio de Amparo) no tengan el diseño adecuado para proteger, en caso de violación, los bienes jurídicos tutelados por los derechos sociales. Al respecto véase CRUZ PARCERO, Juan, *El lenguaje de los derechos*, Madrid, Trotta, 2007.

¹¹ Conviene hacer mención del activismo de la Corte Constitucional colombiana como un claro ejemplo de que es posible que el Poder Judicial adopte y practique una posición más garantista que contribuya a la verdadera protección de los derechos fundamentales y que responda a las constantes demandas de la población. Algunas de las decisiones de la Corte colombiana se han convertido en un modelo a seguir en materia de protección de derechos sociales, derechos colectivos y derechos de los Pueblos Indígenas. Esta última situación es de admirarse, ya que como es sabido, el porcentaje de población indígena en Colombia es mucho menor al mexicano. Se puede citar como ejemplo el caso del Pueblo Indígena U'WA en el que la Corte colombiana decidió revocar un permiso de explotación de hidrocarburos para tutelar los derechos a la consulta, a la participación, a la tierra, a los recursos naturales, al medio ambiente, así como los derechos culturales de dicha Comu-

La importancia de la demanda de Mininuma es que a través de ella se enfrentó ese viejo paradigma y, aprovechado algunas de las nuevas aportaciones teóricas sobre los DESC, se logró un avance en sede judicial sobre la posible justiciabilidad de los DESC y por tanto, una reconsideración de los mismos como verdaderos derechos fundamentales.

Sin embargo, para lograr posicionar estos nuevos argumentos en los Tribunales, no bastó con la presentación de la demanda ante los mismos. Detrás del amparo que analizamos existió una intensa labor de personas, comunidades y organizaciones articuladas, gracias a la cual fue posible ejercer la presión social y mediática suficiente para que los argumentos de la demanda fueran tomados en cuenta durante el juicio. Esta es la segunda importante razón por la que consideramos relevante analizar el caso. El uso estratégico del Derecho en Mininuma, combinado con otras acciones de defensa, fue lo que permitió sobrepasar los obstáculos que generalmente impiden la protección de los derechos sociales. Aún cuando habremos de centrarnos en el análisis del texto de la sentencia, este trabajo parte del supuesto de que dicha resolución se obtuvo, principalmente, debido a la construcción del caso como un litigio estratégico. En el presente estudio interesa destacar que, sólo con base en la organización y resistencia de comunidades como ésta, capaces de articularse con organizaciones y redes de defensa de derechos, será posible hacer avanzar en México el debate sobre la plena efectividad de los derechos sociales fundamentales, modificando de los viejos criterios interpretativos de los Tribunales. Como bien lo ha señalado Bergalli, “la substitución de los actores individuales por otros colectivos ha producido un cambio en la observación de los fenómenos que configura la acción social y, en consecuencia, la participación de estos nuevos actores en la producción del Derecho supone unos comportamientos que tienden a la transformación de las necesidades respecto de las cuales el orden jurídico debe otorgar protección”.¹²

nidad Indígena. Véase GARCÍA-VILLEGAS, Mauricio y UPRIMNY, Rodrigo, “Corte Constitucional en Colombia” en DE SOUSA, Boaventura (coord.), *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa*, México, FCE, 2004.

Al respecto véase ORDÓÑEZ, Jorge, “El derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. Apuntes para la definición de un contenido esencial de ese derecho en la jurisprudencia mexicana”, en *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, México, pp. 700 y ss. Véase también ARANGO, Rodolfo, “El concepto de derechos sociales fundamentales” en *Legis*, Bogotá, 2005.

¹² BERGALLI, Roberto, “Usos y Riesgos de categorías conceptuales: ¿Conviene seguir empleando la expresión “uso alternativo del derecho”? en *El otro derecho*, vol. 4, núm. 1, Bogotá, marzo de 1992, ILSA, Bogotá Colombia, p. 25.

Sin embargo, no debe dejar de reconocerse el papel que en el caso tuvo el propio Juez que otorgó el amparo.¹³ Esta es la tercera razón que motiva el estudio. Consideramos también importante destacar la función que los jueces pueden y deben desempeñar en la evolución de las estructuras jurídicas existentes y en el combate contra la discriminación y la pobreza haciendo un “uso alternativo del Derecho” y reconociendo la construcción de un “Derecho alternativo”.¹⁴ La interpretación de las normas en beneficio de las personas y de su dignidad, la priorización de la protección de los derechos fundamentales por encima de otros intereses, la construcción de criterios jurisprudenciales con un contenido emancipatorio o la contribución a la solución de conflictos políticos que tengan una verdadera orientación y aplicación social; son sólo algunos ejemplos de las “prácticas jurídicas alternativas”¹⁵ que el Poder Judicial puede realizar a través de sus decisiones. Como lo señala Andrés Ibáñez, los jueces deben comenzar a sentir “...la necesidad de dar un nuevo contenido, socialmente útil, a las propias funciones; de aplicar éstas a la tutela de los intereses difusos de la colectividad desconocidos por un poder cuya base de consenso se restringe cada vez más...[y] como sucede siempre en periodos de crisis, la lucha social latente en el país envuelve también a la Magistratura...”¹⁶

Tomando en cuenta todo lo anterior podemos entender por qué el caso Mininuma es relevante en la búsqueda de la transformación del paradigma imperante en materia de derechos sociales fundamentales. Aún sabiendo que el Derecho suele ser un instrumento de legitimación del poder político, que contribuye a construir sociedades tan desiguales como la nuestra, con

¹³ Conviene decir que no es común encontrar en el ámbito de la justicia en México sentencias similares a la que nos ocupa. Aunque no tenemos los elementos de valoración suficientes, suponemos que la sensibilidad del juez sobre la situación en Mininuma también pudo tener algún peso en la resolución del fallo.

¹⁴ En este sentido, WOLKMER señala que el Derecho alternativo implica, en la concepción latinoamericana, que es la propia comunidad, los usuarios del Derecho y actores como los movimientos sociales quienes construyen el Derecho y crean los mecanismos considerados útiles para defender sus necesidades e intereses, “estén o no reconocidos y protegidos adecuadamente por el Derecho”, WOLKMER, Antonio, “Pluralismo jurídico, movimientos sociales y prácticas alternativas”, *op. cit.*, en *El otro derecho*, núm. 7, Bogotá, enero de 1991, ILSA, Bogotá Colombia.

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ ANDRÉS, Perfecto, *Política y justicia en el Estado capitalista*, Libros de confrontación-Filosofía núm. 11, Barcelona, Fontanella, 1978, pp. 84-85.

tan profundas contradicciones sociales;¹⁷ en las que la discriminación, la pobreza y la exclusión predominan y el acceso a los derechos en muchos casos es un privilegio, la comunidad de Mininuma decidió apostar por este instrumento, valorando su potencialidad transformadora en favor de la construcción de mejores condiciones de vida para la población y poniendo en práctica una de las ideas de Wolkmer, quien considera que “...las complejas exigencias del presente momento...imponen la necesidad de la búsqueda de nuevos caminos y directrices para el Derecho”.¹⁸

Por tanto, partiendo de las consideraciones anteriores, este trabajo ha sido dividido en tres grandes apartados. Un primero donde se describe de forma resumida los hechos del caso y el proceso jurídico de defensa ante instancias primero administrativas y posteriormente jurisdiccionales. Un segundo, donde se realiza un análisis de la sentencia que puso fin al proceso jurisdiccional, aportando, al final del mismo, argumentos para cubrir algunas de las lagunas de la resolución y enfocándose en la relación existente entre los derechos a la salud y a no sufrir discriminación. Finalmente se emprende una reflexión sobre la naturaleza estratégica del caso y la potencialidad de este tipo de litigios para la defensa y reivindicación de derechos en el contexto mexicano contemporáneo.

II. DESCRIPCIÓN DEL CASO “MININUMA”

Como ya lo hemos apuntado, el caso de la Comunidad *Na’savi* mixteca de Mininuma ejemplifica un proceso de defensa estratégica del derecho a la salud emprendido por las y los habitantes de este pueblo indígena del estado de Guerrero México. Desde 2003 las personas de dicha Comunidad se organizaron y movilizaron para exigir la construcción de un centro de atención médica en el lugar que habitan y fue en 2007 cuando decidieron hacer uso del Juicio de Amparo para demandar la protección jurisdiccional de su derecho a la salud. Dicho amparo permitió, además de obtener una sentencia favorable que estableció un precedente judicial importante en el país, evidenciar la grave problemática de acceso a los servicios básicos que sufren poblaciones como ésta, las consecuencias negativas de dichas carencias en la vida de las personas de la Comunidad, así como la situación de discriminación y pobreza en la que se encuentran.

¹⁷ Sobre estas contradicciones *vid.* WOLKMER, Antonio, “Pluralismo jurídico, movimientos sociales y prácticas alternativas”..., *op. cit.*

¹⁸ *Ibid.*, p. 46.

La combinación de las y los actores involucrados que impulsaron el proceso, las distintas instancias a las que éstos decidieron acudir, el tipo de argumentación jurídica que se utilizó en la demanda y en la sentencia, así como la fundamentación jurídica de ambas, convierten a Mininuma en un caso paradigmático sobre la exigibilidad de los derechos sociales en México. El resultado obtenido en este proceso nos permite también visualizar los avances en la materia y, paralelamente, los límites que aún deben ser sobrepasados cuando se trata de derechos sociales. De igual forma, este caso ilustra el potencial que tiene la organización social en la reivindicación de derechos fundamentales.

En las siguientes líneas intentaremos describir las distintas etapas del proceso Mininuma, lo cual nos permitirá identificar varios de los elementos señalados para la mejor comprensión del caso, así como algunas de las lagunas argumentativas que, a nuestro juicio, presenta la sentencia.

A. Los hechos y la demanda

Como lo hemos señalado en la parte introductoria de este trabajo, las y los habitantes de las Comunidades indígenas deben enfrentarse cada día a la situación de pobreza extrema y de discriminación sistémica que impera en nuestro país y esta no es la excepción para Mininuma. Las personas que ahí habitan nunca habían contado con una clínica cercana, ni personal médico y profesional capacitado, ni había sido posible tener acceso a una provisión básica de medicinas que les permitiera atender enfermedades curables.

Estas circunstancias provocaron, en muchas ocasiones, consecuencias fatales para sus habitantes. En un lapso de dos años, se produjo la muerte de seis personas (4 niños, un joven y un adulto), ocasionada por enfermedades gastrointestinales de tipo infeccioso provocadas por parásitos y desnutrición que hubieran podido ser evitadas con el acceso a una atención médica básica. En todos estos casos, las personas enfermas debieron caminar (o ser llevadas por su familiares) durante una hora y media hasta Metlatónoc (cabecera municipal) para solicitar atención médica. En dicha cabecera municipal tampoco existe un centro hospitalario ni una clínica adecuada; sólo un par de vagones blancos al lado de la carretera (de cinco metros de largo por dos de ancho que no cuentan con agua ni luz), donados por una fundación privada asistencialista y en los cuales atiende un médico general de las nueve de la mañana a tres de la tarde. Debido a este restringido horario de apertura, en muchas ocasiones las personas se vieron obligadas

a regresar con su familiar enfermo hasta Mininuma (a pesar de la gravedad de su estado) sin recibir la atención médica requerida. Dicho habitáculo hospitalario debe dar servicio a quince mil personas que se encuentran en la cabecera municipal y a 40 Comunidades de la región.

Frente a tales circunstancias, desde 2004 las autoridades de Mininuma solicitaron —a través de cinco oficios— al Jefe de la Jurisdicción Sanitaria de la Montaña del estado de Guerrero su intervención para que la Comunidad pudiera contar con un Técnico de Atención Primaria a la Salud (TAPS) capaz de diagnosticar y atender algunas de las enfermedades padecidas por la población.¹⁹ Fue hasta el año 2005 cuando la Secretaría de Salud (SSG) del estado de Guerrero contestó que le resultaba imposible enviar un médico debido a que en esa zona no existía un centro hospitalario. Frente a tal respuesta, la Comunidad organizada cooperó con dinero y trabajo para construir una casa que permitiera alojar al médico. Sin embargo, aquello tampoco generó respuesta del gobierno. A pesar de que se continuó enviando solicitudes, las respuestas se limitaban a señalar, de manera informal, que “no había ni recurso ni personal y que por lo tanto no tenía caso que la comunidad siguiera con su petición”.²⁰

Ante la reiterada negativa de los funcionarios locales, en mayo de 2007 las autoridades de la Comunidad, realizaron una nueva solicitud para poder contar con una unidad médica, personal capacitado y un cuadro básico de medicamentos. El Secretario de Salud del estado respondió en julio de 2007, en oficio sin número, que para la SSG resultaba imposible atender esta petición debido a que los lineamientos establecidos en el Modelo Integrador de Atención a la Salud (MIDAS) no permitían la construcción de un centro hospitalario en aquella localidad. De acuerdo con estos lineamientos, para poder construir dicho centro, la Comunidad debía tener más de 2 500 habitantes y no debía contar con algún centro de atención médica en 15 km. a la redonda y a 30 minutos de recorrido; circunstancias que no ocurrían en Mininuma, ya que el número de población es menor del establecido por la norma y el centro de salud más cercano (los módulos ya señalados) está en Metlatónoc, a 4 km. de distancia.

Contra esta resolución, la Comunidad presentó en agosto de 2007 un recurso de inconformidad ante la SSG. Esta institución desechó el recurso y, sin entrar al fondo de la problemática, argumentó que la respuesta no constituía una resolución administrativa, por lo que no era recurrible.

¹⁹ Señalan los quejosos en la demanda que ninguno de los oficios recibió respuesta.

²⁰ Centro de Derechos Humanos *Tlachinollan*, Comunidad de Mininuma-Indígenas *Na'Sav-i*, Resumen del caso.

Frente al desechamiento, el 9 de noviembre de 2007 la Comunidad de Mininuma, respaldada jurídicamente por el Centro de Derechos Humanos de la Montaña *Tlachinollan* interpuso, a través de cinco representantes, una demanda de Amparo Indirecto solicitando la protección colectiva de su derecho a la salud. Dicha demanda fue turnada al Juzgado Séptimo de Distrito del estado de Guerrero con número de expediente 1157/2007-II.²¹ Entre los actos reclamados se señalan: 1) La resolución a través de la cual, la de la SS desechó el Recurso de Inconformidad y 2) la vulneración directa del derecho a la salud de todas las personas, contenido en el párrafo 3º del artículo 4º de la Constitución mexicana y para los pueblos indígenas, en el apartado B del artículo 2º.

Igualmente se alegan, entre otros agravios, que la resolución de la SS era infundada y discriminatoria por violar además el artículo 1º constitucional que establece el derecho de todas las personas a gozar de todas las garantías²² otorgadas por la Constitución y que prohíbe, en su párrafo tercero, toda discriminación. Asimismo se argumenta en la demanda que todos estos derechos se encuentran establecidos en los Instrumentos Internacionales y específicamente los derechos a la salud y a no sufrir discriminación. Por lo que “queda claro que el Estado tiene la obligación de garantizar a todas y todos los mexicanos sin distinción alguna el derecho de acceder a los servicios básicos de salud...”.²³ En este mismo apartado se señala la inconstitucionalidad del MIDAS por ir en contra de lo establecido en la Constitución y en el Derecho Internacional de los derechos humanos.

Como parte de la argumentación, los quejosos hicieron notar que el estado de Guerrero se encuentra dentro de las tres entidades más pobres de México y que el 13% de su población es indígena, de la cual, los pueblos tlapanecos, mixtecos y nahuas son los más marginados, excluidos y vulnerables. Igualmente se señaló que la falta de atención médica y medicinas son algunas de las causas por las que los índices de mortalidad materna e infantil son de los más elevados en el país.²⁴

²¹ Se señalaron cuatro autoridades responsables: 1) el Secretario de Salud del Estado de Guerrero; 2) el Gobernador del Estado de Guerrero; 3) el Subsecretario de Coordinación Sectorial de la Secretaría de Salud de Guerrero y; 4) el Jefe de la Jurisdicción Sanitaria, Región Montaña.

²² En este caso utilizamos el término “garantía” empleado en la demanda, como sinónimo de “derecho”.

²³ Demanda de Amparo Indirecto de la Comunidad de Mininuma n° 1157/2007-II, 8 de noviembre de 2007, pp. 27-28.

²⁴ En la demanda se acentúa que en la jurisdicción de la montaña sólo existe un ginecólogo para atender a 17,654 mujeres en edad fértil. Esta es una de las causas por las que la

Con base en estos y otros argumentos, los quejosos señalan que la Justicia Federal debe ampararlos “...ordenando a las autoridades sanitarias no discriminen a los pueblos indígenas, reconsideren su actuación y brinden los servicios de salud con toda la infraestructura necesaria...”.²⁵

B. *La sentencia*²⁶

El Juzgado Séptimo de Distrito en el estado de Guerrero acordó el 12 de noviembre de 2008 admitir a trámite la demanda y solicitar a todas las autoridades responsables sus correspondientes informes justificados. Después de realizar el estudio de las constancias del expediente 1157/2007, el 11 de julio de 2008 dictó sentencia definitiva considerando que los conceptos de violación esgrimidos por los quejosos son fundados en una parte e infundados en otra.

Por la relevancia del debate relativo a la posible titularidad colectiva de todos los derechos fundamentales (no sólo los sociales), conviene comenzar diciendo que el Juez de Distrito, antes de abordar el estudio de la controversia, realizó al inicio de la sentencia un conjunto de consideraciones relativas al tema de legitimación colectiva y su relación con el Juicio de Amparo. Como conclusión de las mismas, determinó la imposibilidad de reconocer la representación que los quejosos intentaron hacer valer en la demanda de toda la Comunidad de Mininuma. Fundándose en el principio de instancia de parte agraviada, determinó que, debido al carácter individualista del Juicio de Amparo, su alcance se agota en la protección de la persona que lo solicita, cuando ésta pueda demostrar que ha sufrido un agravio personal y directo.²⁷ Asimismo, atendiendo al principio de relatividad de la sentencia, el Juez reitera que la protección otorgada por el amparo es únicamente para

mortalidad materna en la zona es cinco veces mayor que el promedio nacional. En México, de cada 100 mil partos, mueren 51 mujeres; sin embargo, si se trata de mujeres indígenas, el número se eleva a 151 muertes (tres veces más que el promedio); para las mujeres indígenas de la Montaña de Guerrero el número es de 281 muertes, es decir, más de cinco veces que el promedio nacional. Sobre este tema puede verse también DÍAZ, Daniela (coord.), *Muerte materna y presupuesto público*, México, FUNDAR, 2004, pp. 45 y ss.

²⁵ Demanda de Amparo Indirecto de la Comunidad de Mininuma..., *op. cit.*, p. 32.

²⁶ Sentencia 1157//2007-II que resuelve el Juicio de Amparo promovido por la Comunidad de Mininuma, Municipio de Metlatónoc, Guerrero México..., *op. cit.*

²⁷ Es interesante hacer notar que, a pesar de reconocer este principio, el Juez señala en la sentencia que, con base en lo establecido por el artículo 4º constitucional, “toda persona y *colectividad* que se encuentren en el territorio nacional, tiene ese derecho de protección a

la persona que lo interpuso, sin que ella pueda generar un efecto generalizado o colectivo.²⁸

Resuelto lo anterior, el Juez inició el análisis de fondo del problema que se le planteó. En relación con los dos actos reclamados por la parte actora, el Juez señaló que es infundado aquel que impugna la resolución del Secretario de Salud (a través de la cual se desechó el Recurso de Inconformidad), ya que dicha resolución no podía ser recurrida.²⁹ Por lo que se refiere al acto que reclama la vulneración del derecho a la salud contenido en el párrafo tercero del artículo 4º de la Constitución, el funcionario judicial consideró que, efectivamente existió una *violación directa* a la Ley fundamental debido a que, en esta materia, "...el Estado se encuentra obligado a instrumentar acciones tendientes a lograr el bienestar físico y mental de los mexicanos, prolongar y mejorar la calidad de vida en todos los sectores; a propiciar y expandir en la medida de lo posible, la preservación y conservación de la salud".³⁰ El Juez afirmó que dicho precepto constitucional "establece la posibilidad de acceder, en condiciones de igualdad, a servicios de salud dignos que la atiendan [a la persona] en cualquier caso y bajo cualquier circunstancia".

El funcionario también señaló que existe una estrecha relación entre el derecho a la salud y el derecho a no sufrir discriminación, aunque no desarrolló una argumentación que permitiera entender dicho vínculo, el Juez intentó ofrecer algunos elementos que apuntan en esa dirección. En ese sentido continúa diciendo que:

De la consideración del derecho a la salud como derecho fundamental deriva que el sistema de prestaciones que se establezca para hacerlo realidad, debe tener, por lo menos, las tres siguientes características: universalidad, equidad y calidad. La universalidad se corresponde tanto al carácter de derecho fundamental de protección a la salud, como su asignación a toda persona. La equidad implica que los servicios sanitarios públicos sean financiados principalmente por los impuestos y no por el pago de cuotas de sus usuarios, salvo de

la salud", abriendo la posibilidad de que el agravio sufrido por un grupo pueda ser reparado a través del Juicio de Amparo. (las cursivas son nuestras).

²⁸ Para profundizar en el debate sobre el tema véase "Derecho subjetivo e interés jurídico en la jurisprudencia mexicana", en *Juez. Cuadernos de Investigación, Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 3, vol. II, otoño 2003, pp. 67-87.

²⁹ Aunque no es motivo de este trabajo, conviene señalar que sorprende el hecho de que el Juez haya declarado infundado este primer acto reclamado, tratándose de una resolución administrativa que podía ser recurrida.

³⁰ Sentencia 1157//2007-II que resuelve el Juicio de Amparo promovido por la Comunidad de Mininuma, Municipio de Metlatónoc, Guerrero, México..., *op. cit.*, p. 24.

aquellos que tengan capacidad económica suficiente; con ello se busca evitar las discriminaciones en el acceso, así como la consecución por ese medio del mandato de redistribución del ingreso y la riqueza previsto en el normativo 25 de la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; la no discriminación en materia de derechos sociales, se encuentra explícitamente recogida en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión (transcribe el artículo 2.2 del PIDESC). Finalmente, la calidad es un requisito no solamente de la existencia misma del sistema comprendido globalmente (dado que no sirve de nada un sistema sanitario que opera en pésimas condiciones de calidad, lo que puede llevar incluso no a la protección de la salud, sino a su empeoramiento), sino también de igualdad entre quienes acceden a los servicios públicos de salud y de quienes lo hacen en servicios privados. Al igual que el resto de los derechos sociales, el desarrollo al derecho de protección de la salud, corre paralelo a la fortaleza de los poderes públicos; empero, ello no significa que el Estado pueda alegar motivos no justificados, como escasez presupuestal, para dejar de cumplir con sus obligaciones constitucionales.

A partir de esta parte de la sentencia, siguiendo una tradición inexplicable de los tribunales mexicanos, el Juez transcribió durante 70 páginas, sin incorporar un solo argumento, artículos de la Ley General de Salud, la Ley de Salud del estado de Guerrero, algunos Tratados Internacionales y reprodujo literalmente toda la Observación General no. 14 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales que es específica sobre esta materia. Al final de todo ello, el Juez hizo un señalamiento relativo a la aplicación obligatoria de los Tratados Internacionales de conformidad con las tesis de la Suprema Corte de Justicia relativas al artículo 133 constitucional según la cual dichos Tratados se encuentran en una posición de mayor jerarquía frente a las Leyes federales y locales.

Así, con base en dichos preceptos y en las pruebas exhibidas por los quejosos; el Juez reconoció que los decesos que ha sufrido la Comunidad de Mininuma y las precarias condiciones de los servicios médicos en las que ésta se encuentra constituyen una violación al derecho a la salud de sus habitantes “ya que no tienen posibilidades de acceder ellos y sus hijos, en condiciones de igualdad, a los servicios de salud, que los atiendan en cualquier caso y bajo cualquier circunstancia; no obstante de que se trata de un derecho universal, que protege a todo ser humano ... sin que en el caso los

poderes públicos puedan alegar motivos no justificados, como escasez presupuestal, para dejar de cumplir con sus obligaciones constitucionales”.³¹

Como consecuencia de todo lo anterior, el Juez decidió otorgar el amparo a *todos* los quejosos y resolvió que, para proteger los derechos violados a los integrantes de la Comunidad de Mininuma, las autoridades sanitarias debían generar las condiciones que permitan a sus habitantes el acceso a los servicios de salud, garantizando:

- a) Que se proporcionen los elementos necesarios al espacio físico construido por la Comunidad para su buen funcionamiento como Casa de Salud (acondicionamiento, mobiliario y medicamentos adecuados) y asimismo ésta cumpla con la cartera de servicios que le corresponden con base en lo establecido por el MIDAS;
- b) Que los vagones ubicados en Metlatónoc, sean sustituidos por un verdadero Centro de Salud que cuente con las condiciones mínimas establecidas en el MIDAS, lo que implica un inmueble adecuado con los elementos y servicios necesarios para su buen funcionamiento como es infraestructura, personal y medicamentos, sin que las autoridades sanitarias puedan alegar falta de presupuesto pues se trata de un motivo injustificable para cumplir con un imperativo constitucional.

III. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA

Descritos los hechos del caso, así como los elementos fundamentales de la sentencia, a continuación identificaremos algunos de los que consideramos los principales avances y límites de dicho fallo. En los primeros párrafos, haremos referencia a las características positivas de la sentencia sin entrar al fondo de ellas. En un segundo momento realizaremos un análisis crítico sobre las lagunas de la misma, con el objetivo de aportar razonamientos jurídicos que le habrían podido dar mayor fuerza argumentativa en lo que se refiere a la relación entre el derecho a la salud y la no discriminación. Esto último permitirá que en un futuro, frente a casos similares, comunidades, organizaciones y jueces puedan aprovechar dicha argumentación para reivindicar derechos.

³¹ Sentencia 1157//2007-II que resuelve el Juicio de Amparo promovido por la Comunidad de *Mininuma*, Municipio de *Metlatónoc*, Guerrero, México..., *op. cit.*

Dentro de los puntos positivos de esta resolución, es interesante observar, en primer lugar, el efecto generalizado que ésta tuvo para la comunidad. A pesar de que el Juez se ocupa, en las primeras páginas de la sentencia, de explicar y justificar que la protección del amparo es sólo individual, basándose en los principios de parte agraviada y relatividad de las sentencias, el resultado de la resolución termina por tener un *efecto colectivo*, puesto que no sólo beneficia a las y los quejosos de la demanda, sino a las y los 300 habitantes de la comunidad de Mininuma y a los 30 mil habitantes del Municipio de Metlatónoc.³² Sí bien no es el objetivo de este trabajo profundizar en el tema de las garantías colectivas de los derechos, sí interesa subrayar la importancia de seguir profundizando en el debate sobre la necesaria incorporación de instrumentos de protección no individual al ordenamiento jurídico mexicano, o bien la modificación del juicio de amparo en esta dirección.³³

En segundo lugar, interesa destacar que el Juez parte del supuesto según el cual el derecho a la salud es un derecho fundamental que, como todos los demás derechos, implica un conjunto obligaciones específicas exigibles para el Estado. El funcionario judicial realiza un esfuerzo importante por avanzar en la consideración de los derechos sociales como derechos fundamentales. Además, aunque de forma *sui generis*, rescata el principio de interdependencia e indivisibilidad de los derechos al intentar relacionar salud, vida y no discriminación.³⁴ Por ello, hemos defendido en párrafos anteriores que

³² Si bien estos son los datos que arroja el *Censo de población y vivienda de 2000*, el 10 de noviembre de 2002 el Congreso del estado de Guerrero dividió el municipio de Metlatónoc, creando uno nuevo denominado Cochoapa el Grande, que hoy en día está considerado como el municipio más pobre de México y de América Latina. Por ello el censo del INEGI de 2005 reporta que hoy hay 17,398 habitantes en Metlatónoc.

³³ Es importante aquí destacar que el amparo mexicano es una garantía de protección de derechos que se ha quedado rezagada en relación con otros instrumentos que sí reconocen la legitimación colectiva de la parte actora cuando se trata de proteger derechos fundamentales. Este es el caso de las acciones colectivas en Brasil, la acción de tutela en Colombia, la *class action* en Estados Unidos, o el amparo colectivo en Argentina. Al respecto véase GIDI, Antonio, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil; un modelo para países de derecho civil*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, 2004; TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, “*Class action*. Una solución al problema de acceso a la justicia” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, año XX, núm. 58, enero-abril 1987; Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), *Litigio estratégico y derechos humanos. La lucha por el derecho*, México, Siglo XXI.

³⁴ Sobre el derecho a la salud y las obligaciones específicas del Estado en especial cuando se trata de personas, grupos o comunidades vulnerables o que se encuentran en

esta sentencia constituye un avance relevante que rompe con muchos de los prejuicios y mitos que en México giran alrededor de la exigibilidad y justiciabilidad de los derechos sociales y asume una posición garantista. En la sentencia del caso Mininuma los derechos sociales son considerados como normas vinculantes, de las que se desprenden obligaciones concretas para las autoridades y frente a los que no es posible seguir esgrimiendo el argumento de la reserva de lo económicamente posible (falta de recursos).

Sin embargo, también debemos decir que algunos de los párrafos de la sentencia, continúan anclados en la vieja concepción de los derechos sociales como normas programáticas y derechos prestacionales. Se trata por tanto de una resolución que refleja de forma cabal el estado del arte en el que se encuentra actualmente el debate sobre los derechos en México. Por un lado, realizando esfuerzos por construir posiciones más congruentes con la idea de exigibilidad de los DESC y de la Constitución como norma jurídica,³⁵ pero por otro, arrastrando el lastre de anteriores concepciones³⁶ y categorías de los derechos sociales como líneas programáticas y orientaciones no vinculantes para los poderes públicos. Sostiene, por ejemplo, que (con base en los criterios de la Suprema Corte) en el artículo 4º constitucional se encuentra una *norma programática* que contiene un derecho subjetivo.³⁷ En las páginas 50 y 51 de dicha sentencia, encontramos por ejemplo, una mezcla

situación de discriminación, véase ORDÓÑEZ, Jorge, “El derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia. Apuntes para la definición de un contenido esencial de ese derecho en la jurisprudencia mexicana”, en *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*, México, pp. 700 y ss. Véase también ARANGO, Rodolfo, “El concepto de derechos sociales fundamentales” en *Legis*, Bogotá, 2005.

³⁵ El carácter normativo de la Constitución, opuesto al programático, implica, entre otras cosas, que ésta se pueda invocar ante los poderes públicos, especialmente ante el Poder Judicial, para que la apliquen directamente. Sobre el carácter normativo de la Constitución remitimos al trabajo clásico GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1985.

³⁶ También es conveniente hacer mencionar la *forma* como está construida la sentencia. El Juez, siguiendo un patrón arraigado en los tribunales nacionales, comenzó relatando los hechos del caso, con posterioridad fundamentó su resolución copiando íntegras las normas jurídicas aplicables (70 páginas de la sentencia) y finalmente resolvió; sin embargo, faltó mayor profundidad en la argumentación jurídica a través de la cual se relacionaran los hechos con el derecho.

³⁷ Cabe hacer notar que a lo largo de la sentencia el Juez utiliza un conjunto de categorías que en ocasiones son contradictorias. Esta frase es un ejemplo de ello. Decir que una norma es programática supone considerarla sólo como una orientación no vinculante de políticas públicas y programas de gobierno. Decir que es un derecho subjetivo, supone la existencia de obligaciones vinculantes para las autoridades.

de categorías con las que se intenta explicar la naturaleza del derecho a la salud conceptualizándolo al mismo tiempo como garantía individual, garantía social, derecho social, derecho prestacional y derecho fundamental.

Por último, también hay que reconocer la ruptura que el Juez hace frente a la posición de muchos otros operadores jurídicos mexicanos, según la cual los Tratados y Convenios Internacionales sólo son compromisos políticos asumidos en el extranjero que no tienen ningún valor normativo dentro del Derecho interno. En este caso, el Juez, no sólo reconoce que dichos Tratados Internacionales tienen valor y vigencia jurídica dentro de nuestro Derecho interno, sino que incluso se encuentran en una posición de superioridad jurídica frente a Leyes federales y locales. Por tanto, de acuerdo con la posición del Juez, las violaciones a los derechos a la salud y a no sufrir discriminación no sólo derivan del ordenamiento jurídico nacional sino también del internacional.

Como conclusión de estas reflexiones es conveniente decir que el Juez reunió las piezas convenientes para fundamentar el fallo. Quizá lo que hizo falta fue una mayor elaboración argumentativa —motivación de la sentencia— que permitiera demostrar con mayor fuerza la estrecha relación que guarda el principio de igualdad y no discriminación con los derechos sociales, sobre todo cuando se está frente a situaciones obvias de exclusión de grupos y personas que no tienen igual acceso a los derechos, como es el caso de los pueblos indígenas en México. Sobre este tema trataremos de profundizar en el siguiente apartado donde realizaremos el análisis crítico de las lagunas argumentativas de la sentencia en cuestión.

A. Apuntes conceptuales sobre el derecho fundamental a no sufrir discriminación

Como ya se señaló más arriba, a continuación nos centraremos en la relación que existe entre el derecho a la salud y el derecho a no sufrir discriminación. Con base en la teoría del garantismo constitucional, que propugna por la exigibilidad y la interdependencia de todos los derechos (incluyendo los económicos sociales, culturales y ambientales), intentaremos aportar elementos para que futuras resoluciones puedan dictarse con base en una mejor comprensión de lo que significa jurídicamente no sufrir discriminación y así contribuir al fortalecimiento de la exigibilidad de los Derechos Económicos Sociales y Culturales.

Para alcanzar el objetivo señalado, conviene comenzar este apartado precisando algunas categorías teóricas que permiten profundizar en los alcances que en la actualidad tiene el derecho antidiscriminatorio. Durante los últimos años, tanto teóricos como tribunales en todo el mundo y órganos especializados de Naciones Unidas han ido desarrollando un conjunto de categorías relativas a la discriminación que hoy permiten abordar con mayor precisión y rigor las situaciones en las que personas y grupos alegan estar sufriendo discriminación. Gracias a este avance conjunto de académicos, jueces y expertos internacionales, el alcance actual del derecho a no sufrir discriminación es mayor y su contenido mucho más preciso. Aprovecharemos algunas de estas categorías para analizar la resolución de Mininuma.

Las relaciones que se pueden establecer entre el derecho a la salud y el derecho a no sufrir discriminación³⁸ son múltiples. En este apartado sólo habremos de referirnos a dos de ellas. En primer lugar abordaremos los dos grandes mandatos que se desprenden del derecho a no sufrir discriminación y lo relacionaremos con el acceso a la salud de la comunidad de Mininuma.

En segundo lugar nos referiremos a las obligaciones que en materia de derechos sociales son contraídas por los Estados al firmar los Tratados Internacionales. De forma especial nos centraremos en la obligación de no discriminar establecida en el Pacto Internacional de Derechos Económicos sociales y Culturales (PIDESC) y sus observaciones generales, ello en virtud de que es en dicho Pacto en donde se ha desarrollado con mayor precisión el contenido del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

B. Mandatos que se desprenden del derecho a no sufrir discriminación

De acuerdo con los recientes avances de la doctrina más reconocida en la materia, el derecho fundamental a no sufrir discriminación comprende dos mandatos jurídicos, ambos de igual importancia: 1) un mandato de igualdad de trato y; 2) un mandato de igualdad de oportunidades.³⁹

³⁸ Cabe hacer notar que si bien la no discriminación constituye un derecho en sí mismo, en el derecho internacional de los derechos humanos, ésta también se ha concebido como una obligación de efecto inmediato que se desprende de todos los demás derechos.

³⁹ REY MARTÍNEZ, Fernando, “Análisis comparado del derecho antidiscriminatorio en Europa; perspectivas para su implementación en España”, documento de trabajo, p. 17.

El mandato de igualdad de trato, exige a las autoridades⁴⁰ no introducir distinciones normativas —o aplicar de forma desigual las normas— de modo tal que se menoscaben los derechos, especialmente, de aquellas personas que han padecido exclusiones sistemáticas e históricas (mujeres, indígenas, ancianos, personas con discapacidad, etcétera). Este mandato ha sido incluido en Constituciones y Tratados Internacionales con una redacción similar a la del artículo 1° (tercer párrafo) de la Constitución mexicana donde se señala que: “Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana o tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.”

La violación a esta obligación de trato igual puede desprenderse de una disposición legal, criterio, acto o práctica de las autoridades y puede ocurrir de dos formas diferentes: de manera directa o de manera indirecta.

Una *discriminación directa* se produce cuando alguna persona es tratada por una autoridad de forma menos favorable que otra —encontrándose ambas en situación análoga—, basándose en alguno de los rasgos protegidos⁴¹ por la Constitución y los Tratados (género, edad, origen étnico, discapacidad etcétera), provocando con ello el menoscabo de un derecho fundamental. Por ejemplo, una Ley que establezca, expresamente, la imposibilidad de que una persona con discapacidad ejerza un cargo público.

Ahora bien, tanto la teoría, como algunas normas o tribunales en el mundo, han señalado que también pueden existir *discriminaciones indirectas*.⁴² Se trata de aquellas distinciones, establecidas por una disposición, criterio o práctica, que se basen en un criterio aparentemente neutro pero cuyo resultado final, al aplicarlo, ejecutarlo o ponerlo en práctica es la discriminación de alguna persona perteneciente a los grupos históricamente excluidos.⁴³

⁴⁰ El derecho antidiscriminatorio también ha avanzado mucho en relación con las obligaciones que los particulares adquieren frente al mismo; sin embargo, ello no es materia de este trabajo.

⁴¹ También denominados criterios prohibidos o criterios sospechosos.

⁴² Esta noción se originó a partir de dos sentencias dictadas por la Corte Suprema de Estados Unidos: *Griggs vs. Duke Power CO* y *Dothard vs. Rowlinson*, aunque su desarrollo jurídico ha sido mayormente realizado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

⁴³ Una norma que interesa especialmente a este estudio, por regular cuestiones relativas a la discriminación indirecta por origen racial o étnico, es la Directiva 2000/43/CE del Consejo de la Unión Europea, de 29 de junio de 2000. En su artículo 2.2Ab establece

Por ejemplo, una norma que establezca que para acceder a un puesto de maestro(a) de preparatoria se deba contar con una estatura mínima de 1.60 metros. Aquí estamos frente a un criterio, aparentemente neutro, pero que en México excluiría de la posibilidad de trabajar en dichas escuelas a un número considerable de mujeres, o de integrantes de comunidades indígenas, quienes son los que podrían llegar a tener una talla menor a la señalada.⁴⁴ Hemos querido referirnos a esta segunda forma de discriminación, porque en el caso de Mininuma, el criterio establecido en el MIDAS, podría implicar una *discriminación legal indirecta* hacia comunidades indígenas. Hay que recordar que dicho instrumento establece que sólo puede haber centros de salud en aquellas comunidades donde vivan más de 2500 personas y que estén a más de 15 kilómetros a la redonda o 30 minutos de recorrido. Este criterio aparentemente neutro, basado en una supuesta racionalidad de distribución, podría en realidad implicar una discriminación indirecta hacia comunidades indígenas,⁴⁵ que además de todo, como lo analizaremos en el

que "...existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios." Esta directiva es obligatoria para los países de la Unión Europea, los cuales deben incorporarla en su legislación interna. Así lo ha hecho el legislador español al incorporar esta categoría en el artículo 28.1 de la ley 62/2003 donde se establece que "A los efectos de este capítulo se entenderá por: a) Principio de igualdad de trato: la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por razón del origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona... c) Discriminación indirecta: cuando una disposición legal o reglamentaria, una cláusula convencional o contractual, un pacto individual o una decisión unilateral, aparentemente neutros, puedan ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, siempre que objetivamente no respondan a una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad no sean adecuados y necesarios". Asimismo el Parlamento Belga de la comunidad francesa incorporó la noción de discriminación indirecta en el artículo 3.5 del Decreto relativo a la lucha contra ciertas formas de discriminación entre hombres y mujeres en materia de economía empleo y formación profesional.

⁴⁴ La Corte Suprema de Justicia en Argentina resolvió en 1984 un amparo a favor del Sr. Gabriel D. Arenzón quien impugnó la resolución 957/81 del Ministerio de Educación donde se establecía que personas con talla menor a 1,60 m no podían impartir clases. Arenzón, Gabriel D. c/ Gobierno Nacional s/ Acción de Amparo, 15 de mayo de 1984.

⁴⁵ Al observar los datos presentados por el PNUD se descubre que una gran parte de las comunidades en el país, con menos de 3000 habitantes, son indígenas. De acuerdo con dichos datos, los estados de la República mexicana que presentan un mayor número

siguiente inciso, son las que deberían gozar de una especial protección en virtud del mandato de igualdad de oportunidades.

Frente a esta situación y tomando en cuenta que los quejosos en la demanda alegaron la violación del artículo 1º constitucional, que como ya se señaló consagra el derecho a no sufrir discriminación, el Juez pudo utilizar los criterios de racionalidad y proporcionalidad que se han desarrollado en materia de discriminación para valorar la distinciones de trato. Dichos criterios habrían permitido evaluar con mayor objetividad la constitucionalidad del criterio de distribución geográfica de hospitales establecido por el MIDAS. Por razones de espacio no podemos en este artículo profundizar en las diversas modalidades de criterios desarrolladas en otras latitudes; sin embargo, a partir de un caso resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 1968, sobre el régimen Lingüístico en Bélgica, se sentó un precedente en Europa según el cual debe existir una justificación objetiva y razonable para que una diferencia de trato pueda ser considerada válida legalmente. A partir de ahí ha habido un enorme desarrollo jurisprudencial en todo el mundo⁴⁶ que ha afinado dichos criterios y que a muy grandes rasgos pueden resumirse en que una diferencia de trato está justificada: a) si persigue una finalidad legítima (que sea constitucionalmente válida) y; b) si los medios para realizar el fin son apropiados, necesarios y proporcionales.

Para probar lo anterior ante Tribunales, sería necesario construir los indicadores necesarios que permitieran demostrar, por ejemplo, que las comunidades en Guerrero con menos de 3000 habitantes, con centros de salud a más de 15 kilómetros a la redonda y a 30 minutos de recorrido, son en su mayoría indígenas.

de localidades con una población menor a 2,500 habitantes, son: Veracruz, Chiapas, Chihuahua, Jalisco, Oaxaca, Michoacán, Guanajuato, Tamaulipas, Sonora y Guerrero. Paralelamente, los diez estados con mayor concentración de población indígena son: Oaxaca, Chiapas, Veracruz, Yucatán, Puebla, Estado de México, Hidalgo, Guerrero, San Luis Potosí y Querétaro. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Informe sobre Desarrollo Humano-México 2004*, op. cit., pp. 2, 54-61 y 93.

⁴⁶ A partir de entonces cada tribunal ha ido ajustando dicho criterio a las necesidades de su propio sistema jurídico. En Estados Unidos la indagación que realiza la Suprema Corte por una *reasonable basis* tiene un objetivo similar a la regla de *ragionevolezza* establecida por el Tribunal Constitucional italiano o al criterio de la razonabilidad de las diferencias normativas establecido por el Tribunal Constitucional español. Sobre esto véase GUTIÉRREZ, Rodrigo, RIVERA, Aline, VELA, Mario *et al.*, “La exigibilidad de los derechos sociales en México una lucha necesaria en el marco de la desigualdad y la exclusión”, en *Desigualdad y exclusión en México*, México, UNAM (en prensa).

En segundo lugar, retomando la clasificación establecida al inicio del apartado, el derecho a no sufrir discriminación también impone a los poderes públicos un mandato de igualdad de oportunidades (o de acciones positivas o afirmativas). Con base en él, las autoridades quedan obligadas a promover tratos jurídicos diferentes, en favor de las personas y grupos que han sufrido exclusiones históricas y sistemáticas. El objetivo de este tipo de mandatos es eliminar los prejuicios y obstáculos que impiden a dichas personas y colectivos ejercer sus derechos. En este segundo sentido, el Estado asume la obligación de erradicar las prácticas discriminatorias existentes,⁴⁷ y compensar a quienes en una sociedad han sido colocados en situación de vulnerabilidad. Es importante subrayar que este segundo supuesto (igualdad de oportunidades) no es una excepción del primero (igualdad de trato). Como lo ha destacado Rey Martínez "...la igualdad de trato reclama, como complemento, esa igualdad de oportunidades. Igualdad de trato y de oportunidades son dos caras de una misma moneda y no una regla y su excepción".⁴⁸ El estrecho vínculo que en los hechos existe entre discriminación y ausencia de oportunidades, obliga a entender estos dos supuestos de forma casi inseparable.

Este mandato de igualdad de oportunidades ha sido también incluido en la Constitución mexicana, en el artículo 2º (Apartado B)⁴⁹ del cual se despren-

⁴⁷ COURTIS, Christian, "Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación", Comisión Internacional de Juristas, Ginebra, 2008, documento de trabajo.

⁴⁸ REY MARTÍNEZ, Fernando, *Análisis comparado del derecho antidiscriminatorio en Europa*, op. cit., p. 23.

⁴⁹ Este artículo señala:

"La Federación, los estados y los municipios, para promover la *igualdad de oportunidades* de los indígenas y eliminar cualquier practica discriminatoria, establecerán las instituciones y determinaran las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades, las cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con ellos.

Para abatir las carencias y rezagos que afectan a los pueblos y comunidades indígenas, dichas autoridades, tienen la obligación de:

I. Impulsar el desarrollo regional de las zonas indígenas con el propósito de fortalecer las economías locales y mejorar las condiciones de vida de sus pueblos, mediante acciones coordinadas entre los tres órdenes de gobierno, con la participación de las comunidades. Las autoridades municipales determinaran equitativamente las asignaciones presupuestales que las comunidades administraran directamente para fines específicos.

(...)

III. Asegurar el acceso efectivo a los servicios de salud mediante la ampliación de la cobertura del sistema nacional, aprovechando debidamente la medicina

den obligaciones positivas hacia los poderes públicos. En este supuesto el Estado asume la obligación de crear Leyes, realizar actos e impulsar políticas para combatir la discriminación que se produce en los hechos. En caso de no hacerlo, el derecho a no sufrir discriminación puede ser violado por *omisión*.⁵⁰ Como lo ha señalado Courtis “La discriminación también puede manifestarse por omisión, y no sólo por acción. Ello ocurre cuando existe una obligación positiva incumplida motivada por una distinción prohibida, o que tiene efecto diferencial sobre un grupo protegido por normas anti-discriminatorias. Si la obligación es una obligación de regular, la omisión constituirá un ejemplo de discriminación normativa. Si la obligación es una obligación de cumplir con una conducta impuesta normativamente, la omisión constituirá un ejemplo de discriminación en la aplicación”.⁵¹

Lo anterior es muy relevante para el caso que aquí analizamos puesto que las autoridades sanitarias en Guerrero incurrieron en omisiones frente a derechos expresamente reconocidos en el más alto nivel del ordenamiento jurídico mexicano, como lo son la Constitución y los Tratados Internacionales. Como lo hemos señalado en párrafos anteriores, la Constitución mexicana, en el artículo 2° B, establece con toda claridad obligaciones positivas y vinculantes dirigidas a combatir la discriminación que sufren los pueblos

tradicional, así como apoyar la nutrición de los indígenas mediante programas de alimentación, en especial para la población infantil.

IV. Mejorar las condiciones de las comunidades indígenas y de sus espacios para la convivencia y recreación, mediante acciones que faciliten el acceso al financiamiento público y privado para la construcción y mejoramiento de vivienda, así como ampliar la cobertura de los servicios sociales básicos.

V. Propiciar la incorporación de las mujeres indígenas al desarrollo, mediante el apoyo a los proyectos productivos, la protección de su salud, el otorgamiento de estímulos para favorecer su educación y su participación en la toma de decisiones relacionadas con la vida comunitaria.” (las cursivas son nuestras).

⁵⁰ Sobre este punto debemos hacer énfasis en que, como lo han señalado diversos autores, “el juez constitucional debe dar una especial protección [a las poblaciones potencialmente discriminadas] porque por sus condiciones sociales o enfermedades que padecen, pueden sufrir discriminaciones sociales...Esta propuesta estimula el diálogo creativo entre el juez constitucional y las autoridades políticas en el desarrollo progresivo de los derechos sociales, y lo racionaliza al exigir una justificación especial de las *omisiones*”. BOCANMENT, Mauricio, “Efectos del control constitucional en la macroeconomía. Estudio de caso: El sistema pensional colombiano”, en RESTREPO, Olga (edit.), *Investigación jurídica y sociojurídica en Colombia: Resultados y avances en investigación*, Medellín, Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, p. 167. (las cursivas son nuestras).

⁵¹ COURTIS, Christian, *Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación*, op. cit., p. 5..

indígenas, haciendo especial énfasis en el tema de salud referido en las fracciones III y V. Igualmente la Observación general n° 14 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Comité DESC) señala en su párrafo 12.b. I y II que este derecho abarca elementos como la no discriminación, lo cual implica que “los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos” e igualmente que la accesibilidad física implica que “los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados, como las minorías étnicas y poblaciones indígenas (...)”.

El Juez Séptimo de Distrito en el estado de Guerrero pudo haber argumentado que las autoridades responsables estaban incurriendo, por omisión, en la violación del derecho de los quejosos a no sufrir discriminación en relación con el derecho a la salud. No se debe olvidar que la prohibición de discriminación es una norma instrumental o adjetiva, es decir, que lo que prohíbe es distinguir perjudicialmente respecto de algo y en relación con otras personas o colectivos; en este caso respecto al acceso a la salud de los pueblos indígenas cuya situación frente a otros colectivos, como se demostró en la demanda,⁵² es muy inferior.

Al no llevar a cabo las acciones necesarias para que las personas en Mininuma pudieran tener acceso a un centro donde se brindaran servicios médicos y existiera un cuadro básico de medicinas, las autoridades estaban incurriendo, por omisión, en la violación del mandato de igualdad de oportunidades desprendido del derecho a no sufrir discriminación en el acceso a la salud.

Antes de finalizar estas primeras reflexiones sobre no discriminación y con el objetivo de comprender mejor el caso Mininuma, es importante también referirnos a la categoría *discriminación sistémica*, que permite explicar con mayor precisión la complejidad del fenómeno discriminatorio. Esta categoría alude a aquellas formas involuntarias e incluso inconscientes de reproducir tratos diferenciados, no justificados, contra ciertas personas o grupos en particular. Cuando se iniciaron a nivel mundial los primeros debates sobre discriminación, y comenzaron a redactarse las primeras normas relativas el tema, el énfasis del problema se colocó en la intención o pro-

⁵² Como ya se señaló en párrafos anteriores de este trabajo, en la demanda de amparo los quejosos destacaron que la falta de acceso a la salud en la comunidad de Mininuma es una de las causas de mortalidad materna e infantil con los índices más elevados del país.

pósito de discriminar de ciertas personas o grupos sobre otros; es decir, el foco de atención se dirigió sobre el componente subjetivo de la conducta de quienes discriminaban. En la actualidad, ha comenzado a revisarse dicha concepción⁵³ puesto que cada vez es más claro que, en muchas ocasiones, las conductas discriminatorias no son conscientes, sino que son producto de la reproducción social de prejuicios y estereotipos. Por tanto, muchos de los análisis contemporáneos sobre el problema han trasladado el énfasis hacia los factores objetivos de la discriminación como pueden ser los impactos o resultados de dichas prácticas. Al colocar el acento en las estructuras de los sistemas, y no en la intención de los sujetos, es posible comprender mejor las desigualdades económicas aparentemente inexplicables y permanentes entre grupos, o la desigualdad constante de ciertos colectivos en el ejercicio de derechos, como es el caso de las comunidades indígenas en México.⁵⁴

C. Obligaciones del Estado derivadas del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales en materia de no discriminación

Como se señaló en el párrafo introductorio de este apartado, una segunda cuestión importante que conviene aquí abordar es la relación entre el derecho a la salud y la obligación de no discriminar establecida en el Derecho Internacional de los derechos humanos.

Conviene comenzar diciendo que diversos instrumentos internacionales contienen una cláusula antidiscriminatoria y el reconocimiento del derecho a la salud. Como lo destaca el Juez en la sentencia que analizamos, México ha firmado un gran número de dichos instrumentos.⁵⁵ Sin embargo, por ser el PIDESC⁵⁶ el que desarrolla con mayor amplitud los Derechos Económicos

⁵³ Por ejemplo en la Ley canadiense sobre los derechos de la persona, en el apartado relativo a la discriminación, ya se incorpora el concepto de discriminación sistémica.

⁵⁴ COURTIS, Christian, *Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación...*, op. cit., p. 6.

⁵⁵ Destacan entre ellos: La Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965); la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979); la Convención de los derechos de los niños y las niñas (1989); el Convenio 169 de la OIT (1989). Y a nivel regional: la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicarla violencia contra la mujer (1994); la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad (1999) y su protocolo facultativo.

⁵⁶ El Pacto fue ratificado por el Senado de la República el 18 de diciembre de 1980 y fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de mayo de 1981, entrando en vigor el 23 de marzo de 1981.

Sociales y Culturales, nos centraremos en él y en la interpretación que el Comité DESC ha hecho del mismo.

En primer lugar hay que recordar que al firmar dicho Pacto, los Estados adquieren una serie de obligaciones específicas en materia de derechos sociales. Para comprender dichas obligaciones conviene enunciar el artículo 2 del PIDESC según el cual:

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga para lograr progresivamente por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.
2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, *sin discriminación alguna* por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.⁵⁷

De la redacción anterior, lo primero que interesa destacar es la interpretación que ha realizado el Comité DESC⁵⁸ a través de la Observación General 3 (OG 3)⁵⁹ sobre el carácter inmediato de la obligación de no discriminar. En el párrafo 1° de dicha observación se establece que “...aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, *también impone varias obligaciones con efecto inmediato*. De éstas, dos resultan particularmente importantes para comprender la índole exacta de las obligaciones contraídas por los Estados Partes. Una de ellas...consiste en que los Estados se comprometan a garantizar que los derechos pertinentes se ejercerán sin discriminación”.⁶⁰ Como puede observarse, el Comité subraya que frente a todos los derechos incluidos en el PIDESC, una de las principales obligaciones es la de garantizarlos sin ningún tipo de discriminación.

Lo anterior ha sido reforzado por el Comité en las Observaciones Generales (OG) relativas a los derechos de: vivienda adecuada (OG 4);

⁵⁷ Las cursivas son nuestras.

⁵⁸ Este Comité es el Órgano de Naciones Unidas facultado para interpretar las disposiciones del PIDESC. Fue establecido en 1985 a través de la resolución del ECOSOC 1985/17 del 28 de mayo de 1985.

⁵⁹ U.N. Doc. E/1991/23 (1990).

⁶⁰ Las cursivas son nuestras.

personas con discapacidad (OG 5); personas mayores (OG 6); alimentación adecuada (OG 12); educación (OG 13); agua (OG 15); igualdad entre mujeres y hombres en el disfrute de los DESC (OG 16) y disfrute del más alto nivel posible de salud (14).

Para los efectos de este trabajo nos interesa especialmente esta última OG donde se refuerza la estrecha relación entre el derecho a la salud y la obligación de no discriminar que adquieren los Estados frente al PIDESC. De los múltiples párrafos en los que se determina lo anterior, conviene destacar sobre todo los párrafos 19 y 43 que establecen respectivamente:

19. En cuanto al derecho a la salud, es preciso hacer hincapié en la igualdad de acceso a la atención de la salud y a los servicios de salud. Los Estados tienen la obligación especial de proporcionar seguro médico y los centros de atención de la salud necesarios a quienes carezcan de medios suficientes, y, al garantizar la atención de la salud y proporcionar servicios de salud, impedir toda discriminación basada en motivos internacionalmente prohibidos, en especial por lo que respecta a las obligaciones fundamentales del derecho a la salud. Una asignación inadecuada de recursos para la salud puede dar lugar a una *discriminación que tal vez no sea manifiesta...*⁶¹ (...)”

43. En la Observación General no. 3 el Comité confirma que los Estados partes tienen la obligación fundamental de asegurar como mínimo la satisfacción de niveles esenciales de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto, incluida la atención primaria básica de la salud... Por consiguiente el Comité considera que entre esas obligaciones básicas figuran, como mínimo, las siguientes: a) Garantizar el derecho de acceso a los centros bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados;...

De los párrafos anteriores interesa destacar dos elementos relevantes para el caso aquí analizado. Por un lado la *obligación de actuación inmediata*, que asumen los Estados al firmar el PIDESC, cuando lo que esté en juego es la discriminación de algún grupo de la población en el disfrute o ejercicio de un derecho fundamental. En el caso Mininuma, el Juez podría haber subrayado la obligación del Estado mexicano de resolver, sin excusa ni dilación, la falta de acceso a la salud de la Comunidad. En segundo lugar, nos interesa hacer referencia al principio *pro debilis* —hoy cada día más presente en el

⁶¹ Las cursivas son nuestras. El objetivo de las mismas es subrayar, que como hemos venido señalando, el criterio de asignación de recursos para el establecimiento de centros de salud previsto en el MIDAS parece ser inadecuado por dar lugar a una discriminación no manifiesta (indirecta).

Derecho Internacional y la teoría de los derechos humanos— según el cual los Estados firmantes de los Pactos quedan obligados a dar atención prioritaria a los grupos que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad y marginación. Ello implica identificar a dichos grupos para la implementación de las medidas correspondientes, ya que existe una “...generalizada ausencia de consideración de las particularidades del grupo al momento de adoptarse normas o políticas de alcance general”.⁶² En el caso que analizamos, el Estado mexicano, en lugar de continuar aplicando el MIDAS sin basarse en un criterio razonable, debe construir el programa adecuado para asegurar el acceso a la salud de las personas, comunidades y grupos que sufren con mayor intensidad la discriminación en México.⁶³

Por lo que toca al ámbito regional, conviene recordar que existen diversos instrumentos de derechos humanos, firmados y ratificados por México, que relacionan los derechos entre sí y de los cuales también se derivan obligaciones para los Estados. Por razones de espacio, nos resulta imposible aludir a todos ellos y a la aplicación que la Corte Interamericana de derechos humanos ha hecho de los mismos. Valga como ejemplo la sentencia de dicha Corte sobre el caso *Yakye Axa* que, aunque se centró en el debate sobre los derechos a la tierra, a la vida y a la protección judicial, también abordó el tema del derecho a la salud en comunidades indígenas de Paraguay y por tanto tiene relevancia para el caso que aquí analizamos.

En dicha resolución, la Corte considera que el derecho a la vida no sólo comprende el derecho de todo ser humano a no ser privado de la misma, “sino a que no se generen condiciones que le impidan o dificulten el acceso a una existencia digna”. En relación con ello, el Tribunal estableció en el punto 162 de la sentencia que “Una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. En este sentido, el Estado *tiene el deber de adoptar medidas* positivas, concretas y orientadas a la satisfacción

⁶² COURTIS, Christian, *Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación...*, op. cit., p. 2.

⁶³ Sobre este punto es interesante hacer referencia al caso *Grootboom* resuelto por la Corte Constitucional sudafricana. En esta sentencia el Tribunal exigió a la autoridad administrativa crear un programa especial en materia de vivienda para las personas que no tenían acceso ni a ésta ni a la tierra, así como para aquellas que vivían en condiciones intolerables o en situación de crisis. Ver, *Government of Republic of South Africa & Ors vs Grootboom and Ors. Case CCT 11/00*.

del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de *vulnerabilidad y riesgo*, cuya atención se vuelve prioritaria.⁶⁴

Esta sentencia sólo viene a reforzar lo que ya hemos señalado en reflexiones anteriores. El hecho de que en México la mayoría de las personas pertenecientes a una Comunidad indígena sufran de pobreza extrema producto de una discriminación sistémica exige, aún con mayor urgencia, que el Estado mexicano genere medidas que permitan a dichas personas acceder a una vida digna.

Consideramos que la sentencia del caso Mininuma habría sido más contundente si el Juez, en lugar de sólo enunciar todo el conjunto de instrumentos jurídicos nacionales e internacionales relacionados con el caso, se hubiera concentrado en desarrollar una argumentación basada en algunas de las líneas que aquí hemos sugerido o en alguna otra que puede desprenderse de la relación entre derechos sociales y no discriminación.

IV. EL CASO MININUMA COMO LITIGIO ESTRATÉGICO

Antes de finalizar este trabajo es importante resaltar que la obtención de una sentencia que protege el derecho a la salud de la comunidad se debió a todo un largo y complejo trabajo de organización comunitaria, de vinculación con organizaciones y redes de la sociedad civil, de presión política sobre las distintas instancias estatales así como de difusión de la problemática a través de los distintos medios de comunicación. De no haberse construido con base en todo lo anterior, este caso probablemente no habría podido obtener los logros señalados. Mininuma constituye un esfuerzo de defensa integral y estratégica a través del cual fue posible vencer los obstáculos culturales, políticos y jurídicos que deben enfrentar los grupos que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad y discriminación. Por ello, es también importante resaltar la naturaleza estratégica de este litigio.

Al caracterizar a Mininuma como un litigio estratégico, queremos decir que forma parte de aquellos casos en los que el proceso judicial se utiliza como un instrumento más que permite a personas, grupos y comunidades acceder a determinadas necesidades y bienes tutelados por los derechos que les han sido sistemáticamente negados. Debemos resaltar que el proceso ante tribunales sólo constituye una parte del litigio estratégico, el cual

⁶⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad de *Yakye Axa* vs. Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005. (las cursivas son nuestras).

está conformado por un conjunto de acciones elegidas por las personas o grupos para hacer visible su problemática, fortalecer su posición y legitimar su lucha. Por tanto, el litigio estratégico se caracteriza, generalmente, por la articulación de una organización social paralela al proceso judicial que permite generar incidencia en la decisión que emitirá el Juez y sobre todo que tiene el objetivo de lograr alguna *transformación* de las estructuras jurídicas, políticas y sociales existentes a favor de los grupos más desaventajados.⁶⁵

Conviene resaltar que lo más importante en un litigio estratégico, más allá de obtener una sentencia favorable, es el impacto que el caso pueda tener en la opinión pública y las consecuencias que se puedan desencadenar a partir de él. Así, un litigio estratégico puede tener objetivos diversos, todos ellos encaminados a la transformación y mejora de las condiciones de vida de las personas y comunidades: la aplicación efectiva de las normas, la reivindicación de derechos existentes, el reconocimiento de un nuevo derecho, el perfeccionamiento o creación de mecanismos de protección de derechos, la visibilización de la violación sistemática de derechos fundamentales, una reforma legislativa, la creación de programas y políticas públicas, etcétera.⁶⁶

Por tanto, estos procesos implican, además de prácticas jurídicas, alianzas y estrategias políticas y sociales que deben necesariamente articularse para la lucha por los derechos en cuestión. Como lo ha señalado el CELS, se trata de “plantear conflictos públicos en el ámbito judicial, introducir temas en la agenda del debate social, cuestionar los procesos de definición, los contenidos, sus potenciales impactos sociales y la implementación de políticas de Estado”⁶⁷ que por su importancia, conviene que tengan eco y respuesta al interior del Poder Judicial.

En este sentido, el caso Mininuma constituye un ejemplo de litigio estratégico, cuyo éxito dependió en importante medida de la organización y movilización que la comunidad Na'savi mixteca emprendió desde 2003 para evidenciar la grave problemática de acceso a los servicios básicos que

⁶⁵ Para profundizar en el debate sobre las características y alcances de los litigios estratégicos en derecho humanos, ver Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), *Litigio estratégico y derechos humanos. La lucha por el derecho...op. cit.*, pp. 14 y ss. Véase también Oficina del Alto Comisariado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (HCHR), *El litigio estratégico en México: la aplicación de los derechos humanos a nivel práctico. Experiencias de la sociedad civil*, México, HCHR, 2007.

⁶⁶ Para la precisión de estas categorías fue fundamental el debate que se sostuvo con Carmen Herrera en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM en el Seminario de Derechos Humanos que se llevó a cabo el 19 de febrero de 2009.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 25.

sufre su pueblo y que culminó con el juicio de amparo en 2007. Al reivindicar en ese juicio el derecho a la salud, las y los actores no sólo obtuvieron una sentencia favorable, sino que lograron que se sentara un precedente en materia de derechos sociales que ayuda a desmitificar muchos de los obstáculos que son esgrimidos comúnmente por los operadores jurídicos, al evidenciar que este tipo de derechos son justiciables. De igual forma, como ya se explicó más arriba, a pesar de que en nuestro país el juicio de amparo aún no puede ser interpuesto en defensa de intereses colectivos, el fallo del Juez de Distrito tuvo un efecto generalizado con consecuencias para todas las personas pertenecientes a la comunidad Mininuma y al Municipio de Metlatónoc lo cual nos permite visualizar futuras demandas de amparo con una posible incidencia colectiva, generando con ello un avance contra el paradigma predominante sobre los derechos sociales en México.

No obstante este panorama positivo, debemos también hacer mención de algunos de los diversos obstáculos que deben ser sorteados por las y los actores de un litigio estratégico. En primer lugar, debemos decir que las trabas pueden presentarse a todos los niveles: ya sea en el ámbito estatal, federal o internacional; sobre todo cuando se trata de casos relativos a la protección de derechos sociales, sobre los cuales, como ya lo señalamos en las primeras páginas de este trabajo, existen invariablemente mayores dificultades de índole teórico y práctico que deben ser sobrepasadas.⁶⁸

De igual forma, otra de las dificultades es la relativa a las limitaciones que el propio Poder Judicial ha construido en materia de derechos sociales a través de sus precedentes, que lejos de fomentar el uso del Derecho para hacerlos efectivos, restringe las posibilidades de protección por las vías jurídicas tradicionales.

Las reservas que los jueces suelen tener cuando se trata de casos que pueden implicar una transformación en las estructuras predominantes, y que por tanto tendrán trascendencia nacional, son evidentes, basta ver el reducido número de jurisprudencias emitidas en materia de derechos sociales. Los jueces suelen posponer este tipo de discusiones para no tener que enfrentarse con otros poderes y actores estatales o, simplemente la discusión permanece limitada por el desconocimiento que existe sobre el tema (sobre todo cuando se trata de la aplicación del Derecho Internacional de

⁶⁸ Ver PISARELLO, Gerardo, “Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático”, en *Boletín mexicano de derecho comparado*, núm. 92, nueva serie, año XXXI, México, mayo-agosto 1998.

los derechos humanos).⁶⁹ De ahí la importancia del debate que se produjo al interior del Poder Judicial sobre el caso Mininuma.

Otro obstáculo que debe ser advertido al iniciar un litigio estratégico es el que se refiere a los efectos de la sentencia. Cuando a través de ésta se niega la tutela de los derechos, se corre el riesgo de que el caso desaparezca del debate nacional o de que se establezcan precedentes negativos para casos posteriores. Aunque, conviene recordar que, aún perdiendo el caso, también se pueden obtener impactos positivos y de visibilización en la opinión pública, sobre todo cuando existe un alto grado de movilización y de organización social.

Cuando la sentencia es positiva para los demandantes, también se suelen enfrentar obstáculos para la plena ejecución de la misma. En el proceso Mininuma, a pesar de que la sentencia se emitió el 11 de julio de 2008, todavía hoy (mayo de 2009) el derecho a la salud de los indígenas de dicha comunidad continúa siendo violado, ya que las autoridades responsables han ido cumpliendo de forma muy lenta y limitada con la sentencia y por tanto, las condiciones del centro de salud del poblado siguen siendo precarias. Sobre esto último conviene decir que el incumplimiento de una sentencia que protege derechos, implica una mayor gravedad en la violación de los mismos. Ello, debido a tres razones: en primer lugar porque existe un reconocimiento expreso por parte del Estado de dicha vulneración; en segundo, porque las autoridades competentes no atienden a dicho mandato de reparación del daño; y en tercer lugar, porque esta situación, deja a las víctimas en un absoluto estado de indefensión y las orilla a buscar otras vías para reivindicar sus derechos.⁷⁰

La persistencia de dichas condiciones, evidencia que el gobierno estatal no ha cumplido, por lo menos, con los estándares mínimos nacionales e internacionales en materia de salud. Frente a esta situación de incumplimiento, la movilización de la sociedad civil organizada sigue dando seguimiento al caso y pugnando por la efectiva ejecución de la sentencia, con lo cual

⁶⁹ Ver ABRAMOVICH, Víctor y C. COURTIS, "Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales" en ABREGÚ, Martín y C. COURTIS, (comps.) *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto-CELS, 1997.

⁷⁰ RIVERA, Aline, *La resistencia a la opresión: un derecho fundamental*, San Luis Potosí México, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí-Comisión Estatal de Derechos Humanos de San Luis Potosí-Centro de Estudios Jurídicos y Sociales P. Enrique Gutiérrez, 2009.

debemos admitir que el hecho de que una sentencia pueda ser favorable para resolver una problemática, no garantiza que la violación del derecho en cuestión será automáticamente interrumpida y que a partir de la sentencia, el bien jurídico tutelado por dicho derecho será restituido inmediatamente a los afectados. Este es un obstáculo que debe ser incluido dentro de la agenda y las prioridades a resolver en el sistema judicial, ya que, además de que resulta evidentemente ilógico que la declaración de violación a un derecho continúe teniendo consecuencias, es necesario hacer énfasis en que, tratándose de derechos que tutelan necesidades tan importantes como la salud, están en juego la vida y la dignidad de las personas. Por ello es necesario hacer efectivas las sanciones a las autoridades que, en incumplimiento de una sentencia, continúen violando un derecho fundamental.

Sin embargo, debemos insistir en que, a pesar de las posibles limitaciones que deban enfrentar las y los actores de un litigio estratégico, esta herramienta tiene potencial para la transformación jurídica, política y social. La experiencia de la Comunidad de Mininuma y de otros casos en otras latitudes⁷¹ nos muestran que los efectos de este tipo de litigios pueden tener incidencia en el desarrollo de las instituciones y mecanismos de protección de derechos, así como en la corrección de lagunas jurídicas.

Así, retomando las palabras de Uprimny y García Villegas, “[...] si bien la producción del Derecho con fines de legitimación ha sido una estrategia más o menos fructífera de dominación social, es también un arma de doble filo en cuanto que eventualmente, los símbolos de cambio social y de protección de derechos que ella encarna pueden ser apropiados para movimientos sociales, por individuos o incluso por instituciones del Estado y de manera particular por jueces, que se toman el Derecho en serio y lo utilizan como un instrumento de resistencia o de emancipación contra el poder hegemónico”.⁷²

No podemos olvidar que lamentablemente la situación de discriminación, pobreza, exclusión, opresión y marginalidad en la que se encuentra la comu-

⁷¹ Para el caso Argentino ver las experiencias recopiladas en Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), *Litigio estratégico y derechos humanos. La lucha por el derecho...*, op. cit., sobre el caso colombiano ver GARCÍA-VILLEGAS, Mauricio y R. UPRIMNY, “Corte Constitucional en Colombia” en DE SOUSA, Boaventura (coord.), *Democratizar la democracia...* op. cit. Para algunos ejemplos del uso alternativo del derecho en Brasil, España e Italia ver SOUZA, Ma. de Lourdes, *El uso alternativo del Derecho. Génesis y evolución en Italia, España y Brasil*, Col. Teoría y Justicia, Bogotá, ILSA-Universidad Nacional de Colombia, 2001.

⁷² GARCÍA-VILLEGAS, Mauricio y UPRIMNY, Rodrigo, “Corte Constitucional en Colombia” en DE SOUSA, Boaventura (coord.), *Democratizar la democracia...*, op. cit., p. 260.

nidad Mininuma se repite a lo largo del país, por lo que el debate sobre la reivindicación colectiva de derechos y el ejercicio del derecho de resistencia con este fin,⁷³ aún está comenzando, por lo que debemos pugnar para que la vía judicial comience a aparecer en el repertorio de alternativas plausibles de protección efectiva de derechos y sobre todo, para combatir con urgencia las situaciones de pobreza y discriminación que sufren millones de personas en nuestro país.

⁷³ Sobre este tema ver RIVERA, Aline, *La resistencia a la opresión...*, *op. cit.*