

**ESTUDIOS JURÍDICOS; CONCEPTUALIZACIÓN
Y APLICACIÓN**

EDITORES

Francisca Silva Hernández
Germán Martínez Prats

ESTUDIOS JURÍDICOS; CONCEPTUALIZACIÓN Y APLICACIÓN

EDITORES

Francisca Silva Hernández

Germán Martínez Prats

Fundación Tecnológica Autónoma del Pacífico

2023 ©

TÍTULO ORIGINAL

ESTUDIOS JURÍDICOS; CONCEPTUALIZACIÓN Y APLICACIÓN

EDITORES

Francisca Silva Hernández
Germán Martínez Prats

COMITÉ EDITORIAL

Mijael Altamirano Santiago
Candelaria Guzmán Fernández
Tomás Francisco Morales Cárdenas
Cristel De Carmen Plata Domínguez
Liliana Guadalupe Raymundo López
Luis Otilio Díaz López
José Alfredo Gil Alipi
Beatriz Llamas Arechiga
Francisco Espinoza Morales
Silvia London
Angelica María Rascón Larios
Elizabeth García Moreno
Carlos Mauricio Tosca Vidal

COLABORADORES

Representación literaria:

Fundación Tecnológica Autónoma del Pacífico

Coordinación editorial:

Rafael Ricardo Rentería

Empresa de diseño:

HANTIK GROUP

Diseño y diagramación:

Ludwing Andrey Ramos Medina

Reservados todos los derechos.

Ninguna parte de esta publicación puede ser reproducida, distribuida o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio, incluidas fotocopias, grabaciones u otros métodos electrónicos o mecánicos, sin el permiso previo por escrito del editorial, excepto en el caso de citas breves incorporadas en reseñas críticas y ciertos otros usos no comerciales permitidos por la ley de derechos de autor.

Los trabajos del presente libro fueron evaluados bajo la modalidad de doble par ciego.

+57 320 459 67 86

gestioneditorial.1@gmail.com

www.sitioweb.com

ISBN: 978-628-95642-0-4

1ª edición

2023-03-24

Cali, Colombia

Copyright 2023 ©

CONTENIDO

CAPÍTULO 1

ESCENARIOS DE MALTRATO ENTRE MUJERES (WOLLYING)

PLACES OF WOLLYING9

CAPÍTULO 2

LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN LA PENSIÓN RETRIBUTIVA

RESTORATIVE JUSTICE IN RETRIBUTIVE PENSION.....23

CAPÍTULO 3

BUENA FE EN EL DERECHO DE FAMILIA

GOOD FAITH IN FAMILY LAW29

CAPÍTULO 4

VIVIENDA Y POLÍTICAS PÚBLICAS: UNA VISIÓN DESDE LOS DERECHOS HUMANOS

HOUSING AND PUBLIC POLICIES: A VISION FROM HUMAN RIGHTS37

CAPÍTULO 5

EL RÉGIMEN PATRIMONIAL EN EL CONCUBINATO, COMO CATEGORÍA SOSPECHOSA

THE PATRIMONIAL REGIME IN CONCUBINAGE, AS A SUSPICIOUS CATEGORY45

CAPÍTULO 6

DERECHOS HUMANOS Y SOCIEDAD: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA

PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL RESPETO HACIA LOS DERECHOS HUMANOS

HUMAN RIGHTS AND SOCIETY: JURISPRUDENTIAL ANALYSIS OF CITIZEN PARTICIPATION IN RESPECT FOR HUMAN RIGHTS51

CAPÍTULO 7

EL DERECHO HUMANO AL AGUA EN LA CONSTITUCIÓN

POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

THE HUMAN RIGHT TO WATER IN THE POLITICAL CONSTITUTION OF THE UNITED MEXICAN STATES57

CAPÍTULO 8

DERECHO A LA SALUD. LAS PERSONAS ADULTAS MAYORES EN MÉXICO. PANDEMIA SARS-COV-2

RIGHT TO HEALTH. OLDER ADULTS IN MEXICO. SARS-COV-2 PANDEMIC67

CAPÍTULO 9

EL PROCESO LEGAL DE ADOPCIÓN EN MÉXICO: PERSPECTIVA

PSICOSOCIAL DE LOS ADOPTANTES

THE LEGAL PROCESS OF ADOPTION IN MEXICO: PSYCHOSOCIAL PERSPECTIVE OF THE ADOPTERS81

CAPÍTULO 10

EL DERECHO A LA SALUD DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES EN MÉXICO

THE RIGHT TO HEALTH OF MIGRANT CHILDREN AND ADOLESCENTS IN MEXICO91

CAPÍTULO 11

EL EXPEDIENTE CLÍNICO COMO UN DERECHO HUMANO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

THE CLINICAL RECORD AS A HUMAN RIGHT TO HEALTH PROTECTION105

CAPÍTULO 12

PANORAMA SOCIO JURÍDICO DE LAS PERSONAS TRANS Y SUS
DERECHOS HUMANOS EN EL MÉXICO DEL 2021
SOCIO-LEGAL PANORAMA OF TRANS PEOPLE AND THEIR HUMAN RIGHTS IN MEXICO IN 2021111

CAPÍTULO 13

LA VINCULACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN MÉXICO
LINKING SOCIAL RIGHTS TO CONSTITUTIONAL JUSTICE IN MEXICO125

CAPÍTULO 14

VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS DE NIÑAS, NIÑOS Y
ADOLESCENTES: PERSPECTIVA DE PROTECCIÓN EN MÉXICO
*VIOLATIONS OF THE HUMAN RIGHTS OF CHILDREN AND ADOLESCENTS:
PROTECTION PERSPECTIVE IN MEXICO.....133*

CAPÍTULO 1

ESCENARIOS DE MALTRATO ENTRE MUJERES (WOLLYING)

PLACES OF WOLLYING

VIVIANA CASTELLANOS SUÁREZ

Universidad Juárez Autónoma de Tabasco

vivihermosa_70@hotmail.com

<https://orcid.org/0000-0003-2506-8207>

LILY LARA ROMERO

Consejo de Ciencia y Tecnología del Estado de Tabasco

lilylararomero@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0001-8027-0702>

RESUMEN

El maltrato entre mujeres (wollying) existe y los actores sociales que la ejecutan son una mujer contra otra, por ello es importante determinar escenarios y espacios donde se manifiesta este tipo de maltrato, así como conocer las características de sus prácticas e incluso identificar los nuevos escenarios en los que pudiera aparecer como lo es, el espacio virtual. El fenómeno del maltrato entre mujeres requiere ser visibilizado desde sus actores, por ello el objetivo de la presente investigación es reconocer la presencia de este tipo de violencia en escenarios públicos y privados con la finalidad de proponer acciones de intervención en esos espacios, desaprisionando a los actores de este yugo patriarcal de ejercer poder. La metodología de la investigación es narrativa, la cual se inscribe como una metodología del diálogo, de esta manera, las narrativas de las mujeres participantes representan las realidades vividas, pues es a partir de la conversación que la realidad se convierte en texto, construyendo así entre los participantes y las investigadoras los datos que serán analizados en el proceso. Los resultados obtenidos reconocen diferentes escenarios públicos, privados y virtuales donde se ha ejercido maltrato entre mujeres.

Palabras Clave: *investigación narrativa, wollying, escenarios de maltrato, maltrato entre mujeres.*

INTRODUCCIÓN

Las relaciones intragenéricas femeninas, acorde con Mejía et al. (2021) pueden cruzarse por dimensiones como la cultura, cuerpo y poder, señalan que en ocasiones estas relaciones están caracterizadas por extremos de una relación conflictiva en la cual se aprecian aspectos de competencia, rivalidad, disputa y en el otro extremo acciones de hermandad, colaboración, ayuda mutua y sororidad, ¿De qué dependerá la prevalencia de una u otra relación?, la respuesta no es sencilla al parecer los vínculos intergenéricos entre mujeres parten de un proceso de construcción heteronormativo, patriarcal de performatividad sociocultural tendiente a perpetuar los roles de dominación y poder sobre el dominado, mismos que se permean y manifiestan en los escenarios de la vida diaria, creando atmósferas hostiles, no nutritivas y destructivas como lo es la violencia misma.

En los escenarios escolares, se ha identificado ciertamente el bullying, el cual es una práctica que se refiere a cuando un estudiante es acosado o victimizado cuando está expuesto de manera repetitiva a acciones negativas por parte de uno o más estudiantes (Olweus, 1993), pero no es la única forma de violencia en las escuelas, según Castañeda (2020) se han emitido otras violencias en el sector educativo como el wollying también conocida como violencia entre mujeres, esta es frecuente y se refiere a otras formas de violencia entre mujeres escolares, ya que es debido mayormente a la crítica y descalificación apariencia física (altas, blancas, morenas, bajitas, gordas) por la vestimenta, el habla, las costumbres, alguna discapacidad, desprestigio sexual, entre otros motivos o razones como no responden al estereotipo que se espera, se califica como una problemática invisibilizada, pues no es detectada tan fácilmente, ya que, se inicia con críticas hacia la vestimenta, la apariencia física, la reputación sobre todo sexual, la moral y en algunas ocasiones culmina con agresiones físicas y a partir también de las diferentes violencias simbólicas a través del lenguaje verbal por medio de los insultos para desprestigiar la sexualidad entre las estudiantes de una escuela.

La inserción de la mujer en los escenarios laborales, además de ser un triunfo de lucha feminista con el logro consecuente de sus derechos e independientemente de las posiciones que ha alcanzado o este por hacerlo, no es un espacio exento de violencia, en la vida laboral hay actos o prácticas detectadas como es el caso del mobbing, definido por Leymann (1996) como el psicoterror en la vida laboral que implica una comunicación hostil y desprovista de ética, la cual es administrada de manera sistemática, frecuente y persistente, por una o varias personas contra una persona, la que a consecuencia experimenta soledad e indefensión prolongada. Este comportamiento agresivo daña su salud física y psíquica.

Específicamente, la Ley Federal del Trabajo considera dos acciones definidas en su artículo 3 Bis mencionando que se entiende por:

A) Hostigamiento, el ejercicio del poder en una relación de subordinación real de la víctima frente al agresor en el ámbito laboral, que se expresa en conductas verbales, físicas o ambas; y

B) Acoso sexual, una forma de violencia en la que, si bien no existe la subordinación, hay un ejercicio abusivo del poder que conlleva a un estado de indefensión y de riesgo para la víctima, independientemente de que se realice en uno o varios eventos.

Es decir, el acoso se da en forma horizontal donde no hay subordinación y el hostigamiento en forma vertical y si hay subordinación, comparten como característica que tanto el acoso

y hostigamiento sexual laboral y otros acosos y hostigamientos sin tinte sexual causan un decremento psicológico, ya que están marcados por prácticas de discriminación, desigualdad, exclusión, ante eventos que inciden en el ámbito laboral, sin embargo, en el caso del mobbing laboral, toma el matiz de ser una práctica asociada al wollying, al venir la agresión de una mujer otra en espacios como el embarazo (Frías, 2011; Rodríguez, 2020), la crianza, etapas de vida como la menopausia, logros laborales, estereotipos de aspecto, la edad, entre otras.

Ivanega (2019) expone que entre mujeres en los escenarios laborales y sobre todo al acceder a puestos o posiciones jerárquicas donde ejercen el rol de superioridad aprendido, reproducen la opresión, nulificación y desestabilización, produciendo una mayor opresión y desestabilización de las personas, más allá del mismo mobbing, agrega que al acceder a puestos de poder y decisión las mujeres acosan en un porcentaje elevado a otras mujeres, mientras que los varones lo realizan en proporciones similares a ambos géneros.

Se aprecian nuevos escenarios de la violencia, propios de la modernidad, como lo es el espacio cibernético en donde se enmarca la violencia en línea o digital, que es definida según ONU MUJERES (2020) como: “...cualquier acto de violencia cometido, asistido o agravado por el uso de la tecnología de la información y las comunicaciones (teléfonos móviles, Internet, medios sociales, videojuegos, mensajes de texto, correos electrónicos, etc.) contra una mujer por el hecho de serlo”.

Además de esta definición, se incluye la del Ciberacoso, el cual consiste en el envío de mensajes intimidatorios o amenazantes, el sexteo o sexting, envío de mensajes o fotos de contenido explícito sin contar con la autorización de la persona destinataria, el doxing publicación de información privada o identificativa sobre la víctima.

Sin duda, las TIC y su conectividad permiten realizar este tipo de prácticas, ya sea de manera abierta o cubriendo la identidad de quien las realiza, para exponer en mensajes o publicaciones que sean en decremento de la víctima, incluyendo otras prácticas conocidas como ciberviolencia, reguladas en la llamada Ley Olimpia (2020) la cual no es una ley es sí, sino un conjunto de reformas legislativas encaminadas a reconocer la violencia digital y sancionar los delitos que violen la intimidad sexual de las personas a través de medios digitales.

Es menester mencionar que el wollying, es un acto discriminatorio, al ejercer sobre la otra un trato perjudicial que menoscaba su integridad, es un acoso más de tipo psicológico, una manera sutil con la que las mismas mujeres se agreden entre sí (Del Viso, 2021), lo cierto es que la violencia muta, es difícil identificarla, darle un nombre y visibilizarla, sin embargo, una vez identificada urge reflexionar en esta, a partir de un diálogo interno respecto a esta conducta que implica someternos unas a otras, hablar se nos da, no solo a las mujeres, a los seres humanos, se nos da el hablar y también el pensar, parece que hay que dialogar respecto a este tipo de violencia, repensarla y desmontarla, convivir conversando, para ello se requiere de gran empatía, convicción, de verdadera sororidad, dejar de ver a las otras como rivales, sino compañeras leales, vivir libres de protagonismos, dejando como área de análisis e investigación la conformación de una ética feminista con acciones afirmativas reconstruyendo las relaciones y creando pactos entre mujeres, buscar formas de convivencia no de violencia, crear y propiciar mujeres no fragmentadas sino en completud, autocuidado y reeducación y resignificación, valdría la pena recapitular en la importancia de la deconstrucción de esta

conducta, donde el antídoto pudiera ser el reconocimiento del valor y el respeto de sí misma y de la otra (Castellanos-Suárez y Lara-Romero, 2021)

El propósito de la investigación es reconocer en la voz de las propias mujeres que han sufrido maltrato por parte de otra mujer los escenarios en donde se ha sufrido esta manifestación de violencia. Su visibilización permitirá llevar a cabo acciones de intervención en esos espacios, desaprisionando a los actores de este yugo patriarcal de ejercer poder.

MÉTODO

La investigación se lleva a cabo bajo la metodología narrativa, la narración es una construcción social de la que dependen las personas para contar sus historias y ha ido tomando forma durante la interacción entre la gente a partir del material narrativo disponible en la cultura que viven dichas personas (Sparkes, A. C., & Devís Devís, J., 2018). En este caso, las participantes son mujeres entre 18 y 65 años que responden a la pregunta de manera libre y reflexionando sobre el fenómeno de violencia vivido. Como señala Connely & Clandinni (1990) la investigación narrativa es el estudio de las formas en que los seres humanos experimentamos el mundo.

Las fuentes de recogida de dichos relatos son las historias orales, de allí subyacen los supuestos onto-epistemológicos (Sparkes, A. C., & Devís Devís, J., 2018), que dirigen la mirada a los escenarios donde se han sufrido los maltratos entre mujeres, también en la narrativa se reconoce el maltrato ejercido a lo largo de la vida por otras mujeres. La narrativa no solo expresa importantes dimensiones de la experiencia vivida, sino que, más radicalmente, media la propia experiencia y configura la construcción social de la realidad (Bolívar, A., 2002).

La pregunta ¿quieres compartir que tipo de maltrato has sufrido por parte de otra mujer?, formulada en la investigación, es cualitativa-narrativa y hay una confrontación de las mujeres sobre la experiencia vivida, no solo nombrando el maltrato entre mujeres, sino también identificando el escenario donde se presentó. Las agrupaciones categóricas tienen la premisa de organizar la información y extraer las narrativas bajo una mirada de comprensión sobre el objeto de estudio.

El procedimiento de obtención de datos se llevó a cabo mediante una encuesta en línea, se firmó el consentimiento informado de la protección de confidencialidad por las participantes; se obtuvieron narrativas para un análisis riguroso y sistemático con el propósito de explorar los escenarios donde se ha presentado el fenómeno de maltrato entre mujeres.

Después de analizar las narrativas se llevó a cabo la categorización de los escenarios de maltrato entre mujeres (figura 1).



Ante estos escenarios reconocemos que la investigación no persigue generalizar resultados, solo exponer contextos y realidades. De hecho, el discurso está abierto a otras posibilidades de ser clasificado en otro escenario, está abierto a modificaciones e incluso a nuevas reformulaciones. Se respeta la confidencialidad de las informantes y sobre todo la disponibilidad de reflexionar para narrar de su propia voz el fenómeno de maltrato entre mujeres.

Figura 1. Escenarios de maltrato entre mujeres.

Fuente: Elaboración propia.

Ante estos escenarios reconocemos que la investigación no persigue generalizar resultados, solo exponer contextos y realidades. De hecho, el discurso está abierto a otras posibilidades de ser clasificado en otro escenario, está abierto a modificaciones e incluso a nuevas reformulaciones. Se respeta la confidencialidad de las informantes y sobre todo la disponibilidad de reflexionar para narrar de su propia voz el fenómeno de maltrato entre mujeres.

Escenarios de maltrato entre mujeres

Escenario familiar

En la categoría de análisis maltrato entre mujeres en el escenario familiar se reconoce en la figura 2 los diferentes tipos de violencia que se han manifestado entre mujeres, si bien la violencia en el hogar ha sido objeto de investigaciones, entre mujeres se visibiliza con golpes y agresiones físicas como modelo de crianza; también se ejerce violencia dirigida a una mujer por parte de la familia extendida, tías, abuelas y otras. En conmemoraciones y reuniones familiares el maltrato se ejerce con acusaciones, manipulaciones y críticas hacia las mujeres miembros de la misma familia.

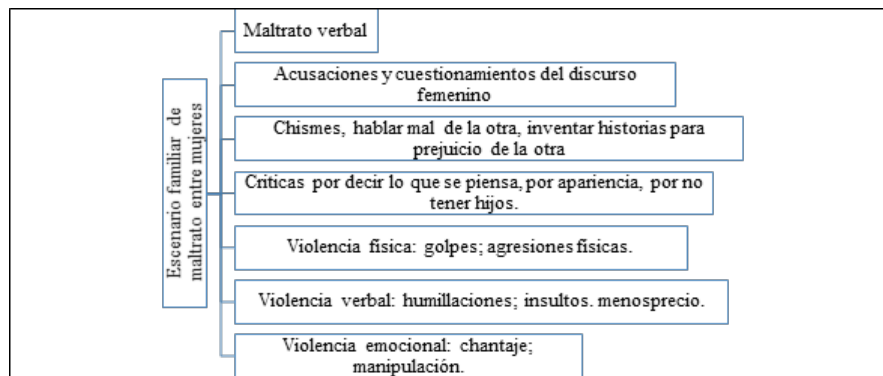


Figura 2. Vínculos claves entre datos y afirmaciones de violencia en el escenario familiar.

Fuente: Elaboración propia.

Escenario laboral

Del mismo modo, en la figura 3, las mujeres en sus narrativas señalan diferentes tipos de maltrato, que va desde insinuaciones maliciosas, chismes, ocultar información, cuestionar competencias y capacidades. Se ejerce entre colegas, de subordinadas a jefas, de jefas a subordinadas y entre jefas de espacios de jerarquía entre iguales.

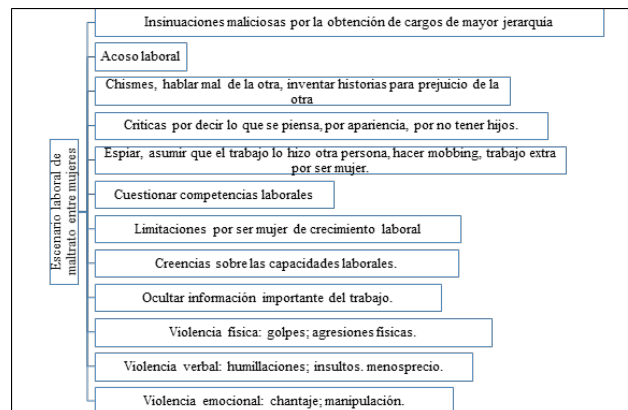


Figura 3. Vínculos claves entre datos y afirmaciones de violencia en el escenario laboral.

Fuente: Elaboración propia.

Escenario social/colectivo

Entre los espacios sociales y/o colectivos se ejerce maltrato entre mujeres por estar embarazada y también por no estarlo. La ejercen colegas, grupos de pares, familiares, parejas, entre otras personas. Los tipos de violencia que se ejerce se encuentra en la figura 4.

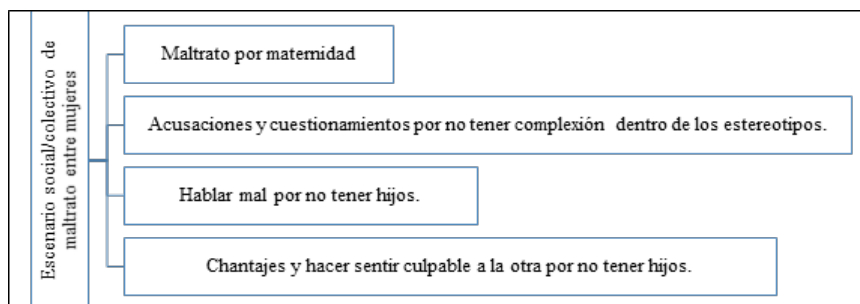


Figura 4. Vínculos claves entre datos y afirmaciones de violencia en el escenario social/colectivo.

Fuente: Elaboración propia.

Escenario institucional

En el escenario institucional la violencia se ejerce en organismos públicos o privados, en el ámbito laboral y también desde el posicionamiento de académicas. El tipo de violencia ejercido se muestra en la figura 5.

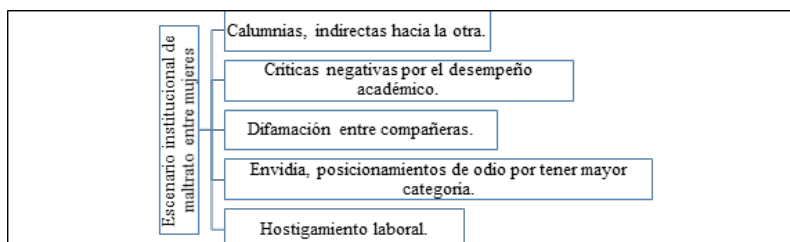


Figura 5. Vínculos claves entre datos y afirmaciones de violencia en el escenario institucional.

Fuente: Elaboración propia.

Escenario público

En las calles, los espacios abiertos, las tiendas, los clubes, entre otros, se ejerce violencia directa e indirecta, van como lo muestra la figura 6, desde hacer sentir mal por no tener un tono de voz “adecuado”, hasta discriminación por color de piel, corporeidad e identidad.

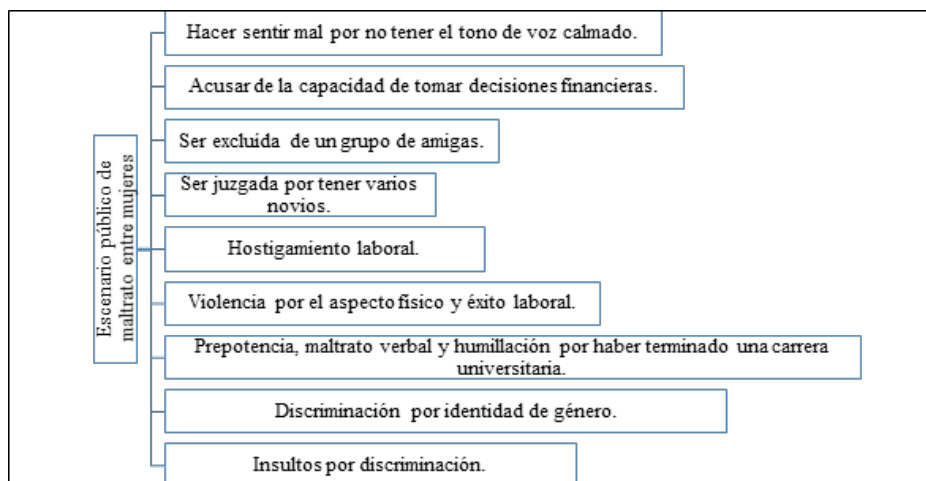


Figura 6. Vínculos claves entre datos y afirmaciones de violencia en el escenario público.

Fuente: Elaboración propia.

Escenario escolar

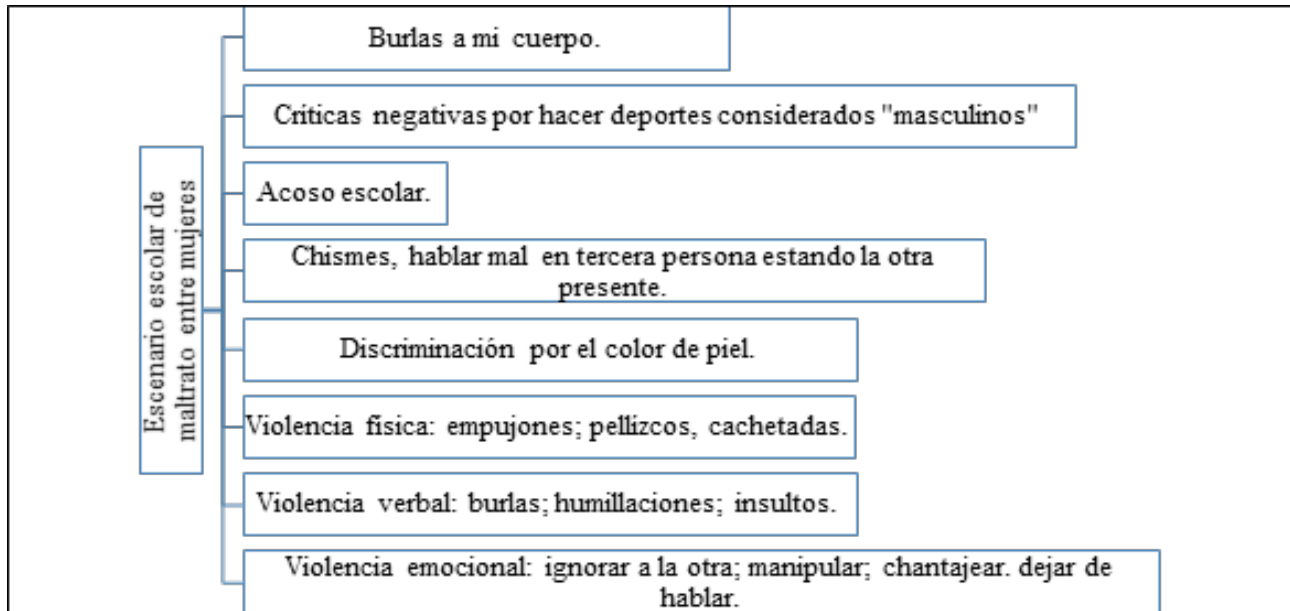


Figura 7. Vínculos claves entre datos y afirmaciones de violencia en el escenario escolar.

Fuente: Elaboración propia.

Escenario del ciberespacio

Los espacios que se abren en las redes sociales, entre ellos Facebook, Twitter, Twitch, Instagram y Tik tok también son escenarios donde las mujeres ejercen violencia y han sufrido de maltrato entre mujeres, como se muestra en la figura 8.

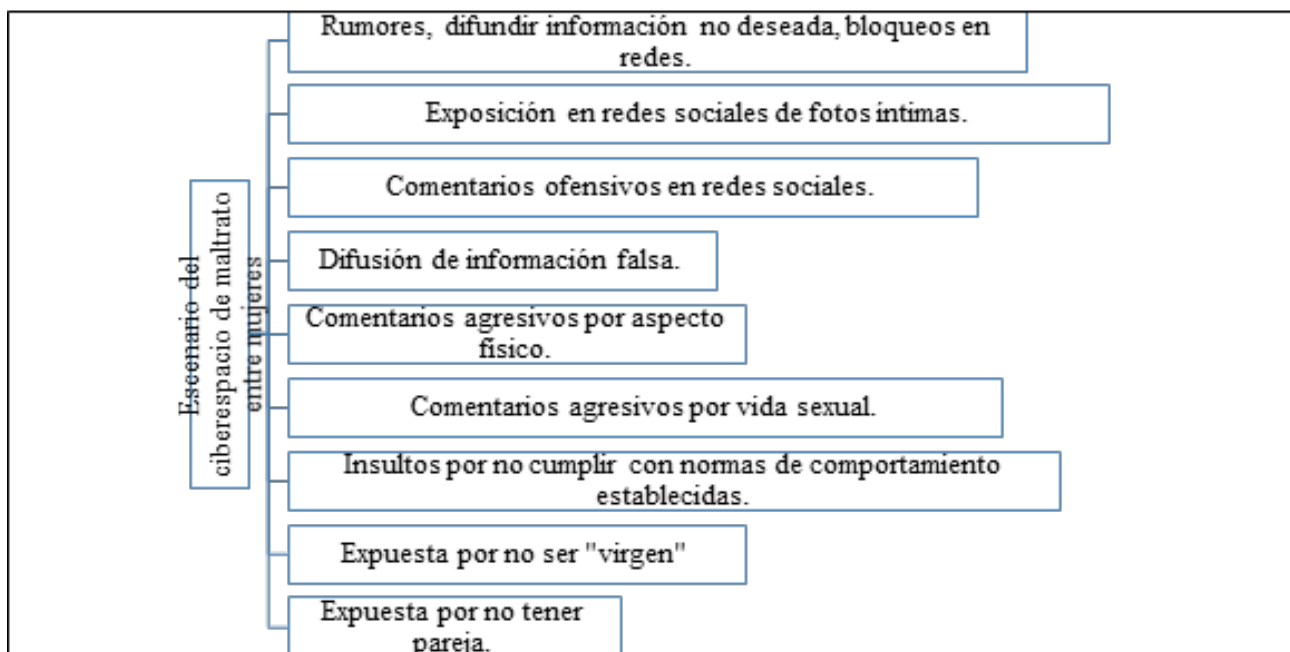


Figura 8. Vínculos claves entre datos y afirmaciones de violencia en el escenario del ciberespacio.

Fuente: Elaboración propia.

Espacio de éxito y superación

Cuando las mujeres obtienen reconocimientos por su desempeño laboral, académico o empresarial tienen que lidiar con el maltrato entre mujeres, como se observa en la figura 9, se caracteriza una tipología centrada en la agresión directa.

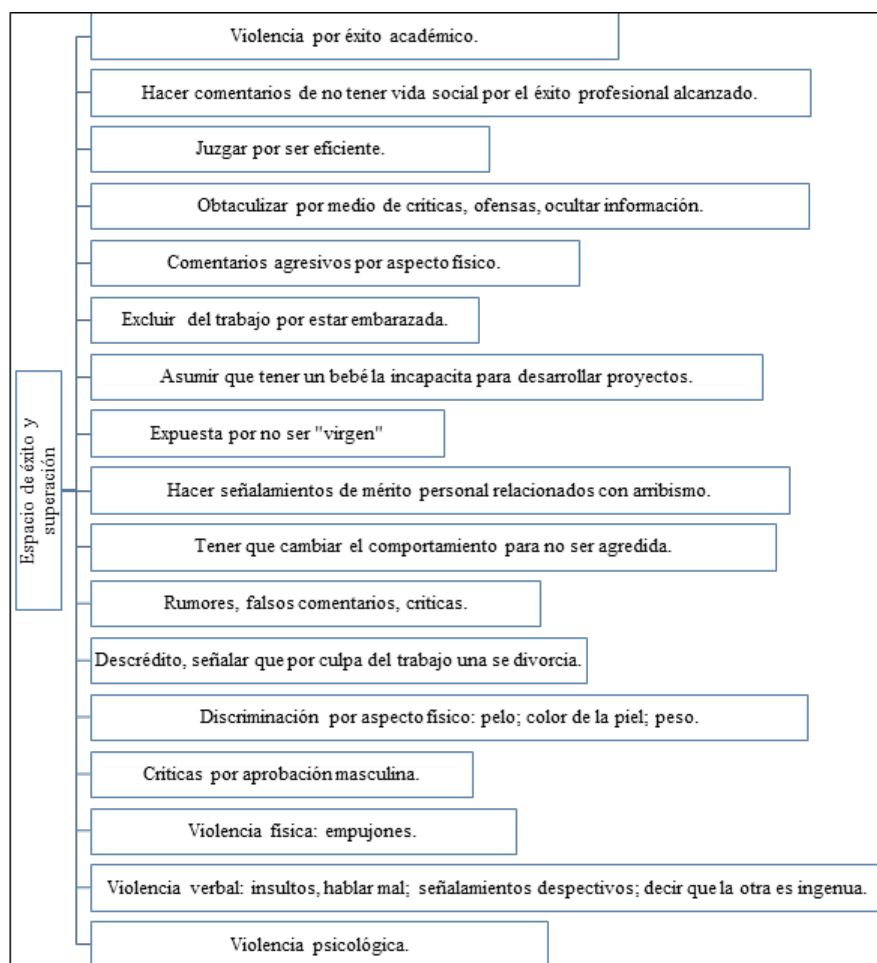


Figura 9. Vínculos claves entre datos y afirmaciones de violencia en espacios de éxito y superación de mujeres.

Fuente: Elaboración propia.

DISCUSIÓN

A partir de los hallazgos encontrados en las narrativas, se aprecia de manera generalizada que en los escenarios hay una constante que se rige por la presencia de violencia verbal y conductas de control, que remarcan tanto los elementos de exclusión como las consecuencias de las conductas, se aprecia violencia física solo en el escenario familiar y escolar y violencia no verbal en los escenarios social, institucional, escolar, con miradas descalificantes y conductas de desconocimiento, exclusión y rechazo al ignorar a la otredad y en el ciberespacio ante el bloqueo.

Se reconoce que cada escenario tiene sus particularidades en los cuales se identifica el tipo de violencia y la conducta(s) de control asociada.

En el caso del Escenario Familiar, el tipo de violencia es física y verbal, esta última es más hacia comentarios, rumores y chismes en tono desaprobatorio, crítico y de descontento sobre el cuerpo, aspecto, peso

y talla, estado de ánimo y carácter, las conductas de control se dan hacia la sexualidad, seguir normas de comportamiento sexual y hacia moldear conductas para alcanzar el matrimonio como meta.

En el Escenario Laboral se aprecia que el tipo de violencia verbal está encaminado a comentarios de exhibición de conductas, críticas a la labor y burlas ante un error, las conductas de control se dan hacia espiar, ocultar, no inclusión, congelamiento del desempeño, mayor carga de trabajo.

El Escenario Social colectivo está caracterizado por violencia verbal encaminada a las calumnias y etiquetas, es decir, comentarios o acusaciones contra valor, honor o integridad moral, la violencia no verbal se encamina a la descalificación a partir de las miradas, las conductas de control se dan hacia el cese de derechos o prerrogativas por no tener, ya sea hijos, marido o estado civil heteronormado o determinado nivel cultural o socioeconómico.

En el Escenario Institucional, la violencia verbal es hacia denostar la capacidad, el desprestigio y descalificación, la conducta de control es de exclusión y rechazo, el Escenario Público la violencia verbal es hacia juzgar y la conducta de exclusión y rechazo se da por calificar diferencias físicas de aspecto como la piel o complexión.

El Escenario Escolar, es uno de los más complejos, se aprecia violencia física y en la violencia verbal, burlas, chismes, obscenidades o comentarios fuera de escena, la conducta de control es hacia señalar y criticar el aspecto, marcar alguna diferencia que implique descalificar el rendimiento y la competitividad y justificar la no inclusión.

En cuanto al Escenario del Ciberespacio, la violencia verbal es hacia difundir y exponer de manera ofensiva rumores e información, la conducta de control es respecto a exhibir normas de comportamiento social no esperadas y conductas sexuales para ser calificadas, descalificadas y se aprecia el bloqueo.

El Escenario de Éxito y Superación se aprecia violencia verbal en insultos y comentarios tendientes a decrementar el logro y la conducta de control, es una conducta de abuso de poder que confina a la exclusión y se condena a la soledad como un pago por el éxito obtenido.

CONCLUSIÓN

Es coincidente que, en todos los escenarios identificados, se cumple el objetivo de la violencia que consiste en generar conductas de sometimiento, subordinación y control, manifestadas en las narrativas, se identifica que la consecuencia principal que causa este tipo de violencia es ir aprisionando y con ello sometiendo a la mujer por otra mujer.

Se identifica acorde a la literatura expuesta que el mayor impacto de esta violencia es de tipo psicológico, la psique (conjunto de procesos conscientes e inconscientes propios de la mente), se vulnera y se afecta por el sobre estrés, consistente en una carga constante de la cual no se puede recuperar con facilidad el grado de bienestar y control, donde el estado de ánimo desregulado hace su aparición ante la falta de control y anticipación de eventos e impactos de violencia, dañando su bienestar y calidad de vida.

El solo hecho reconocerse sobreviviente de wollying, permite a las mujeres descolocarse de esta violencia, las respuestas obtenidas son una radiografía del malestar, son disruptivas al brotar e interrumpir y no permitir que esta violencia inunde más escenarios, habría que repensar el enfoque transformador y la reorientación de los patrones y naturalización del papel de la subordinación de la mujer.

Es importante señalar que el wollying no es actual, es generacional y crónico, se aprende en casa o en los escenarios familiares y se transfiere a las demás escenarios creando atmósferas tensas de exclusión, daño a la integridad física, psíquica y moral de las mujeres y menoscaba los derechos de una persona, es imperante mencionarlo y visibilizar esta práctica nombrarla le da existencia, de no hacerla se queda en la impunidad, ya que este tipo de violencia se trata de un acto discriminatorio violento que difícilmente se denuncia, solo se padece y no está incluida como tal en los instrumentos jurídicos.

Efectivamente, hay que quitarle a la mujer la carga de la opresión, la culpa creada y generada desde el dispositivo de control social para regular conductas incluyentes y excluyentes, la culpa al sentir responsabilidad ante las diferencias, el sometimiento ante el daño y la no inclusión al ser diferente, la violencia es evitable.

REFERENCIAS

- Bolívar, A. (2002). “¿De nobis ipsis silemus?”: Epistemología de la investigación biográfico-narrativa en educación. *Revista Electrónica de Investigación Educativa*, 4 (1). <http://redie.uabc.uabc.mx/vol4no1/contenido-bolivar.html>
- Castañeda, A. A. (2020) Mis compañeras de escuela me han insultado: el lenguaje, símbolo de poder entre mujeres estudiantes. La importancia de un buen liderazgo directivo en el clima, 191. *PRAXIS EDUCATIVA ReDIE Revista Electrónica de la Red Durango de Investigadores Educativos*, A. C. Año 12, Núm. 22; mayo / octubre 2020.
- Castellanos-Suárez, V. y Lara-Romero, L. (2021). Wollying, una batalla silenciosa: visibilización y desnaturalización de su práctica. *Rostros y huellas de la violencia en América Latina*. Prorrúa Grañen, Unicach.pp. 205-212
- Connelly, M. & Clandinin, J. (1990). Stories of experience and narrative inquiry. *Educational Researcher*, 5 (19), pp. 2-14.
- Del Viso, AP (2021). Telemobbing, wollying y derechos humanos. *Papeles de Discusión (IELAT, Instituto Universitario de Investigación en Estudios Latinoamericanos)*, (22), 45-53
- Frías, S. M. (2011). Hostigamiento, acoso sexual y discriminación laboral por embarazo en México. *Revista mexicana de sociología*, 73(2), 329-365.
- Ivanega, M. M. (2019) La discriminación del género femenino: entre la realidad y la justicia. *Igualdad y Género*, dir. Miriam M. Ivanega (Buenos Aires: La Ley, 2019), 161-178
- Ley Federal del Trabajo (2022) Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1º de abril de 1970. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFT.pdf>
- Ley Olimpia (6/11/2020). Violencia contra las mujeres, violencia digital, violencia mediática. <http://bibliodigitalibd.senado.gob.mx/bitstream/handle/123456789/5043/96.NL%20Ley%20Olimpia.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Leymann, H. (1996). *Mobbing: la persecution au travail*. Paris: Seuil.
- Mejía Vázquez, R., R. C. Serrano Barquín y M. J. Pastor Alfonso (2021). “Rivalidad y sororidad femenina en el sector hotelero de Toluca, México”. *Cuadernos de Turismo*, 47, 1-21.
- Olweus, D. (1993). Acoso escolar, “bullying”, en las escuelas: hechos e intervenciones. Centro de investigación para la Promoción de la Salud, Universidad de Bergen, Noruega, 2, 1-23.
- ONU MUJERES (2020) Preguntas frecuentes: tipos de violencia contra las mujeres y niñas. <https://www.unwomen.org/es/what-we-do/ending-violence-against-women/faqs/types-of-violence>
- Rodríguez Ruiz, D. M. (2020). Mobbing maternal estudio sobre discriminación a mujeres gestantes en ambientes laborales. Trabajo de grado. <https://repositorio.iberu.edu.co/handle/001/1144>
- Sparkes, A. C., & Devís Devís, J. (2018). Investigación narrativa y sus formas de análisis: una visión desde la educación física y el deporte. *Expomotricidad*. <https://revistas.udea.edu.co/index.php/expomotricidad/article/view/335323>

ANEXO. NARRATIVAS DE MUJERES QUE HAN SUFRIDO MALTRATO ENTRE MUJERES.

1. Verbal acusando, reclamando y cuestionando lo que digo aludiendo a mi familia o forma de ser.
 2. Violencia por aspecto físico y violencia ejercida en la familia.
 3. Chismes de tías.
 4. “Han hablado mal de mí, de mi apariencia por ejemplo mi peso, y la mayoría de esas mujeres son parte de mi familia. De niña sufría anorexia y después pasé a la bulimia porque mi mamá quería que comiera, para darle gusto comía, pero cuando se descuidaba iba al baño a vomitar.
 5. Maltrato verbal, al sufrir de burlas por mi apariencia física o estado de ánimo, con la típica frase de “icon ese carácter no tendrás nunca marido!”
 6. Me han criticado por decir lo que pienso también; al decir las cosas como son para mí; otras mujeres que consideré mis amigas que no están de acuerdo, se han alejado. Se han alejado incluso porque no comparto sus ideales y no son como a veces dicen “afectiva”, lo suficiente para que ellas sientan que me interesan.”
 7. Criticas
 8. Critica a mi apariencia
 9. Criticas por apariencia o por no querer hijos
 10. Violencia por aspecto físico, libertad sexual, éxito académico, en la familia.
 11. Cuando era pequeño violencia física y emocional (golpes, regaños, críticas) por mi mamá cuando me portaba mal o hacía travesuras era la forma de crianza y hábitos heredados de antepasados.
 12. De mi madrastra, humillaciones y agresiones físicas que avergonzaban a mi persona.
- Manipulación
13. Críticas hacia mi persona obligándome a mostrar mi cuerpo como chantaje para que cesaran las críticas te insultos.
 14. Tal vez cuando mis tías me decían, para que voy a estudiar si al final me voy a casar y él me va a mantener.
 15. Suponer que una promoción laboral se debe a causas ajenas al proceso establecido (examen).
 16. Exhibir ante los demás tus errores siento que es una humillación pública que no debería darse y eso es violencia entre mujeres.
 17. Verbal, burlas y acoso laboral
 18. Mi jefa de trabajo, todas en la oficina éramos mujeres, el peor ambiente laboral que he tenido.
 19. Críticas, espían mi trabajo y se lo roban, hacen bullying, verbal a mis espaldas.
 20. Fue maltrato laboral, me gritaba e insultaba y me hacía trabajar más que a los compañeros hombres.
 21. Una vez me quiso pegar una colega. He sufrido la traición de algunas amigas.
 22. En mi área laboral, yo no checaba asistencia, por decisión del jefe en turno, debido a las actividades que desempeñaba, que algunas veces no tenían fecha (días festivos) y horario (antes o después del horario laboral) y eran fuera de las instalaciones. A pesar de que casi nunca solicitaba permisos para ausentarme por problemas personales o por incapacidad médica y llegaba puntual a mi trabajo, una compañera (asistente del director), hizo lo posible para que la administración me obligara a checar mi entrada y salida y cuando lo logró me dijo con una sonrisa burlona “a partir de mañana comenzarás a checar, se acabó el privilegio”. Esa misma compañera me ocultaba información de entrega de trabajos que solicitaba la administración, alegando que se le olvidaba incluirme en las notificaciones.
 23. Al tener una profesión en donde el ámbito en el que me desarrollo son hombres (construcción), no me creen lo suficientemente capaz de tomar las decisiones.
 24. Críticas sobre mi cuerpo, comparación con logros de otras personas, limitación en oportunidad de crecer laboralmente
 25. Al ser mujer cuestionan de mi conocimiento.

26. Maltrato por maternidad, por la edad y por no tener complexión dentro de los estereotipos.
27. En la adolescencia existieron compañeras que emitían miradas y comentarios de desagrado con muy mala intención, que en ese momento me originó inseguridad, pero conforme fui tomando mi identidad me hizo sentir más segura de mí misma e incluso ser mucho más sociable. Valoro mucho mi persona y por ello prefiero respetar las diversidades y la forma de pensar, actuar y sentir de los demás. Sé es libre de tomar las decisiones, pero a su vez de recibir las consecuencias de estas.
28. Una mujer me ha hecho creer que, aunque sea casada, pero por no tener hijos no tengo derecho a nada dentro de mi matrimonio y que si alguna vez he sido maltratada por mi pareja es porque me lo busque.
29. Calumnias
30. Algo de manera indirecta, pero considero que es parte de la violencia entre mujeres, ya que cuestionó a mi colega sobre mi capacidad.
31. Críticas negativas y echarme culpas de algo que no he realizado, hablar mal de mí.
32. Tratan de dejarme mal con otras personas para afectar mi desarrollo profesional.
33. No reconocen el trabajo, esfuerzo y propuesta que se hace para mejorar en dicho ámbito.
34. Difamación ante compañeras, afirmando cosas que no son ciertas para perjudicar ante autoridades laborales.
35. Dos jefas me hicieron mi vida laboral muy estresante, me vigilaban, hostigaban y no reconocían la calidad de mi formación profesional y el trabajo que realizaba.
36. Suelen confundir mi voz calmada con debilidad y en una ocasión a una mujer parecía irritarle particularmente mi voz que lo hizo saber a terceras personas, no respondía a mis saludos ni a mis intentos de conversación, sino que me ignoraba de manera evidente.
37. En alguna ocasión alguien me dijo que yo como mujer no podía tomar una decisión financiera.
38. Ser excluida de un grupo de amigas
39. Ser juzgada por tener varios novios
40. Violencia por aspecto físico
41. Aspecto físico y éxito laboral.
42. Prepotencia, mal trato verbal, humillación por no haber terminado una carrera universitaria
43. Críticas de mi aspecto físico
44. Discriminación por identidad de género
45. En el club al que iba, eran hijas de un comandante en su tiempo muy famoso. Era verbal
46. Burlas de mi cuerpo
47. Me gustaban muchos los deportes y las niñas decían que no era una niña por eso y no podían juntarse conmigo por lo mismo.
48. Acoso, burlas, humillación
49. Discriminatorio
50. Me han ignorado y criticado, no han sido sororas conmigo.
51. Insulto y chismes.
52. Verbal
53. De pequeña llevaba clases de inglés en la universidad y una compañera no quería hacer equipo conmigo por mi color de piel.
54. Chismes, burlas, bullying.
55. Por aspecto físico y por éxito académico.
56. Palabras fuera de lugar (obscenas).
57. Rumores, difundir información no deseada, bloqueos en redes, he Sido ignorada en el trabajo
58. Exposición en las redes sociales de fotos íntimas y víctima de comentarios ofensivos
59. Ciberbullying
60. Agresión verbal y difamación.
61. Difusión de información falsa, comentarios agresivos por el aspecto físico, comentarios agresivos por mi vida sexual.

62. En redes sociales alguna vez fui insultada por otras mujeres, en la sociedad por no cumplir las normas de comportamiento, en la familia siendo expuestas a preguntas sobre si soy virgen o no, porque no tenía la pareja esperada, entre otras.

63. Violencia por éxito académico, ya que me han dicho que por estudiar tanto no tengo vida social.

64. Juzgan, no hacen equipo, no suman, critican a la mala, meten el pie, piensan que el éxito de uno se debe solo por estar con alguien y no hay esfuerzo y mérito detrás, hay habladurías. Son mujeres con baja autoestima y les gusta el protagonismo. No suman.

65. Me han excluido, insultado, buscado aislarme de todos y todas sin motivo alguno más que la envidia.

66. Cuando estaban embarazada me excluían en el trabajo de proyectos y en luego decían que no iba a poder por cuidar al bebé.

67. Piensan que consigo los trabajos por “meterme” con jefes, no por mérito propio.

68. Al ser una persona social, cuando estoy en el trabajo tengo que comportarme diferente para que no piensen que les estas tirando la onda.

69. Violencia por éxito laboral.

70. Hablan mal de mí.

71. Críticas por aprobación masculina

72. Violencia verbal, violencia psicológica. Me ha agredido verbalmente y psicológicamente, habló mal de mi de manera profesional para descalificarme e inventó historias, contó situaciones personales.

73. Libertad sexual, académico, por éxito, en la familia y en la sociedad

74. Descredito

75. Hablar mal de mi cuerpo, mi desempeño académico e ideales personales.

76. Críticas, insultos, humillación, abuso de poder.

77. Insultos

78. Señalamientos despectivos por mi dedicación al trabajo, en su momento por optar por el divorcio y por no tener esposo.

79. Decirme que soy ingenua.

80. Discriminación por mi aspecto físico (peso, color de piel) o desempeño.

CAPÍTULO 2

LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN LA PENSIÓN RETRIBUTIVA

RESTORATIVE JUSTICE IN RETRIBUTIVE PENSION

BERTHA VELÁZQUEZ JIMÉNEZ
Universidad Juárez Autónoma de Tabasco
berthie1709@hotmail.com
<https://orcid.org/0000-0003-2967-3092>

RESUMEN

En este trabajo se busca exponer las diferencias entre el modelo de la justicia restaurativa y el modelo de justicia retributiva, así como lo trascendente de la justicia restaurativa en los procedimientos de conflictos familiares por los deberes alimentarios que tienen los progenitores para con sus hijos.

Palabras claves: *justicia retributiva, justicia restaurativa, familia y alimentos.*

INTRODUCCIÓN

La justicia restaurativa y la retributiva se componen de distintas características, mientras que la restaurativa es una manera de ver la justicia a través de la reparación integral de las relaciones familiares dañadas y en consecuencia, de todos los efectos transversales que dicho daño ocasionó, la retributiva puede entenderse como aquella que castiga o sanciona.

A mayor detalle, puede exponerse que la justicia restaurativa, en materia penal, es “un modelo inclusivo, que, de manera independiente y complementaria, busca solucionar un conflicto y el daño producido por este, mediante la coparticipación voluntaria, responsable y sensata de la víctima, el infractor y la comunidad. Se considera el delito como un daño que el infractor ha causado a la víctima y a la sociedad, en tal sentido, lo más adecuado es que sean los propios involucrados quienes encuentren la mejor solución frente a las repercusiones derivadas del conflicto” (Rodríguez Chávez, 2017, p.24).

En materia penal existen diversas legislaciones nacionales que hacen referencia a esta forma de resolver las controversias, como, por ejemplo, el Código Nacional de Procedimientos

Penales, la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos, la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia para Adolescentes y la Ley Nacional de Ejecución Penal.

En este sentido, si se observa el artículo 20. del Código Nacional de Procedimientos Penales, se menciona que tiene por objeto establecer las normas que han de observarse en la investigación, el procesamiento y la sanción de los delitos, para esclarecer los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que se repare el daño, y así contribuir a asegurar el acceso a la justicia en la aplicación del derecho y resolver el conflicto que surja con motivo de la comisión del delito, en un marco de respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

Así, puede diferenciarse que, lo que para la materia penal es un delito, para la justicia restaurativa es un conflicto. Cuando en una se habla de culpa, en la otra se le denomina responsabilidad, de igual manera mientras que en los procedimientos se incrementan las controversias, en el modelo restaurativo se explora la reconstrucción de las relaciones. En la materia familiar, este es factor importante para el restablecimiento de la comunicación entre las familias en conflicto.

Aspectos de justicia restaurativa en la pensión retributiva

Refiriéndonos a las personas que actúan como actores en ambos sistemas, podremos decir que en el modelo punitivo quienes tienen el papel principal son los impartidores de justicia, como los jueces, etc. Mientras que en el modelo restaurativo son las partes los que buscan una solución a sus conflictos (Canto, P., s.f.).

Ahora bien, en cuanto hace a la obligación de brindar los alimentos, el artículo 303 del Código Civil Federal establece que los padres se encuentran obligados a dar alimentos a sus hijos. De igual forma, señala que, ante la falta o imposibilidad de los padres de brindarla, la obligación recaerá en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximos en grado (Código Civil Federal).

Es importante mencionar que, sobre el concepto de alimentos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación distingue diversos significados, incluyendo los proporcionados por la Real Academia Española. Así pues, parte bajo la noción de puede entenderse como un “conjunto de cosas que el hombre y los animales comen o beben para subsistir”, para luego proporcionar la que deberá emplearse en el ámbito jurídico, que dice lo siguiente: es la “prestación debida entre parientes próximos cuando quien los recibe no tiene la posibilidad de subvenir a sus necesidades” (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010).

Se debe de observar que la obligación de los padres no se limita únicamente al de dotar de alimentos o proporcionar dinero, sino también a garantizar el derecho de los hijos a crecer en un ambiente con sus padres de contacto continuo, derecho de convivir con los progenitores por igual, ya que el ser humano para lograr un desarrollo óptimo de su persona, le es necesario sentir el sentido de pertenencia a un grupo y tratándose de los hijos, es de gran importancia tal derecho de integración a su familia¹.

Tratándose de los hijos, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo cuarto menciona que toda persona tiene derecho a un desarrollo sano, alimentación nutritiva, suficiente y de calidad. De igual manera, expresa que toda persona tiene el derecho de ser registrado en forma pronta a su nacimiento, ya que tiene derecho a la identidad, así como tiene derecho a que se le brinde un medio ambiente sano para su buen desarrollo (Diario Oficial de la Federación).

Estos derechos mencionados anteriormente, son derechos de los cuales muchos niños y niñas son violentados al no ser reconocidos por uno de los progenitores, situación que sucede, por ejemplo, en los casos donde los hijos sean nacidos de personas que no están unidas en matrimonio, o donde pudieran ser nacidos en

¹ - Ídem

matrimonios en los cuales la relación de los padres terminó demasiado deteriorada que alejaron a un progenitor del contacto con los hijos (alienación parental); y de igual manera, en casos en que los hijos han sido abandonados, también resultan todos estos derechos violentados hacia los infantes, ya que se les priva en el transcurso de su niñez y adolescencia de los derechos mínimos que deberían de gozar todo individuo desde su nacimiento.

Las secuelas que se pueden quedar en las personas que han sido privadas de estos derechos en la niñez y adolescencia para su óptimo desarrollo como individuos en sociedad, trae emparejados un sinnúmero de consecuencias para cuando lleguen a la adultez, ya que pueden sufrir de daño psicológico, tener dificultades para adaptarse en las relaciones sociales, laborales o llegar a desarrollar algún tipo de dependencia. Estos daños en algunos casos son irreparables, pero sobre todo quedan marcados en el alma de estas personas (Rojas Cárdenas et al., 2021).

Otro instrumento que garantiza los derechos de los niños y niñas es el artículo 2º de la Convención de los derechos del niño, donde se establece que “los Estados partes respetarán los derechos de los niños para evitar cualquier tipo de discriminación, por su raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, como su nacionalidad, etnia, o posición económica”.

De igual manera señala a la familia como un grupo fundamental de la sociedad y como el medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, en particular de los niños, quienes por su condición deben recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.

Reconociendo que el niño o niña, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Considerando que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad” (Convención sobre los Derechos del Niño, 1998).

Es importante considerarse que la mujer al dedicarse al hogar y todos los compromisos que conlleva esta tarea, su desarrollo personal y profesional se ve afectado por la labor familiar, entonces negarle el derecho a una pensión retributiva se vulnera la dignidad y la igualdad de género.

A pesar de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (2015) ya se ha pronunciado en favor de esta retribución, este sigue siendo un tema en los juzgados familiares en la actualidad, ya que existe en la ideología de los mexicanos, un paradigma de los roles que por cultura y costumbre se da por hecho que las actividades del hogar, los cuidados de los hijos, etc., sean llevados a cabo por la mujer y que no debe ser retribuida por dicha labor.

Organizaciones como la Organización Internacional del Trabajo (2021) exhortan a que se adopten políticas con perspectiva de género, a fin de que los derechos de las mujeres al trabajo y sus derechos laborales sean una característica central de la recuperación de la COVID-19.

Por ende, la mujer al cumplir con los roles de la cultura, como lo que está socialmente aceptado, el que la mujer sea la que se dedique al cuidado de los hijos, esta dependa económicamente del esposo y al haber una ruptura de esta estabilidad familiar, también la coloca en una posición vulnerable y que la puede posicionar en un estado de pobreza. A esto también se le agrega que socialmente, la posición económica de las parejas decrece cuando se divorcian, ya que algunos estudios demuestran que las familias casadas tienen mayor estabilidad económica al estar en matrimonio (Worringer, 2020). El compromiso del matrimonio brinda mayor seguridad en el desarrollo de los hijos, la economía es más estable y alta, así como sus integrantes tienen menos posibilidades de caer en un acto delictuoso.

Cuando de divorcios se trata, el Estado siempre procura proteger a las personas en mayor situación de vulnerabilidad, como lo son los hijos menores de edad. Sin embargo, la mujer muchas veces no es retribuida por esos años que dedicó al cuidado de los hijos y de su familia, lo que la posiciona en un estado de desigualdad económica, ya que es tiempo invertido en la familia, dejando pues a la mujer en una desproporción económica y educativa.

Hablando de las bondades de la justicia restaurativa, este es un medio alterno, para que las parejas puedan lograr dirimir sus dificultades que les obstaculiza llegar a un acuerdo pacífico. A través de este método, las ex parejas podrían resolver sus problemas de fondo, en el plano emocional y familiar, ya que, en un proceso de divorcio, las parejas se enfrentan de tal manera que los sentimientos de odio y venganzas afloran, y es aquí en donde muchas veces se gestan las consecuencias que los hijos vivirán en todo ese proceso y hasta después de la sentencia.

Con el fallo judicial, la mayoría de las veces las familias quedan apartadas emocional y físicamente; en cambio, con este medio alterno restaurativo, se permite llegar al fondo de esas emociones, permitiendo la creación de acuerdos más sanos y pacíficos para las familias.

La familia es la base de toda sociedad, y el Estado debe dotar de herramientas a los operadores de las instituciones que se encargan de impartir justicia, para que el juzgador, así como en la materia penal tengan herramientas al enfrentarse a los conflictos familiares.

En casos familiares, las mujeres siguen marcado una gran desigualdad, una brecha aun amplia, y se busca que se vaya disminuyendo. La desigual económica, la vida libre de violencia económica, etc.

La mujer muchas veces se encuentra con el enemigo en casa, al divorciarse se enfrenta a tener que salir a laboral, y es ahí cuando se encuentra con esa brecha de desigualdad económica, de educación.

Se ha demostrado inclusive que los hijos, al no encontrarse en un ambiente de paz (Silva, 2021) en su hogar y donde no existe una crianza responsable, pudieran incurrir en acercarse a los brazos de la delincuencia o de las adicciones. Por ello, la justicia restaurativa en materia familiar busca restaurar, sanar, cicatrizar heridas ocasionadas por el conflicto familiar. La justicia restaurativa busca que las personas trabajen sobre los factores o causas que generaron el conflicto.

Al respecto, se observa que un estudio americano realizado por el periódico *The Atlantic* señala que las relaciones fracturadas de los matrimonios, pone en una posición de vulnerabilidad de pobreza a los hijos (Brooks, 2020).

El proceso restaurativo familiar busca impactar sobre las relaciones familiares, persigue que las familias dialoguen entre sí, que reconozcan las responsabilidades que tienen con cada uno de sus integrantes de la familia, que sean capaces de reconocer el daño causado, así como de hacerse cargo de reconocer y sanar la responsabilidad que le corresponda.

En el caso de los hijos, para que estos se vean beneficiados en cuanto a sus relaciones sociales o escolares, pero sobre todo en su persona, ya que los conflictos siempre van más allá del núcleo familiar. El fin es que tengan mayores elementos para restablecer esta relación como padres o familia.

CONCLUSIONES

Como ha sido señalado por Jorge Pesqueira Leal, la justicia restaurativa es una corriente de pensamiento, una metodología, no es un mecanismo alterno.

Para que la justicia restaurativa funcione, las personas involucradas, deben de experimentar un cambio en su manera de pensar, es necesario que se adquiera sentido de responsabilidad

del daño que se ocasionó a otra persona con sus actos, que la experiencia de participar en un método de justicia restaurativa, sea de utilidad para que se genere un cambio real, y no sólo sea participe para salir de un problema.

De lo contrario, estas personas involucradas podrían reincidir en sus actos nuevamente y se caería en un círculo repetitivo en el cual no se estaría llevando a cabo la función en el objetivo de este método, en donde se debe de alcanzar, objetivos como el perdón, el sentido de responsabilidad, la reparación o el resarcimiento del daño, así como el restablecimiento de las relaciones familiares, en el caso los conflictos familiares se buscan que sean soluciones pacíficas y duraderas.

REFERENCIAS

- Brooks, D. (2020). The Nuclear Family Was a Mistake. The Atlantic. <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/2020/03/the-nuclear-family-was-a-mistake/605536/>
- Canto, P. (s. f.). Diferencias entre la Justicia Restaurativa y la Justicia Retributiva. Diario de Mediación. <https://www.diariodemediacion.es/diferencias-entre-la-justicia-restaurativa-y-la-justicia-retributiva/>
- Código Civil Federal. (s. f.). Cámara Diputados del H. Congreso de la Unión. https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/2_110121.pdf
- Convención sobre los Derechos del Niño. (s. f.). https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Programas/Proactiva/1LEGISLACIÓN/3InstrumentosInternacionales/F/convencion_derechos_nino.pdf
- Diario Oficial de la Federación. (s. f.). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Cámara Diputados del H. Congreso de la Unión. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>
- Organización Internacional del Trabajo. (2021, julio). Avanzar en la reconstrucción con más equidad: Los derechos de las mujeres al trabajo y en el trabajo, en el centro de la recuperación de la COVID-19. Nota de Políticas. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---gender/documents/publication/wcms_814506.pdf
- R.C. (2017). La Justicia restaurativa en América Latina. Ediciones Nueva Jurídica.
- Rojas Cárdenas, J. A., Medina Riofrio, C. A., & Sailema Armijo, J. G. (2021). Abandono En La Niñez Y La Adolescencia, Factores Determinantes En La Efectividad De Los Procesos Administrativos Y Judiciales. *Universidad y Sociedad*, 13(1). <https://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus/article/view/2025>
- Silva, F. (2021). Mediación social y cultura de paz. *Revista de Investigaciones Universidad del Quindío*, 33(1), 241-244.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2010). *Temas Selectos de Derecho Familiar: Alimentos* (Serie Número 1 ed.) [Libro electrónico]. https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/publicaciones_scjn/publicacion/2016-10/TEMAS%20SELECTOS%20DE%20DERECHO%20FAMILIAR%2C%20SERIE%2C%20N%C3%9AM.1%20ALIMENTOS%2082537_o.pdf
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2015). *Reseña Argumentativa del Amparo Directo en Revisión 1754/2015* [Libro electrónico]. https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/resenias_argumentativas/documento/2017-11/res-AZLL-1754-15.pdf
- Worringer, S. (2020, agosto). Family Structure Still Matters. The Centre for Social Justice. <https://www.centreforsocialjustice.org.uk/wp-content/uploads/2020/10/CSJJ8372-Family-structure-Report-200807.pdf>

CAPÍTULO 3

BUENA FE EN EL DERECHO DE FAMILIA

GOOD FAITH IN FAMILY LAW

JUAN ANTONIO PETRIZ ROBLES
Universidad Juárez Autónoma de Tabasco
jantonio30@hotmail.com
<https://orcid.org/0000-0003-1046-2949>

RESUMEN

El presente ensayo tiene por objetivo mostrar que el principio general del derecho de la buena fe es aplicable al derecho de familia, mismo que se encuentra contemplado en el Código Civil del Estado de Tabasco, con sus particularidades. Tema del cual también se ha ocupado el Poder Judicial de la Federación, a través de la determinación de los criterios jurisdiccionales emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Entendiendo que la familia, ya sea matrimonio, concubinato o unión de hecho, tiene el deber de actuar en forma correcta, honorable y con verdad, tanto para el cumplimiento de los deberes como de las obligaciones que tienen entre sí sus integrantes, esto es, fuera de toda mala fe en su relación.

Palabras claves: Familia, buena fe, matrimonio, concubinato.

INTRODUCCIÓN

Unos de los conceptos más importantes en el derecho en general, es la buena fe¹, que se caracteriza por considerar que se trata de una conducta con honradez, verdad o rectitud, expresada en la realización de un hecho o la omisión de un acto que no puede contrariar las características señaladas.

Tiene tal relevancia para el derecho ya que, desde nuestra formación, lo conocemos como un principio general del derecho, aplicable a todas las áreas del derecho, incluido el derecho civil familiar.

1 - Cabe resaltar que existen diferentes acepciones del concepto de "buena fe". De uso jurídico lo encontramos como criterio de conducta al que ha de adaptarse el comportamiento honesto de los sujetos de derecho. Real Academia Española. 2021, Diccionario de la lengua española, 23ª ed., (versión 23.4 en línea). Recuperado a partir de <https://dle.rae.es/fe#AlvDDm2> última visita 24 de junio de 2022.

Los romanos hicieron de ella el instrumento idóneo para alcanzar la solución de equidad en cada caso concreto, mismo que trascendió al Código Napoleón y que de ahí irradian a todas las legislaciones fieles a la tradición francesa, incluida la mexicana (Barroso, 1987).

En el Código Civil del Estado de Tabasco (CCET), se encuentran claras regulaciones de la buena fe en las instituciones de familia (CCET, 2006, artículo 247), tanto para el matrimonio (CCET, 2006, artículo 245) como para el concubinato, con sus obvias particularidades, que tienen trascendencia para las nuevas relaciones de familia.

En la actualidad, hablar de familia lleva diversas connotaciones y definiciones que día a día se van actualizando conforme a las características propias de las relaciones humanas, que van determinando el derecho positivo, el derecho constitucional y los criterios que se derivan de la interpretación que realizan los órganos jurisdiccionales, como los Tribunales Colegiados y la Suprema Corte de Justicia, observando en todo momento la buena fe que debe caracterizar al matrimonio, el concubinato, las sociedades de convivencia o uniones de hechos, por citar algunos ejemplos de las formas de organización de la familia.

Debemos tener en claro, la familia es un hecho, el Derecho es su protección (Álvarez, 2019).

I. Buena Fe. Concepto y generalidades.

En toda relación humana, traducida a una relación jurídica, el consentimiento es un elemento esencial, que consiste en el acuerdo de dos o más voluntades sobre la producción o transmisión de obligaciones y derechos, pero es necesario que esta voluntad tenga una manifestación exterior (Laurent, 2017), expresa o tácita de conformidad con la norma.

Duguit (Borja, 1982) señala que esta voluntad que interviene para la formación de las obligaciones convencionales, al igual que el concurso real de voluntades, no es completa, que en los actos celebrados imperan las necesidades personales de los contratantes, y que siempre existirá una parte fuerte y una débil en cualquier relación jurídica.

Dicha voluntad exteriorizada, en el presente estudio, se ve reflejado en la voluntad de la constitución de la familia, a través del matrimonio, del concubinato o de las uniones de hecho, reconocidas formalmente o reconocidas de hecho, basados en la buena fe de su actuación.

Para acercarnos al concepto de la buena fe como muchas de otras instituciones jurídicas contemporáneas, inevitablemente debemos acudir al derecho romano, para articular una noción de buena fe, entendiendo por tal una forma de proceder caracterizada por la honestidad, por la rectitud verdadera y no sólo formal (Barroso, 1987).

De una revisión que se realice a los textos del derecho romano, podremos observar que existen diversas alusiones a la buena fe en el derecho civil, vinculada normalmente al derecho de bienes o al derecho de obligaciones y de contratos, derivando de esta última la cercanía a la idea de la buena fe en el derecho de familia.

En México, en el Código Civil para el Distrito Federal (CCDF), actualmente Ciudad de México, podemos encontrar diversas referencias a la buena fe en el derecho de familia, en principio, que todo matrimonio se contrae de buena fe y que para destruir esa presunción se requiere prueba plena, de acuerdo con el artículo 257 del citado código (CCDF, 1928, artículo 257).

Otras referencias en el mencionado código civil, se encuentra en la parte relativa a los matrimonios nulos e ilícitos a partir de los artículos 253 al 257, y en el capítulo X, que regula el divorcio.

De igual manera, en el Capítulo XI correspondiente al apartado del concubinato, en el artículo 291 Bis, se establece a favor del concubino que haya actuado de buena fe a demandar del otro concubino, una indemnización por daños y perjuicios.

Por su parte, en el Código Civil del Estado de Tabasco (CCET, 2006, artículo 247), también existen diversas referencias a la buena fe en el derecho de familia, respecto que en todo matrimonio se contrae de buena fe y que para destruir esa presunción se requiere prueba plena.

Asimismo, en el citado código civil, se contienen los efectos legales de la actuación de buena fe en tratándose de los matrimonios nulos e ilícitos a partir de los artículos 245 al 251, y en el capítulo VI del Título Sexto, que regula el divorcio.

Respecto del concubinato, regulado en el capítulo VI, no se establece a favor del concubino que haya actuado de buena fe a demandar del otro concubino, una indemnización por daños y perjuicios, solo el derecho a los alimentos en los términos establecidos para el matrimonio, por un período igual al que haya durado la relación, siempre que el acreedor no contraiga nupcias ni establezca un nuevo concubinato y viva honestamente.

Como es sabido, desde hace ya algún tiempo se ha venido discutiendo el tema de la responsabilidad civil en el ámbito del derecho de familia. Tanto la doctrina extranjera como la nacional ha ido configurando dos grandes tesis: la que acepta una indemnización entre los miembros de la familia y la que rechaza tal pretensión de indemnización (Opazo, 2020).

En este orden de ideas, de la comparación de los códigos civiles expuestos, resulta evidente que para la figura jurídica del concubinato, en Tabasco no existe la pretensión de indemnización, aún tratándose de una actuación de buena fe del concubino afectado y engañado, ya que solo podrá tener derecho a los alimentos.

Al revisar el criterio que ha sostenido el Poder Judicial de la Federación, en relación con el tema de la indemnización, podemos encontrar precedentes dictados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en donde ha resuelto que la figura de la compensación es un mecanismo resarcitorio que surge ante la necesidad de subsanar un desequilibrio generado al interior de la familia, en virtud que uno de los miembros asumió determinadas cargas domésticas y de cuidado en mayor medida que el otro, por lo que con base en ello, puede solicitar la repartición de los bienes acumulados durante la vigencia de la relación de hecho (Suprema Corte de Justicia de la Nación [SCJN], Tesis aislada: 1a. CCXXVII/2018, Diciembre de 2018).

El derecho privado en México tiene como principio rector la protección de la buena fe y, por consiguiente, la sanción a la actuación de mala fe.

II. Derecho de familia.

En el sentido cotidiano, casi para cualquier ser humano, entiende por Derecho de Familia, el que se encuentra íntimamente ligado a la idea de establecer una familia, de constituirla para procrear y tener una vida juntos.

Así, la rama del derecho civil contiene una serie de disposiciones legales que tienen por objeto a las instituciones familiares de todo orden como lo pueden ser: el matrimonio, la filiación, la protección de los integrantes de la familia, el patrimonio de la familia, los diferentes tipos de unión como el concubinato, en su caso, las uniones de hecho, esto es, todo el conjunto de derechos y obligaciones que se deben las partes integrantes de organización familiar.

Esa idea se encuentra formulada como un derecho humano reconocido en el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH, 1948) que dice: “1. *Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.*, ... 3. *La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.*”

De la transcripción anterior, podemos deducir una serie de derechos a favor de los seres humanos, hombres o mujeres, en la búsqueda de eliminación de diferencias históricas o sociales, que han sido desarrollados en una serie de instrumentos de la Organización de las Naciones Unidas tales como: *El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (PIDCP, 1966), *El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (PIDESC, 1966), *y Los Convenios que protegen a las mujeres* (Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer [DEVCM], 1993), *a las personas con discapacidad* (Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad [PFCDPCD], 2006) *y a los trabajadores migrantes* (Convenio internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, 1990).

Así, para comprender el alcance del derecho de fundar una familia, debemos acudir al significado establecido por el Comité de Derechos Humanos (Observación General No. 19, Artículo 23 – La familia), que implica en principio, la posibilidad de procrear y de vivir juntos.

En México, la protección a la familia tiene sustento no solo en el derecho civil sustantivo, sino que tiene como fuente al orden constitucional representado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM, 1917), que en su artículo 4, primer párrafo, establece con toda claridad la obligación del Estado Mexicano de proteger la organización y desarrollo de la familia, entendida está, ampliada a todos sus integrantes.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia ha destacado que el artículo 4º constitucional impone la obligación de proteger la organización y el desarrollo de la familia y ha agregado que el precepto debe entenderse como protector de la familia como realidad social y como concepto dinámico (SCJN, Tesis Jurisprudencial: P. XXIII/2011, agosto de 2011). Así lo señaló en la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010 (SCJN, Contradicción de Tesis 148/2012, agosto de 2010):

(...) en modo alguno, (del) artículo 4º de la Constitución (se desprende) que la Constitución proteja sólo un único modelo de familia -“ideal”- que, exclusivamente, tenga su origen en el matrimonio entre un hombre y una mujer (...) ya que lo que mandata (...) es la protección a la familia como tal, al ser indudablemente la base primaria de la sociedad, sea cual sea la forma en que se constituya, y esa protección es la que debe garantizar el legislador ordinario. (...)

(...) El legislador ordinario, al regular la organización y el desarrollo de la familia, se encuentra compelido a atender a esa realidad social, pero no sólo eso, sino que también esa realidad social debe guiar la interpretación constitucional y legal que realiza esta Corte, como Tribunal Constitucional, a fin de que la Constitución sea un documento vivo, por lo que no sería sostenible interpretar que, aun cuando, como ya vimos, el texto constitucional no alude a un modelo de familia “ideal”, ni al matrimonio entre un hombre y una mujer como su presupuesto (...) el legislador sí esté obligado a protegerlo, por sobre otros tipos de organización familiar, excluyendo a los demás. (...)

(...) se advierten transformaciones sociales relevantes en cuanto a las relaciones entre dos personas y la familia. Así, existen muchas personas que deciden vivir una vida en común e, incluso, tener hijos, sin que deseen contraer matrimonio (uniones libres o de hecho), evolución que dio origen, por ejemplo, a las figuras, ya mencionadas, del concubinato o las sociedades de convivencia. También existen matrimonios heterosexuales que no desean tener hijos; otros que, por razones biológicas, no pueden tenerlos y que, en algunos casos, recurren a los avances médicos para lograrlo, mediante la utilización, por ejemplo, de donaciones de esperma y/o de óvulos, aunque no en todos los casos la ciencia ofrezca soluciones adecuadas; unos más que, aun cuando no tienen impedimento para procrear, optan por la adopción; otros tantos que se celebran entre personas que ya no están en edad fértil o entre personas que ya tenían descendencia y no desean tener una en común, etcétera.

Es evidente que la Suprema Corte de Justicia ha sido clara en determinar que quienes integran uniones de pareja de hecho o de derecho con la finalidad de formar una vida en común son parte de un grupo familiar esencialmente igual, en el que se proporcionan cariño, ayuda, lealtad y solidaridad, y constituyen diversas formas de familia, las cuales están protegidas por el artículo 4º constitucional.

En el mismo sentido, en la Acción de Inconstitucionalidad 8/2014 (SCJN, agosto de 2015), el Tribunal Pleno enfatizó que la protección de la familia que ordena la Constitución no se refiere exclusivamente a la familia

nuclear que tradicionalmente ha sido vinculada al matrimonio: padre, madre e hijos biológicos. La Suprema Corte agregó que la Constitución tutela a la familia entendida como realidad social, lo cual se traduce en que esa protección debe cubrir todas sus formas y manifestaciones existentes en la sociedad: familias nucleares compuestas por padres e hijos (biológicos o adoptivos) que se constituyan a través del matrimonio o uniones de hecho; familias monoparentales compuestas por un padre o una madre e hijos; familias extensas o consanguíneas que se extienden a varias generaciones, incluyendo ascendientes, descendientes y parientes colaterales; y también familias homoparentales conformadas por padres del mismo sexo con hijos (biológicos o adoptivos) o sin ellos.

El criterio del Tribunal en Pleno ha sido retomado en múltiples asuntos de la Suprema Corte de Justicia en que se ha subrayado que nuestra Constitución protege todas las formas de familia y que no existe un modelo de familia ideal (SCJN, AR 581/2012 [diciembre de 2012], AR 152/2013 [abril de 2014], AR 704/2014 [septiembre de 2014], AR 155/2015 [mayo de 2014], Contradicción de tesis 163/2017 [abril de 2008]).

III. Precedente jurídico. Estudio de caso.

El tema del Derecho de familia tradicionalmente ha sido estudiado por los especialistas en Derecho Civil, sin embargo, al haberse producido en los años recientes un intenso proceso de constitucionalización, el enfoque cambia radicalmente y requiere una mirada desde los derechos fundamentales (Carbonell, 2020).

Como efecto del desarrollo de la “constitucionalización” del derecho de familia, ante la defensa de los derechos fundamentales, la Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito, han emitido una serie de sentencias conteniendo los criterios de interpretación que determinan, en algunos casos, una reflexión y nueva forma de evolución de esa rama del derecho familiar en México.

Como parte del presente ensayo, la revisión de los precedentes jurídicos emitidos por el Poder Judicial de la Federación, con lleva el reconocimiento que la resolución de los juicios de amparos interpuestos en materia del derecho familiar constitucional, para resolver en definitiva la litis planteadas entre los integrantes de un grupo familiar, lleva implícito, sin duda alguna, el análisis de la buena fe en la actuación de las partes, no solo dentro de los procesos judiciales, sino desde el origen de la constitución, organización, desarrollo y termino de la familia.

Requiere especial atención, las situaciones jurídicas en las uniones de hecho en donde existen hijos, por lo que el estudio de caso comprende la contradicción de tesis 25/2016 resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN, Tesis Jurisprudencial: PC.I.C. J/45 C, febrero de 2017).

El estudio de la Suprema Corte se centró en determinar si la consideración de que la mujer, que no puede tener la calidad de esposa o concubina del varón con el que procreó un hijo porque éste se encuentra casado, no tiene derecho a recibir alimentos de parte de él, constituye un trato discriminatorio en relación con la mujer que haya procreado con un varón y tiene derecho a recibirlos por ser su esposa o concubina.

Bajo ese contexto, realizó el estudio de los diferentes tipos de familia integrada por una pareja, requisitos, condiciones, derechos y obligaciones, en relación con la institución jurídica de los alimentos

Los siguientes razonamientos a manera de conclusión, fueron expuestos por el pleno de la Suprema Corte:

1) Las parejas que se unen para construir un núcleo que pueda percibirse bajo la noción de familia, está ligada a una convivencia perdurable, es decir, que tengan la intención de que la relación dure en el tiempo, esto es, que no sea solamente pasajera, efímera o transitoria, dado que en estos casos, no se tendría la voluntad de conseguir los fines de una pareja en familia, consistentes en el respeto, la convivencia, la procuración y la ayuda mutua, más allá si se trata de un régimen matrimonial, convivencial o de una unión de hecho como ocurre con el concubinato.

2) El propósito de los integrantes que conforman la pareja de sostener un plan de vida juntos, que puede materializarse al externar su voluntad ante alguna autoridad o por el solo hecho de

conformar una unión de hecho legalmente reconocida, resulta de especial relevancia para determinar si los roles consistentes en la procreación de hijos y en la atención del trabajo doméstico puede generar derechos y obligaciones.

3) Consecuentemente, no puede estimarse que una persona haya desempeñado labores del hogar si éstas no fueron para beneficiar a un núcleo familiar compuesto, entre otras formas, por dos personas que tuvieron la intención de unirse de manera permanente y estable.

4) En tales condiciones, más allá del matrimonio, el concubinato o la sociedad de convivencia, si dos personas no se ubican en el supuesto de estar unidas bajo una relación constante y estable, tampoco puede hablarse de que conforman una familia y menos aún que una de ellas se dedicó a realizar labores del hogar en su beneficio, pues al ser inexistente dicho núcleo, ergo, no puede considerarse que todas las actividades domésticas ya descritas hayan sido destinadas en mayor o menor medida en beneficio del hogar, por lo cual no pueden ser materia de tutela judicial.

Con base en los razonamientos anteriores, resulta evidente que no resulta suficiente para constituir una familia, la existencia de hijos, sino que se requiere además estar unidas bajo una relación constante y estable, para que pueda ubicarse en cualquier de las tres figuras de familias reconocidas por el derecho, con la manifestación exteriorizada de la voluntad de buena fe.

CONCLUSIÓN

El principio de buena fe en el derecho de familia responde a un vivir honestamente, a un respeto a la persona y las relaciones que se derivan del vínculo de pareja, ya sea en matrimonio, concubinato o unión de hecho, de la cual deriva la dirección de la voluntad de la ayuda mutua, la solidaridad y convivencia, que incluye el elemento psíquico, como lo es la voluntad; el elemento económico, la parte patrimonial; y el elemento formal, reconocido en la ley.

Con el desarrollo del reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales, se ha provocado la constitucionalización del derecho familiar.

REFERENCIAS

- ÁLVAREZ MONTERO, José Lorenzo. Constitucionalización de la familia. Xalapa. Universidad de Xalapa. 2019. Disponible en <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/119/dtr/dtr2.pdf>.
- BARROSO FIGUEROA, José. El principio de la buena fe en el derecho civil. México. UNAM. 1987. Disponible en <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/119/dtr/dtr2.pdf>.
- CARBONELL, Miguel. “El nuevo derecho de familia en México”. Revista el Mundo del Abogado. No. 251 marzo 2020. México.
- LAURENT PAVÓN, Angélica Josefina. “Algunas reflexiones sobre la autonomía de la Voluntad y el derecho de familia, el caso del Distrito Federal”. Iuris tantum No. 27 2016-2017. Disponible en https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:MX+content_type:4+date:2015-08-01../%22buena+fe%22+%22derecho+d+e+familia%22/WW/vid/717054113.
- LEÓN Duguít, citado por Manuel Borja Soriano. Derecho de las obligaciones. 12ª ed. México, Porrúa, 1982.
- OPAZO GONZÁLEZ, Mario Alejandro. “La buena fe familiar como un nuevo argumento para sustentar la procedencia de una acción indemnizadora entre los miembros de la familia”. Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia. E-ISSN: 2346-2442. No. 39 Julio-Diciembre de 2020. Disponible en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/6677>.

DISPOSICIONES LEGALES

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
 2. Código Civil del Distrito Federal.
 3. Código Civil del Estado de Tabasco.
-

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

1. Declaración Universal de Derechos Humanos.
 2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
 3. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
 4. Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer.
 5. Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.
 6. Convenio internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.
 7. Observación General No. 19, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 23 – La familia.
-

TESIS Y PRECEDENTES JURÍDICOS

1. Tesis Jurisprudencial PC.I.C. J/45 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tomo II, libro 39, febrero de 2017, p. 1569.
2. Tesis: 1a. CCXXVII/2018, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tomo I libro 61, diciembre de 2018. p. 348
3. Tesis P. XXIII/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXXIV, agosto de 2011, p. 871.
4. Acción de inconstitucionalidad 2/2010, resuelta en sesión de dieciséis de agosto de dos mil diez.
5. Acción de inconstitucionalidad 8/2014, resuelta en sesión de once de agosto de dos mil quince.

CAPÍTULO 4

VIVIENDA Y POLÍTICAS PÚBLICAS: UNA VISIÓN DESDE LOS DERECHOS HUMANOS

HOUSING AND PUBLIC POLICIES: A VISION FROM HUMAN RIGHTS

ÁNGEL SEBASTIÁN RODRÍGUEZ TOSCA

Universidad Autónoma de Yucatán

angeltosca@hotmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-8846-6571>

RESUMEN

El presente trabajo de investigación estudia el derecho humano a la vivienda adecuada desde una visión del discurso internacional, así como desde las políticas públicas como la aplicación por parte del Estado de este derecho.

Palabras clave: *vivienda, derechos humanos, políticas públicas.*

INTRODUCCIÓN

Este documento describe una conceptualización de lo que es la vivienda en términos generales, para posteriormente realizar un estudio de los principales instrumentos internacionales, del cual el Estado mexicano es parte, donde se hace referencia este derecho.

Al haber analizado el concepto de vivienda desde estos instrumentos, permite visualizar como el Estado debe aplicar este derecho en acciones concretas. Es decir, en las políticas públicas, de estado y de gobierno que las instituciones implementen para acceder a este derecho humano.

El derecho humano a la vivienda adecuada

El estudiar el derecho humano a la vivienda adecuada, hace necesario conceptualizar la figura de vivienda desde un concepto básico. La construcción de los derechos humanos parte de una correcta conceptualización, la cual se formará a partir de las distintas disciplinas que englobe la figura a estudiar. En este caso la vivienda puede verse desde diversas perspectivas, tales como, la arquitectura, la ingeniería, la filosofía, la psicología, entre otras disciplinas.

Etimológicamente la palabra vivienda proviene del latín *vivienda* que significa lugar cerrado donde habitan las personas. La Real Academia Española (2021) la define de manera similar como “un lugar cerrado y cubierto construido para ser habitado por personas.”

Estas definiciones permitirán encausar la vivienda hacia los derechos humanos. La vivienda a la luz de los derechos humanos procura que todas las personas tengan garantizado un hogar que cumpla con los elementos generales de los derechos humanos y los particulares que se señalan para el goce y disfrute de la vivienda adecuada.

Los estudios realizados por el Programa de Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos (ONU-Hábitat) son los que guardan una mejor evolución tanto de la definición de vivienda como de los diversos elementos que integran este derecho. Las conferencias de Vancouver en 1976 (Hábitat I), Estambul 1996 (Hábitat II) y Quito 2016 (Hábitat III), brindan avances tanto en el concepto de este derecho humano como en su aplicación, destacando la progresividad en estos elementos.

En la Primera Conferencia sobre los Asentamientos Humanos (Hábitat I) se reconoce que las condiciones de los asentamientos humanos afectan diversas áreas de la persona, el desarrollo humano, social y económico, por lo cual se debía conducir a un plan de acción que desarrollaran estrategias y políticas nacionales para “ocuparse del uso y la tenencia del suelo, el crecimiento de la población, la infraestructura, los servicios básicos y la provisión de viviendas y empleos adecuados, teniendo en cuenta las necesidades de las poblaciones desfavorecidas y marginadas.” (ONU-Hábitat, 2021)

Las agendas internacionales, tratados o convenciones es un tema de suma importancia en los derechos humanos. La normativa en derechos humanos es amplia, va desde lo que se ha mencionado anteriormente, que son los tratados hasta las recomendaciones que hagan los organismos internacionales.

Las agendas en concordancia con los tratados internacionales forman un marco normativo y de referencia de la vivienda, desde su concepción hasta los diferentes elementos que la integran.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos contempla en su artículo 25, el derecho a un nivel de vida adecuado tanto personal como familiar. Específicamente en su numeral 1 dice: “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...” (Asamblea General de la ONU, 1948)

El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966), considera la defensa de la vivienda contra las injerencias arbitrarias o ilegales, de modo que la ley es la que deberá garantizar estos derechos. Sin duda es una mención pequeña e indirecta al derecho a la vivienda, pero necesaria para garantizar los derechos civiles y políticos.

El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en adelante PIDESC, es otro instrumento internacional importante que reconoce el derecho a la vivienda. En su artículo 11, manifiesta que los Estados parte del pacto “reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia...” (Organización de las Naciones Unidas, 1966)

El derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado, busca mejorar las condiciones de existencia, en las que se incluye, la alimentación, el vestido y la vivienda. La vivienda es integrada en el derecho a un nivel de vida adecuado, pero no bajo una visión individualista, sino que contempla la vivienda para sí y para la familia. Es decir, no solo se tiene el concepto de vivienda adecuada, sino que se integra de manera implícita el concepto de vivienda familiar. De igual manera contempla la vivienda como algo que debe de tener una mejora continua.

Existen otros tratados internacionales de los cuales México es parte y en los que se toca de manera indirecta el tema de vivienda. El primero en orden cronológico es la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, que en el capítulo IV, artículo 21, menciona explícitamente el tema de vivienda:

“En materia de vivienda y en la medida en que esté regida por leyes y reglamentos o sujeta a la fiscalización de las autoridades oficiales, los Estados Contratantes concederán a los refugiados que se encuentren legalmente en sus territorios el trato más favorable posible y en ningún caso menos favorable que el concedido generalmente en las mismas circunstancias a los extranjeros.” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1951, pág. 6-7)

Lo interesante de como plantea el tema de vivienda en la cuestión de los refugiados es que lo ubica en el capítulo relacionado al bienestar, junto con otros derechos elementales como la alimentación, la educación y la seguridad social, por lo cual se guarda íntima relación con el derecho a un nivel de vida adecuado.

En el caso de la vivienda para los refugiados se aplica el principio *pro persona* que ha ido cobrando más fuerza, se aplica este principio y se deja la forma a las leyes internas de cada país. Por lo cual la vivienda toma fuerza con base en la calidad de refugiado que tiene cada persona.

La protección de la vivienda en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965), se agrupa con los derechos económicos, sociales y culturales, a lo cual se hace una mención explícita en el inciso e), apartado iii).

Esta mención sucinta solo se hace para enfatizar lo que es el espíritu de la convención de la eliminación de la discriminación racial y esta es la no distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga como fin el menoscabo de los derechos humanos.

En el mismo orden de ideas se encuentra la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979). En relación al artículo 15, que es en el que se encuentra la protección y garantía del derecho a la vivienda, este se enfoca a la mujer rural. Garantizando derechos tanto civiles y políticos como los económicos, sociales y culturales.

Las condiciones de vida adecuada se enfocan de manera particular al tema de vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad, el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones. Por lo que se puede ver que el tema de la vivienda rural se procuran los servicios básicos internos así como las condiciones que propicien un correcto entorno.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1991) ha marcado los siguientes requisitos y características que reúne el derecho a la vivienda, la seguridad jurídica en la tenencia, la disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura, los gastos soportables, la habitabilidad, la asequibilidad, el lugar y la adecuación cultural.

La seguridad de la tenencia como un requisito para garantizar el derecho a la vivienda encuentra diversas formas, el alquiler, el arriendo, los asentamientos informales, entre otros. Sea cual sea la forma de tenencia, lo que busca es una protección legal en contra del desahucio, el hostigamiento y demás amenazas que pongan en peligro a las personas y su vivienda.

Respecto a la disponibilidad de servicios, se contempla la provisión de agua potable, instalaciones sanitarias, energía para la cocción y calefacción, el alumbrado público, la eliminación de residuos, en fin, todos aquellos servicios que garanticen la seguridad, comodidad y nutrición.

Los gastos soportables representan aquellos que no comprometan la satisfacción de otras necesidades básicas. Este punto es importante respecto a aquellas viviendas que no son propias, sino que se encuentran bajo un régimen de renta o que son adquiridas bajo un financiamiento del Estado.

El tema de habitabilidad va de la mano con los espacios adecuados, que dependerá del número de ocupantes de la vivienda. La Organización Mundial de la Salud ha emitido los Principios de Higiene de la Vivienda (1990), como lineamientos para que esta no sea cuna de enfermedades, sino al contrario proteja a sus ocupantes y les brinde las condiciones de vida adecuadas.

Que una vivienda sea asequible se refiere a la capacidad de acceso que a esta todos puedan tener, priorizando a los grupos vulnerables o desfavorecidos, los discapacitados, las personas en situación de pobreza, las víctimas de desastres naturales, ente otros.

El lugar de la vivienda debe permitir el acceso a los empleos, los servicios de atención de la salud, las escuelas, los servicios sociales, para que la vivienda no represente un obstáculo para ejercitar otros derechos como la salud, la educación, la recreación, el trabajo y demás derechos que puedan verse obstaculizados.

Por último, respecto a los requisitos de la vivienda se encuentra la adecuación cultural, que se debe ver plasmada tanto en los materiales y las políticas mismas que deben reflejar estas expresiones y dimensiones culturales de la vivienda verdaderamente como una parte integral del desarrollo humano.

Al ser un derecho humano posee las características de ser universal, interdependiente, progresivo e indivisible. Es deber del Estado que se utilicen todos los recursos disponibles para garantizar la vivienda para todos, es parte de su deber respetar, proteger y cumplir los derechos humanos.

Es importante recalcar que en el derecho a la vivienda implica una participación activa del Estado, al ser parte de los derechos económicos, sociales y culturales, necesita un tramado complejo entre los actores activos y pasivos que permitan que este derecho sea cumplido y se ejerza de manera favorable a la persona. (Espejo Yaksic, 2010)

Existe un debate de la dicotomía existente entre los derechos civiles y políticos, por otro lado, los derechos económicos, sociales y culturales, tan es así que la misma división se ve reflejada en dos pactos elaborados por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Previendo por un lado derechos civiles que poseen una progresividad que muchas veces se da por sí misma y por otro lado los derechos económicos, sociales y culturales que implican una participación activa del Estado. (Cançado Trindade, 1944)

Para el Estado existen obligaciones que van desde la regulación del uso del suelo, la garantía de la participación de la comunidad en la acción urbanística, se regula la materia habitacional y de ordenación de territorio, así como el uso racional de los recursos, la cohesión social y el deber de promoción de la vivienda, tanto social como pública.

La forma retórica en como muchas constituciones, tratados y leyes consagran el derecho a la vivienda puede hacer pensar que se trata de simples declaraciones, sin embargo, el hecho que el Estado se haya obligado en un precepto o una norma hace que este derecho no sea inexistente. (Pissarello, 2013)

Es decir la vivienda posee elementos tanto internos como externos que harán que este derecho sea cumplido de manera correcta y completa. Dentro de los elementos que me he referido acerca de la vivienda como un derecho humano, se encuentra el acceso. El acceder a una vivienda se convierte en uno de los primeros pasos para gozar y disfrutar este derecho, lo cual hará que los siguientes elementos como los servicios básicos, la habitabilidad, la infraestructura, entre otros, entren en acción.

El acceso a la vivienda en términos generales puede definirse como el derecho que tienen todas las personas a poder tener una vivienda, es decir, que cada persona tenga la capacidad de poseer y habitar una vivienda. Esto requiere una participación activa del Estado, sin embargo, no quiere decir que el Estado deba proporcionar una vivienda a cada persona.

El acceso a la vivienda posee dos extremos que deben tomarse en cuenta en el momento de la construcción del mismo. El primero de ellos es determinar el sujeto activo que es la persona, quien debe por los medios

a su alcance intentar el acceso a una vivienda. En el caso del sujeto pasivo se encuentra el Estado como el garante de este derecho.

Al referirme al sujeto activo y a la evidente necesidad de obtener una vivienda por los medios disponibles, me refiero a una participación visible del sujeto y uno de los medios por los cuales puede acceder y obtener una vivienda es a través del trabajo en la economía formal.

Para aquellos que se encuentran en la economía informal (Martínez et. al., 2022) deberán buscar un financiamiento ya sea público o privado para poder acceder a una vivienda, por lo cual será directamente relacionado con los ingresos que se tengan. Otra de las formas que ya no se encuentran relacionadas con el trabajo se encuentran aquellas obtenidas mediante herencias, donaciones, asentamientos irregulares, por mencionar algunas.

Por el lado del sujeto pasivo la tarea es aún mas complicada, operacionalizar el acceso a la vivienda implica otorgar créditos para la misma, brindar espacios para la construcción de la misma, proporcionar los servicios básicos de luz, agua potable y alcantarillado y demás, por lo cual la función del sujeto pasivo será aún mas complicada que la del activo. Por lo tanto el acceso a la vivienda dependerá de un cumulo de factores que propiciarán un acceso universal a la vivienda, para entender estos factores se tendrán que tomar en cuenta las políticas públicas.

Políticas públicas en materia de vivienda con enfoque en derechos humanos

La política pública se define como “un proceso integrador de decisiones, acciones, inacciones, acuerdos e instrumentos, adelantado por autoridades públicas con la participación eventual de los particulares, y encaminado a solucionar o prevenir una situación definida como problemática.” (Velásquez Gavilanes, 2009, pág. 156)

La intención de Velásquez en la definición anterior es de brindar una definición descriptiva y no normativa como suele ocurrir en el tema de las políticas públicas. Mencionar las distintas políticas públicas en distintas materias como salud, educación, vivienda, entre otras, nos hace darnos cuenta de que estas van de la mano ya con algún programa o acción de gobierno, sin embargo, es necesario definir y describir lo que es.

Esta definición cuenta con cuatro elementos que son vitales para formar este concepto. El primero se refiere a que es un proceso que integra desde decisiones hasta instrumentos, los cuales llevarán a cabo una acción. El segundo de los elementos es la participación de las autoridades públicas, en otras palabras, el Estado, que de igual manera puede involucrar a particulares mediante las concesiones o licitaciones.

Como tercer elemento se tiene que las políticas públicas responden a una necesidad, de prevenir o solucionar un problema que se viva en la sociedad. Por último y como cuarto elemento las políticas públicas se hacen vivas en el ambiente en el que son implementados, por lo cual podrá mantenerse y de alguna manera renovarse o en su caso ser solo una solución paliativa a la situación problemática.

Si bien es cierto que el estudio y análisis de las políticas públicas son de estudios previos a los derechos humanos, es necesario aclarar que no por eso estas irán separadas de los mismos. La observancia de los derechos humanos dentro de las políticas públicas se hace evidente, en los actuales programas de gobierno. Los derechos humanos se contemplan ya sea para justificar o motivar las acciones propuestas.

Estas políticas satisfacen una demanda de la sociedad, la que responde a esta dinámica en la que el Estado provee un sistema de normas, instituciones y acciones para la sociedad, las cuales de una u otra manera necesitan el reconocimiento de los grupos a los cuales se dirige.

Este es el primer requisito para que una política pública tenga el enfoque en derechos humanos, el reconocimiento de los derechos específicos del grupo de personas que lo demandan. El segundo requisito es la universalidad de la acción, que sea dirigida a todas las personas sin ningún tipo de discriminación. El

tercer requisito se refiere a que existan mecanismos que aseguren la participación activa de la sociedad. El último requisito se refiere a que se deben de propiciar mecanismos que atiendan, promuevan y protejan los derechos que respaldan esa política pública. (Guendel González, 2002).

El Estado mexicano crea y fomenta políticas de Estado, de gobierno y públicas, que priorizan la vivienda para aquellos trabajadores que no han tenido acceso a la misma. Por medio del trabajo, la persona obtiene los recursos para acceder a la vivienda, lo cual le permite satisfacer sus necesidades básicas y desarrollarse.

Para que un derecho pueda catalogarse como un derecho en acción deben existir condiciones para que se propicie, así como características esenciales para que no se quede en un concepto, sino que logre su completa eficacia. La eficacia de los derechos humanos, estriba en su aplicación, no obstante, la aplicación de éstos no depende únicamente de que se encuentren plasmados en la norma, sino que los factores económicos, sociales y culturales formen una parte integral de su efectividad.

Para respaldar un derecho humano y convertirlo en un derecho en acción se encuentran tres tipos de políticas que lograrán dar un sustento al mismo. La primera de ellas son las políticas de Estado, que son las acciones de gobierno que tienen un alcance nacional y responden a necesidades estratégicas para el funcionamiento del país; las políticas de gobierno son aquellas propuestas por el gobernante en turno y que se ven reflejadas en el plan nacional de desarrollo, por último, las políticas públicas, como su nombre lo dice se sustentan en el análisis y diagnóstico de los problemas públicos específicos. (Franco Corzo, 2013)

Si bien es cierto que existen políticas de Estado, gobierno y públicas que protegen y garantizan el derecho a la vivienda adecuada, existen datos que reflejan que el acceso a la vivienda aún no se encuentra del todo garantizado. De acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística y Geografía, en adelante INEGI, en México existen más de 31,949,709 viviendas particulares habitadas, en las cuales viven aproximadamente 3,7 personas por vivienda. (Encuesta Intercensal, 2015)

No obstante, al analizar estos datos de manera aislada refleja que casi el total de la población se encuentra ocupando una vivienda. Aunque habría que tomar en cuenta otros datos como el tamaño de la vivienda, la calidad de los materiales utilizados para su construcción, los servicios con los que cuenta, es decir, los elementos que considera el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas que debe de tener una vivienda para considerarse adecuada.

CONCLUSIÓN

El tema de la vivienda como derecho humano como bien se pudo analizar a lo largo de este artículo, encuentra una relación directa con los derechos económicos y sociales, sin embargo, el tema de la vivienda debe ser relacionado con aspectos como la satisfacción de necesidades básicas de la persona.

Al ver como diversos tratados internacionales hacen mención de manera directa como indirecta de este de derecho hace ver que su interrelación con derechos como el nivel de vida adecuado, la alimentación, el trabajo, el acceso a servicios básicos, entre otros, permite que este derecho sea en ocasiones base para que otros puedan darse.

Por lo cual el Estado al promover políticas públicas, programas o acciones dirigidas a que las personas puedan acceder a una vivienda deben de tener una apertura a diversas modalidades. Si bien es cierto, que la economía formal es una de las maneras de acceso a estos programas, no hay que dejar de lado a las economías informales y aquellas otras formas de acceso a este derecho.

Incorporar agendas estatales o nacionales con perspectiva de derechos humanos, implica ampliar estas miradas tradicionales de acceso a la vivienda y permitir que la universalidad de los derechos humanos sea verdaderamente tomada en cuenta. Lo complicado de esto recae en la clasificación de ser un derecho económico y ajustado al presupuesto donde convergen no solo los intereses públicos sino que de igual manera los privados.

Ante esto se podría decir que la vivienda encuentra factores externos que determinan como la progresividad de este derecho irá reduciendo la brecha estadística de personas que no han podido acceder a este. El paso a dar no se encuentra en contemplar los derechos humanos dentro de las agendas sino en que los intereses públicos y sobre todo los privados coincidan con el derecho humano a la vivienda adecuada.

REFERENCIAS

- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. París, Francia.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1951). Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. Ginebra, Suiza.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1951). Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Nueva York.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1965). Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Nueva York.
- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Nueva York.
- Cançado Trindade, A. A. (1944). La protección internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Serie: Estudios de Derechos Humanos*.
- Comisión Nacional de Vivienda. (2020). *Programa emergente de vivienda*.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1991). *Observación General N°4*.
- Espejo Yaksic, N. (2010). El derecho a una vivienda adecuada. *Centro de investigación social*, 48-63.
- Franco Corzo, J. (2013). *Diseño de Políticas Públicas*. México: IEXE.
- Guendel González, L. (2002). Políticas Públicas y Derechos Humanos. *Revista de Ciencias Sociales*, 105-125.
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía. (2015). *Encuesta Intercensal*.
- Martínez, G., Silva, F. & Juárez, A.A. (2022). Economía informal: descripción conceptual y mirada al contexto mexicano. *Telos: revista de Estudios Interdisciplinarios en Ciencias Sociales*, 24 (2), 256-271.
- DOI: [www.doi.org/10.36390/telos242.04](https://doi.org/10.36390/telos242.04)
- ONU-Hábitat. (15 de mayo de 2021). *United Nations Human Settlements Programme*. Obtenido de <https://unhabitat.org/es/node/2971>
- Organización de las Naciones Unidas. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*.
- Organización Mundial de la Salud. (1990). *Principios de Higiene de la Vivienda*. Ginebra.
- Pissarello, G. (2013). El derecho a la vivienda: constitucionalización débil y resistencias garantistas. *Chapecó*, 135-157.
- Real Academia Española. (15 de mayo de 2021). *Diccionario de la Lengua Española 23 ed*. Obtenido de <https://dle.rae.es/vivienda>
- Velásquez Gavilanes, R. (2009). Hacia una nueva definición del concepto de política pública. *Desafíos*, 149-187.

CAPÍTULO 5

EL RÉGIMEN PATRIMONIAL EN EL CONCUBINATO, COMO CATEGORÍA SOSPECHOSA

THE PATRIMONIAL REGIME IN CONCUBINAGE, AS A SUSPICIOUS CATEGORY

JANETT CARRILLO CERINO
Universidad Juárez Autónoma de Tabasco
Fiscalía General del Estado de Tabasco
janettcarrilloc@hotmail.com
<https://orcid.org/0000-0003-3248-8410>

RESUMEN

Las parejas mexicanas que haciendo uso del libre desarrollo de la personalidad, eligen unir sus vidas a través de la figura del concubinato, deben ser tratadas con respeto y gozar de los mismos derechos que se establecen para el matrimonio, por ello la importancia de contar con una certeza jurídica respecto a los bienes adquiridos durante el concubinato, los cuales deben ser protegidos y atender esta exigencia social.

Palabras claves: *Tipo de régimen, sociedad conyugal, separación de bienes*

INTRODUCCIÓN

La familia como núcleo de la sociedad, debe ser protegida en cada una de sus formas. En la era posmoderna, realidad social que vivimos hoy, se han sumado varias formas de familia, una de ellas el concubinato, como medio de ejercer el derecho a tener una vida en común con una pareja, con la finalidad de la ayuda recíproca, relación afectiva y permanencia, sin necesidad de el formalismo que implica el matrimonio, no es algo nuevo, lo novedoso radica precisamente en cómo los tipos de familia se han ido transformando a través del tiempo y el reconocimiento que ha hecho el derecho de esas uniones en materia de sucesiones, alimentos, y lo que aún falta por reconocer para estar en condiciones de hablar de igualdad.

Las uniones de hecho, definitivamente traen implicaciones jurídicas y por lo tanto requieren exista certeza jurídica en todos sus hechos, además de ser tratados con igualdad, sin ningún tipo de discriminación, de conformidad como lo indica el artículo primero constitucional.

En ese sentido, el artículo 153 del Código Civil para el Estado de Tabasco, señala: “habrá concubinato cuando una pareja de hombre y mujer sin impedimento para contraer matrimonio vivan juntos públicamente como si fueran marido y mujer, durante un año, o menos si hubiere hijos.

La figura del concubinato en la era prehispánica, precisamente cuando llegaron los españoles a colonizar a las personas originarias que vivían en el territorio mexicano, se pudieron encontrar que el tipo de unión que existía era poligámica, fueron los españoles quienes al imponerles una religión los bautizaron y eligieron una sola pareja para cada uno de los varones que tenían múltiples parejas, además de instaurar el matrimonio de un hombre con una mujer por la religión católica apostólica romana. (Sánchez, 2013, p.7)

En la actualidad el concubinato sigue siendo muy recurrido, por ello el Estado como protector de todas las formas de familia debe velar porque exista justicia, ante cualquier conflicto que se suscite dentro de las relaciones familiares, los cuales surgen al momento de la separación al terminar la figura del concubinato, al no existir un régimen económico específico, surgen preguntas de ¿Cómo serán divididos los bienes que adquirimos con el trabajo de ambos? ¿Puedo recurrir ante un juez para realizar la división de bienes adquiridos durante la unión de hecho? ¿Tendré los mismos derechos que en el matrimonio? como no existió una formalidad en la unión de hecho ¿No me corresponde nada? y por estar los bienes a nombre de uno de los concubinos ¿Sólo a él le corresponde? ¿Podrá regir el régimen de sociedad conyugal en el concubinato? o ¿Qué tipo de régimen podrá aplicar? ¿Cómo dividimos la casa o el automóvil? Preguntas que surgen ante una separación, la incertidumbre que genera, no contar con la formalidad del matrimonio o una legislación específica al respecto. Cuestionamientos que desarrollaremos en el presente artículo.

El régimen patrimonial en México

El régimen patrimonial en México, lo encontramos en cada una de las legislaciones de los diversos estados que conforman la república mexicana, a saber: sociedad conyugal y separación de bienes, los cuales se actualizan al momento de contraer matrimonio. Entendiendo por sociedad conyugal la formación y administración de los bienes en común. Y en el de separación de bienes los cónyuges conservan la propiedad individual de los bienes que adquirieron antes del matrimonio y los que adquieran celebrado éste. (Artículos 189 y 213 Código Civil del Estado de Tabasco)

Existe también un tercer tipo de régimen, denominado patrimonio de familia definido por Pérez Fuentes, como “una institución de interés público por la cual se destina uno o más bienes a la protección económica y sostenimiento del hogar y de la familia. Pueden ser objeto del patrimonio de familia, la casa habitación con el mobiliario de uso doméstico, una parcela cultivable, establecimientos industriales y comerciales explotados en familia”. (Pérez y Cantoral, 2013, p. 50)

Es importante hacer mención, que el patrimonio de familia se encuentra regulado en la fracción XVII, del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el que señala: “Las leyes locales organizarán el patrimonio de familia, determinando los bienes que deben constituirlo, sobre la base de que será inalienable y no estará sujeto a embargo ni a gravamen ninguno”. (Artículo 27 Constitucional)

El patrimonio de familia en México, es por tanto una institución de interés público, por la cual se destina uno o más bienes a la protección económica y sostenimiento familiar con las características que no son embargables. (Pérez Fuentes, 2018, p. 165).

Asimismo, al celebrar matrimonio, dentro de los requisitos es necesario indicar qué tipo de régimen va a imperar en la relación, si sociedad conyugal, o separación de bienes, y de no hacerlo se tendrá por aceptada la sociedad conyugal, el tercer régimen se podrá realizar posterior al matrimonio esto para brindar una mayor protección a la familia, para que no sea embargada o hipotecada.

Así las cosas, la figura de patrimonio de familia, es el único régimen que existe para beneficio de la familia establecida a través del concubinato en nuestra legislación, (artículo 735 del Código Civil para el Estado de Tabasco).

Lo anterior es un aliciente para quienes viven bajo ese tipo de unión, sin embargo, se excluye a esta figura familiar, de la protección y certeza jurídica que brinda desde un principio contar con un régimen específico, y dejando en caso de conclusión del concubinato confiado en las reglas de la sociedad civil, en el que deberá acudir ante un juez para reclamar la repartición de los bienes adquiridos durante la unión de hecho y comprobar cuánto aportó en bienes, para proceder a la división.

Hecho distinto en la sociedad conyugal en el que corresponde el cincuenta por ciento para cada uno de los cónyuges, o si existe acuerdo entre las partes y se reúnen los requisitos de la constitución del patrimonio de familia.

El libre desarrollo de la personalidad en el concubinato

Todas las personas nacemos libres y en ese sentido nuestra libertad debe ser respetada en tanto no dañemos a terceros en el ejercicio de la misma, basados en el principio de la autodeterminación, tomamos decisiones y una de ellas es la unión para hacer una vida en común con una pareja, para lo cual existen formas como el matrimonio, concubinato, sociedad de convivencia.

Al respecto, precisamente elegir el concubinato como forma de integrar una familia, es empezar una relación sin ninguna atadura legal, sin mayores formalidades, pensando que no hay consecuencias jurídicas, pero desde luego que existen.

Pérez Fuentes, señala que los efectos del concubinato en el derecho mexicano son : “a) Derecho a alimentos en reciprocidad; b) Derechos sucesorios recíprocos; c) Presunción de paternidad del concubino respecto de los hijos de la concubina; d) Posibilidad de adoptar; e) Derechos y obligaciones reconocidos con respecto al régimen federal del Trabajo y Seguridad Social en cuanto a pensiones alimenticias en caso de fallecimiento de alguno de los concubinos; f) La posibilidad de pensión alimenticia aunque no se encuentra generalizado en todos los Códigos; g) La posibilidad de formar patrimonio de familia”. (Pérez, 2018, p.157)

Al Estado corresponde respetar esa manifestación de la voluntad de vivir en pareja a través de una unión de hecho, sin realizar ningún tipo de discriminación por razón de estado civil, tal y como indica el artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, lo que corresponde en este sentido es profundizar, ¿Si el Estado realmente respeta el principio del libre desarrollo de la personalidad, al omitir dictar políticas públicas para establecer un régimen patrimonial para los concubinos? De ser cierto que se basa en el respeto para no transgredir el principio del libre desarrollo de la personalidad, y la continuación de concubinos en los juzgados hasta llegar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como los amparos directos en revisión 230/2014, 4116/2015, 4355/2015, 4219/2016, 6333/2017, 3376/2018, para poder liquidar los bienes adquiridos durante el concubinato, en el que pareciera que efectivamente se privilegia al matrimonio, ante lo cual sería importante realizar un ejercicio de ponderación de principios y valores, entre el libre desarrollo de la personalidad e igualdad y responder a un reclamo social, la certeza jurídica en el concubinato.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, afirma que precisamente basados en el respeto a esa voluntad no exteriorizada, anclada en el libre desarrollo de la personalidad, lo que persigue el legislador al abstenerse de establecer presuntivamente un régimen patrimonial específico para los concubinos. Determinando que toda persona en uso de ese derecho puede decidir libremente su plan de vida y la manera de desarrollarlo o llevarlo a cabo, según sus propios intereses deseos y convicciones (Ibarra, 2020, pág. 51).

En razón de lo anterior, aunque no haya un régimen patrimonial decidido para los concubinos por sentido de justicia al disolverse y respetarse el libre desarrollo de la personalidad a cada concubino se le concederá tal y como aportó durante la unión de hecho.

Panorama actual de tipo de régimen del concubinato en México

Ante la ausencia sobre la repartición de bienes en el concubinato, y la protección constitucional de la familia, en todas sus formas y para todos sus miembros, es necesario analizar el artículo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual, entre otras cosas, señala:

- *El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.*

El precepto constitucional, no hace distinción al referirse a la familia, y expresar que sólo se considera como tal a la derivada del matrimonio, por el contrario, protege de forma amplia su significado en cuanto a la organización y desarrollo.

En ese sentido, la familia es el conjunto de personas ligadas por razones de matrimonio, concubinato y filiación, con presencia fáctica en la sociedad a la que además de formarla, la apuntala y vigoriza en la medida del vigor y cohesión observado por cada uno de esos núcleos familiares. (Domínguez, 2011)

Al revisar la legislación de los diversos Estados que integran la república mexicana, podemos analizar que ninguna de las legislaciones civiles o familiares prevé régimen de sociedad conyugal o separación de bienes en el concubinato, algunas como el Estado de Tabasco, establecen la constitución del patrimonio de familia además de fijar reglas para efectos de distribución de bienes a la terminación del concubinato el de una sociedad civil de hecho, establecida también en la Ciudad de México.

Las categorías sospechosas en el concubinato

Las categorías sospechosas referidas en el párrafo quinto del artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que expresamente señala “queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”. (Párrafo V, artículo primero Constitucional).

Discriminar a las personas debido a alguna categoría de las señaladas en el párrafo anterior, hecha por el legislador y que el juez resuelva haciendo distinciones, dando un trato inequitativo al administrar justicia, es algo reprobable y reprochable, en ese sentido es importante analizar si existe una categoría sospechosa al omitir un tipo de régimen para el concubinato, haciendo una diferencia debido al estado civil en comparación con el matrimonio.

Culturalmente hemos crecido con un pensamiento de origen religioso, en que el hombre es la cabeza de la familia, es quien aporta el sostén económico del hogar, la mujer trabaja excepcionalmente, su labor es el cuidado de los hijos y el hogar, por lo tanto al sostener una relación concubinaria y adquirir bienes es el hombre quien escritura a su nombre, (Ibarra, 2020, pág. 46), así al momento de terminación del concubinato será el varón quien se quede con todos los bienes aunque los dos hayan aportado para la compra de los mismos,

en ese sentido existe distinción entre el matrimonio y el concubinato, en razón de que a la mujer casada se le respeta el tipo de sociedad que haya aceptado al momento de celebración del matrimonio, mientras que a la concubina se le excluye de tal respeto y trato de igualdad, contraviniendo un mandato constitucional, debido a que la Constitución protege a todo tipo de familia, independientemente de su conformación.

Alfredo Gutiérrez, señala el concubinato es un tipo de unión de hecho y una forma de constituir una familia, por lo tanto, debe ser protegida por el legislador estatal de conformidad con el artículo cuarto de la Constitución Federal, sin embargo, aunque las familias formadas en concubinato merecen la misma protección que aquellas que fueron formadas en matrimonio, ello no implica que deban ser reguladas de la misma manera. (Ibarra, 2020, p. 54)

El reclamo social de los concubinos que al momento de terminar su relación enfrentan conflictos en la repartición de los bienes por la falta de reglas, las cuales existen para el matrimonio, aduciendo que efectivamente hay una categoría sospechosa en razón del estado civil, en donde un ejercicio comparativo de ambas figuras manifiestan el acuerdo de voluntades para hacer una vida en común, una de forma solemne, expresada ante el Oficial del Registro Civil y la otra de forma tácita, de hecho, al unir sus vidas, en la ayuda mutua y afecto, resultando exactas en fines y objeto, con la única diferencia de la formalidad en el matrimonio.

CONCLUSIÓN

Resulta evidente que concebimos figuras basadas en historia y estereotipos, asumimos conceptos, objeto y naturaleza jurídica de las figuras como el matrimonio, concubinato, y sociedades de convivencia, aunque la realidad que vivimos cada día cambia, nos aferramos a conceptos religiosos, principios morales sociales, que privilegian tipos de familia, lo que hace complejo el entendimiento de un sentido de justicia e igualdad para todas las relaciones familiares, desde luego que el Estado de Tabasco, prevea reglas como la sociedad civil, para efectos de la repartición de los bienes al concluirse el concubinato, resulta benéfico para los concubinos que han ejercido así la libre determinación de la voluntad.

En ese sentido, es importante hacer mención que la reforma Constitucional realizada el 10 junio de 2011, la aplicación de los tratados internacionales, en la que vemos el principio pro persona, como aquél que mayor beneficio otorgue al ser humano titular de esos derechos, representa sin duda un avance importante en el reconocimiento y concepción del derecho, un cambio paradigmático que ha revolucionado ideas e instaurado una mayor protección de la familia. Continuando en el camino de la igualdad, estamos seguros de que en algún momento los legisladores locales establecerán reglas claras para hacer efectivo los derechos de los concubinos al momento de terminar su relación, lo que redundará en una mayor certeza jurídica.

REFERENCIA

Doctrinal

- De Verda y Beamonte, J. R. (2019), Pactos de carácter patrimonial en las uniones de hecho: Un estudio de la cuestión desde la perspectiva de la experiencia española, revista Actualidad Jurídica Iberoamericana, No. 11, pp. 12-63.
- Domínguez Martínez, J. A. (2011), Derecho civil. Familia. Editorial Porrúa.
- González, G., N. C. (2006). La teoría del hecho y acto jurídico aplicado al derecho familiar, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco y Secretaría de Educación Pública.
- Gutiérrez y González, E. (2004), Derecho Civil para la Familia, Editorial Porrúa.
- Ibarra Olguín, A. M., (2020), Concubinatos y Uniones Familiares, cuadernos de jurisprudencia número 4, Centro de Estudios Constitucionales, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

- Opazo, G. M. A., (2020), La buena fe familiar como un nuevo argumento para sustentar la procedencia de una acción indemnizadora entre los miembros de la familia. *Rev. Derecho Privado* no.39, pp. 61-83. <http://dx.doi.org/10.18601/01234366.n39.04>
- Pérez Fuentes, G. M. y Cantoral Domínguez, K., (2013), *Teoría y Práctica de los Derechos Reales en Estudios de Caso*, Editorial NOVUM.
- Pérez Fuentes, G. M. (2018), La dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de familia en México, principales criterios jurisprudenciales, *Iuris Tamtum, Revista Boliviana de Derecho*, N° 25, enero 2018, ISSN: 2070-8157, pp. 144-173. http://www.scielo.org.bo/pdf/rbd/n25/n25_a05.pdf
- Pérez Fuentes, G. M., (2019), Uniones de hecho en México, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, No. 11, ISSN 2386-4567, pp. 320-351. www.revista-aji.com/wp-content/uploads/2019/09/320-351.pdf
- Sánchez, O. M. (2013), *Sociología General y Jurídica*, Editorial Porrúa
- Legisgrafía
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada el 5 de febrero de 1917, última reforma el 24 de diciembre de 2020.
- Código Civil para el Estado de Tabasco, publicado en el Periódico Oficial para el Estado de Tabasco, última reforma publicada en el SUP. 7808 del 05 de julio de 2017.
- Código Civil para el Distrito Federal, publicado en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México, última reforma el 09 de enero de 2020.
- Código Familiar para el Estado de Morelos, publicado en el Periódico Oficial del Estado de Morelos, el 01 de octubre de 2006, última reforma el 25 de noviembre de 2020.
- Tesis XI.10.A.T.35 K (10a.) *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. III, noviembre 2018, p. 2307.
- Tesis 1a. CCCXVI/2015 (10a.) *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* Décima Época, t. II, octubre de 2015, p. 1646
- Tesis 1a./j.41/2022(11ª.) *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, undécima época, t. III, 13 de mayo de 2022, p.3015

CAPÍTULO 6

DERECHOS HUMANOS Y SOCIEDAD: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL RESPETO HACIA LOS DERECHOS HUMANOS

*HUMAN RIGHTS AND SOCIETY: JURISPRUDENTIAL ANALYSIS OF
CITIZEN PARTICIPATION IN RESPECT FOR HUMAN RIGHTS*

JESÚS ANTONIO PIÑA GUTIÉRREZ
Universidad Juárez Autónoma de Tabasco
jesuspina.docencia@gmail.com
<https://orcid.org/000-0002-4506-3115>

RESUMEN

Derecho y sociedad son dos elementos que se han conjugado desde la primigenia idea de orden, justicia y seguridad; pues todo conjunto organizado de personas ha exigido instituciones que representen los intereses sociales y que mantenga el equilibrio para lograr el progreso colectivo. De ahí que los avances y evolución de las normas y las instituciones se entienda a la par de los cambios sociales que se dan desde lo local a lo global, por exigencias económicas, sociales y culturales. Por ello, este documento describe elementos constitutivos de la interrelación de los derechos humanos aplicados por la sociedad.

Palabras clave: *derechos humanos, sociedad, ciudadano.*

INTRODUCCIÓN

El progreso de un país en los aspectos de orden, justicia y seguridad precisa de todo un sistema que le dé soporte a las actividades que desarrollan los actores económicos y sociales. Así, es tal el binomio derecho y sociedad que actualmente todo aspecto de la vida humana se halla juridificado como signo de la confianza hacia una estructura creada para mantener la previsibilidad de la vida relacional entre personas. De manera similar lo indica Soto Flores, al señalar que, “como órdenes normativos podemos encontrar muchos, pero el jurídico es el

más importante para la vida social, debido a que asegura su cumplimiento en forma coactiva” (2011: 143).

De esta forma, estos aspectos se entrecruzan y son puntos de apoyo que se necesitan mutuamente. Esto se entiende mejor si lo vinculamos con otro elemento necesario para el progreso, la economía. Así se explica si vemos dos funciones que tienen el derecho y el Estado en relación con ésta; a saber, la función regulatoria y la función de soporte. Respecto a la primera función, el orden jurídico trata de diseñar un conjunto de instituciones y normas que regulen las relaciones verticales entre las personas y el Estado, con el fin de establecer una serie de limitaciones al poder y un respeto a la esfera jurídica de los individuos. Por otra parte, la función denominada de soporte busca crear certidumbre en las relaciones horizontales, es decir, entre personas, empresas, sociedad civil, etc. (Fix Fierro, 2018, pag. 222).

En el mismo orden, el derecho, al recoger una serie valores éticos que se consideran necesarios en toda sociedad justa y bien desarrollada, buscará, a través del Estado, materializarlos para que cada persona alcance su realización de acuerdo con sus objetivos e ideales. Este aspecto sustancial, que tiene como actor principal a todos los poderes públicos, son plasmados como derechos humanos en las normas fundamentales para que sean respetados por todos. Por ello, ante cualquier trasgresión de la norma suprema, se han establecidos mecanismos para asegurar su respeto y su garantía en el orden jurídico.

De este conjunto de ideas desarrolladas queremos resaltar que el derecho, como conjunto de normas e instituciones es pieza necesaria y fundamental en los cambios sociales. Es decir, más allá de la visión clásica y hasta cierto punto estática del orden jurídico como regulador de las relaciones sociales y actor principal en la conducción de los conflictos por vías institucionales, el derecho y sus instituciones inciden en las transformaciones que se han establecidos en las sociedades. Todo ello para crear espacios inclusivos ante prácticas exclusivas. Un ejemplo de ello fue el Caso Brown contra El Consejo de Educación de Topeka, en el que la Corte Suprema de los Estados Unidos declaró inconstitucional las leyes que establecían la segregación racial en las escuelas. Este fallo histórico fue un paso importante para el respeto de los derechos civiles de las personas afroamericanas. En el mismo sentido, pero desde una visión de la justicia constitucional mexicana, se ha señalado que “los órganos jurisdiccionales tienen la obligación de reparar las violaciones generadas por la discriminación por motivos de género e impulsar un cambio social, para lograr una sociedad en la que se mejoren las relaciones socialmente establecidas” (Tesis: VII.20.C.193 C (10a.)).

Por lo que se puede observar, el rol de los poderes públicos (principalmente las cortes y tribunales constitucionales) es el de transformar las realidades a partir de entender a las constituciones como instrumentos de cambio. Así, no por nada se habla de un constitucionalismo transformador, que permita impulsar los grandes cambios que se necesitan en la sociedad. En lo que sigue, nos proponemos analizar algunos de estos cambios que se han dado en la forma de entender y ver a las sociedades a partir de las decisiones que se han tomado desde la jurisdicción constitucional de México.

Aspectos de participación ciudadana y derechos humanos

La justicia constitucional a partir de la segunda mitad del siglo XX ha cobrado un rol protagónico junto a los otros poderes. Su función ha sido tal, que ha influido dentro de las sociedades, es decir, en la percepción

que la colectividad tiene de ésta y las reacciones que conlleva su actuación (Cossío Díaz, 2017, p. 36). De ahí que en los sistemas democráticos se acuda a ella con el propósito de mantener a la autoridad dentro de los parámetros constitucionales.

Por otra parte, la sociedad civil se ha apropiado del discurso de los derechos humanos y los ha utilizado como herramienta de lucha contra las desigualdades, principalmente a través de los litigios estratégicos en donde se busca cambiar las fallas estructurales que persisten en los espacios públicos.

Esto se ha logrado en parte por la apertura que se ha dado a través de la democratización del país y de la integración de normas y prácticas internacionales que permiten darle un mayor alcance a los deberes y obligaciones que en conjunto tiene el país ante los sistemas internacionales y regionales de derechos humanos. De manera puntual, este aspecto se determinó con las reformas constitucionales de 2011 en materia de derechos humanos, la cual estableció un bloque de constitucionalidad como herramienta jurídica que conjuga los derechos humanos de fuente nacional y convencional, y que forman parte del sistema de vínculos establecidos a los poderes públicos y privados, en aras de la plena efectividad de los derechos fundamentales de las personas.

En este sentido, la Primera Sala de la SCJN estableció que en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos los Estados, históricamente, son los principales responsables de velar por que los derechos humanos de los ciudadanos sujetos a su soberanía sean respetados cabalmente en su espacio territorial, de donde se infiere la fórmula tradicional de que el ámbito internacional de protección tiene solamente una función “complementaria”. Esto es, la efectividad de un convenio internacional radica en que los propios Estados parte actúen de buena fe y que, voluntariamente, acepten cumplir los compromisos adquiridos frente a la comunidad internacional, en el caso concreto, los relativos a la protección y/o defensa de los derechos humanos de sus gobernados. Esta afirmación se conoce con el aforismo *pacta sunt servanda* -locución latina que se traduce como “lo pactado obliga”-, que expresa que toda convención debe cumplirse fielmente por las partes de acuerdo con lo estipulado y en términos del artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Ahora bien, de la interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con el numeral 4o. de la Ley sobre la Celebración de Tratados, se advierte que tanto la Constitución como los referidos tratados internacionales son normas de la unidad del Estado Federal cuya observancia es obligatoria para todas las autoridades, por lo que resulta lógico y jurídico que dichos instrumentos internacionales, suscritos y ratificados por nuestro país, con énfasis prioritario para aquellos vinculados con derechos humanos, como lo es la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), sean de observancia obligatoria para todas las autoridades del país, previamente a la reforma constitucional de 10 de junio de 2011.

Sobre el particular, destaca que la razón por la cual se modificó nuestro marco constitucional en junio de 2011, no fue para tornar “exigibles” a cargo de nuestras autoridades estatales la observancia de los derechos humanos previstos en los tratados internacionales, toda vez que, se reitera, dicha obligación ya se encontraba expresamente prevista tanto a nivel constitucional (artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), como a nivel jurisprudencial; así, como la Primera Sala ha sustentado en diversos precedentes, dicha reforma, entre otros objetivos, tuvo la inherente finalidad de fortalecer el compromiso del Estado mexicano respecto a la observancia, respeto, promoción y prevención en materia de derechos humanos, así como de ampliar y facilitar su justiciabilidad en cada caso concreto, a través del denominado sistema de control convencional (1a./J. 62/2022 (11a.)).

De esta forma, para la materialización de este conjunto de normas, el papel de la Suprema Corte ha sido por demás determinante al integrar dentro de la interpretación constitucional los criterios establecidos por los organismos internacionales y regionales de derechos humanos. De ahí que se dé una interpretación evolutiva a los derechos al ampliar aspectos de estos y observarlos desde otras dimensiones que antes no se contemplaban dentro de los mismos.

Para muestra de lo anterior nos podemos referir al derecho humano al medio ambiente, el cual no sólo debe entenderse como un derecho subjetivo a un espacio equilibrado de los elementos naturales que permitan el adecuado desarrollo y bienestar de las sociedades presentes y futuras, sino también como un derecho de alcance colectivo que permite la integración de la sociedad en las decisiones públicas que puedan afectar el equilibrio ambiental.

Así, desde el ambiente internacional (principalmente el principio 10 de la Declaración de Río) se ha hecho énfasis en que, una de las mejores formas de abordar las cuestiones ambientales es desde el espacio público, con la participación directa e informado de los sujetos que se pudiesen ver afectados por proyectos que alterarían el equilibrio ambiental. En este punto, con la ampliación de la legitimación que da el interés legítimo, la justicia constitucional se convierte en instrumento que puede abrir el diálogo democrático a aquellas voces que no fueron escuchadas por parte de los otros poderes.

En este aspecto, es importante señalar lo que resolvió la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el amparo en revisión 365/2018. Como antecedente del asunto, el 6 de agosto de 2014, ocurrió un derrame que afectó los ríos de Sonora y Bacánuchi a causa de la operación de las instalaciones mineras de Buenavista de cobre, S.A de C.V.; el 25 de febrero del mismo año, los pobladores de Bacánuchi se enteraron de la construcción de una nueva presa de jales por parte de la mencionada empresa, y afirmaron que derivado de lo anterior se vi alterado el camino tradicional que une la comunidad de Bacánuchi con la ciudad de Cananea.

Por tal razón, un grupo de representantes de dicho grupo afectado, promovió juicio de amparo contra la omisión de realizar una consulta a los integrantes de la comunidad de Bacánuchi antes de otorgar la autorización de construir y operar una nueva presa de jales mineros, que se atribuyó a la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales.

De la demanda de amparo le tocó conocer al juez décimo de distrito en el estado de Sonora. Seguido los trámites de ley, el juez sobreseyó en el juicio, al considerar que no eran ciertos los actos reclamados al secretario del Medio Ambiente y Recursos Naturales consistentes en la omisión de realizar una consulta a los integrantes de la comunidad de Bacánuchi, antes de emitir una autorización para construir y operar una nueva presa de jales mineros. Asimismo, el juez consideró que la quejosa no acreditó su interés legítimo.

Posterior a ello, la parte quejosa interpuso recurso de revisión, al que le tocó conocer al Tercer Tribunal Colegiado en materias Penal y Administrativa del Quinto Circuito, el cual consideró sobreseer en cuanto la inexistencia de actos atribuidos al Secretario de la SEMARNAT; y consideró que los quejosos sí habían demostrado su interés legítimo. Por otra parte, el tribunal colegiado consideró que el asunto revestía las características necesarias para que fuese conocido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por ello solicitó que ejerciera su facultad de atracción para conocer del asunto. Dicha facultad de atracción fue ejercida por la Suprema Corte el 27 de abril de 2018.

En ese punto, cabe recordar que los quejosos señalaron como acto reclamados la violación de su derecho a participar de manera informada en aquellos asuntos que pudiesen afectar su derecho al medio ambiente sano, ya que las autoridades responsables habían omitido llevar a cabo una consulta previa a las personas que viven en la comunidad de Bacánuchi, ante de emitir en favor de la tercera interesada (Buenavista de cobre, S.A. de C.V.), autorización para construir y operar una presa de jales mineros.

En lo que respecta al fondo del asunto, y después de que la Segunda Sala de la SCJN estudiará el marco normativo nacional e internacional en materia de medio ambiente, acceso a la información pública y participación ciudadana, determinó que el hecho de que las autoridades responsables no hubiesen consultado a los integrantes de la comunidad Bacánuchi previo a la emisión de la autorización otorgada a la tercera interesada para construir y operar una presa de jales mineros, viola el derecho de los demandantes a participar de manera informada en aquellos asuntos que pudiesen afectar su derecho al medio ambiente sano.

Ello en virtud de que la obra tiene por objeto el almacenamiento o disposición final de los jales, esto es, los residuos sólidos generados en las operaciones primarias de separación y concentración de minerales, los cuales son considerados como residuos peligrosos en términos de la NOM-052-SEMARNAT-1993. Por ello se debió garantizar su derecho a la consulta y participación en todas las fases de planeación y desarrollo de dicho proyecto, en la medida que puede afectar el medio ambiente del territorio que hábitat.

Así, la omisión de consultar a la comunidad de Bacanuchi respecto de la construcción de una presa de jales mineros por parte de la tercera interesada, impidió que pudieran influir en el proceso de adopción de decisiones respecto de un proyecto que podría afectar su derecho al medio ambiente sano.

Considerando fundados los conceptos de violación, la Segunda Sala de la Suprema Corte determinó conceder el amparo y protección de la justicia de la Unión para efectos de que las autoridades responsables, en el ámbito de su competencia:

- 1) Organicen una reunión pública de información en la que se explique a la quejosa los aspectos técnicos ambientales que se tomaran en cuenta para la construcción; los posibles impactos que se podrían ocasionar por su operación; las medidas de prevención y en su caso de mitigación que serán implementadas.*
- 2) Se les dé la oportunidad de manifestar sus preocupaciones y posibles sugerencias, con la finalidad de que sean escuchadas y las autoridades las tomen en cuenta.*
- 3) las autoridades competentes deberán usar todos los medios a su alcance con el fin de evitar que la obra cause daños significativos al ambiente.*

De lo anterior se desprende que, en materia ambiental, la participación ciudadana en los procesos de toma de decisiones públicas es indispensable cuando se pueda ver alterado el entorno en el que habitan. En este sentido, la deliberación pública es el pilar para tomar en cuenta por parte de las autoridades. Pero además se precisa garantizar el derecho a la información como garantía para el diálogo democrático en términos adecuados, donde se pueda ponderar todas las dimensiones de las acciones a tomar. Así, se torna ineludible este compromiso impulsado desde el contexto internacional, y en el cual empieza a ser construido desde la justicia constitucional al abrir los canales de diálogo a voces que en un principio no fueron escuchadas.

En fecha reciente, la Primera Sala de la Corte ha señalada que en materia de protección a los derechos y las libertades de las comunidades y pueblos indígenas que habitan dentro del territorio nacional, la Constitución General y el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), reconocen el derecho a la consulta previa, libre e informada, así como la correlativa obligación de todas las autoridades del Estado Mexicano de hacer efectivo dicho derecho cuando se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. Pues bien, conforme a dicho marco constitucional y convencional, resulta vinculante para todas las autoridades mexicanas cumplir con el deber de consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

De ahí que, si tal prerrogativa deriva de los textos constitucional e internacional y en todo momento que se analice un acto o legislación subyace el derecho a la consulta previa, es claro que el hecho de que en la Ley Minera no se prevean expresamente los mecanismos para hacer efectivo tal derecho fundamental, ello no implica que las autoridades encargadas del proceso de otorgamiento de títulos de concesión minera vinculados con el territorio habitado por comunidades o pueblos indígenas, no estén obligadas a realizar la consulta, pues basta su reconocimiento y existencia en normas de jerarquía superior para que sea respetado y oponible para el Estado Mexicano (Tesis: 1a./J. 62/2022 (11a.)).

CONCLUSIÓN

Los avances que ha dado el Estado mexicano en la construcción de estructuras sociales inclusivas, en donde mujeres y hombres tengan iguales oportunidades en el acceso a mejores condiciones de crecimiento, y con ello puedan contribuir a la conformación de una sociedad pluralista y equitativa para México, han sido significativos. Sin embargo, la estructura misma de esta construcción ha sido sometida a tensiones que han puesto en evidencia la existencia de grietas que dejan ver problemas subyacentes, los cuales deben ser atendidos a tiempo si se quiere tener una base sólida que sostenga el crecimiento democrático, económico y social del país. Este es el papel que juega la agenda de derechos humanos que se ha planificado conjugando el marco nacional y las prácticas internacionales.

Así, en esta última década se ha robustecido con la jurisprudencia de la Suprema Corte, como uno de los poderes encargados de dotar de contenido a las normas constitucionales. De ahí que su labor tengo actualmente una importancia capital en la transformación de nuestro sistema jurídico. Así, nuestro Máximo Tribunal le ha “dado relevancia al debido proceso, la presunción de inocencia, y el derecho de las víctimas a conocer la verdad; los derechos de las niñas, niños y adolescentes en las controversias familiares; dotó de contenido sustantivo el principio de igualdad entre el hombre y la mujer a través de la perspectiva de género y de la paridad en la vida democrática; desarrolló y defendió los derechos de las personas con discapacidad, las personas y comunidades indígenas, y las minorías sexuales; afianzó la libertad de expresión como piedra angular de la democracia constitucional; y tuteló la autonomía de las personas para elegir y materializar plenamente su proyecto de vida” (Zaldivar Lelo de Larrea, 2021). En pocas palabras, en 10 años de jurisprudencia, la labor de la Suprema Corte le ha dado una mayor fuerza normativa a nuestro texto constitucional, permitiéndole seguir vigente en nuestro sistema social.

Puntualmente, esta interpretación evolutiva es lo que ha permitido el desarrollo y la integración de voces de la sociedad civil a los espacios públicos, con lo cual se fortalece el canal institucional para que estas puedan canalizar sus reclamos y que sus derechos fundamentales sean visibilizados. Así, en conjunto, este escenario ha dado pie al fortalecimiento del constitucionalismo dialógico, lo que nos debe llevar a entender que las decisiones públicas que pudiesen afectar los bienes de las personas y la sociedad no deben elaborarse al margen de ésta, sino con la participación de ellas. Este es el escenario para la inclusión ciudadana y el desarrollo de la democracia constitucional.

REFERENCIAS

- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Derechos humanos. Apuntes y reflexiones*, México, El Colegio Nacional, 2017.
- FIX FIERRO, Héctor, et.al., *Derechos humanos: Cien años de evolución de los derechos en la Constitución mexicana*, México, Fondo de Cultura Económica, 2018.
- BARRAGÁN, JOSÉ, et. al., *Teoría de la Constitución*, México, 4ª edición, Porrúa, 2010.
- ZALDIVAR LELO DE LARREA, Arturo, “Diez años de derechos humanos”, 2021, disponible en <https://www.milenio.com/opinion/arturo-zaldivar/los-derechos-hoy/10-anos-de-derechos>
- 1a./J. 62/2022 (11a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, registro digital: 2024741.
- 1a. CXCVI/2013 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, junio de 2013, t. I., p. 602.
- Amparo en revisión 365/2018, resuelto por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

CAPÍTULO 7

EL DERECHO HUMANO AL AGUA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

THE HUMAN RIGHT TO WATER IN THE POLITICAL CONSTITUTION OF THE UNITED MEXICAN STATES

PALOMA BALLINA MORENO
Universidad Juárez Autónoma de Tabasco
palomaBM96@hotmail.com
<https://orcid.org/0000-0003-1019-2264>

RESUMEN

Por mucho tiempo se pensó que la abundancia hídrica en el mundo era inagotable, no obstante, en las últimas décadas debido al fenómeno de la escasez del agua que permea en las diferentes regiones del planeta ha dejado atrás la idea del recurso infinito; por el contrario, la comunidad internacional ha puesto en foco de atención las problemáticas que se están generando. En este sentido, el 28 de julio de 2010 la Asamblea General de las Naciones Unidas expidió la resolución A/RES/292 en la que reconoció el derecho humano al agua potable y al saneamiento (AGNU, 2010). Con ello se obligaron todos los Estados a reconocer y garantizar la consecución de este derecho.

Palabras clave: *derecho humano, marco normativo, agua, medio ambiente.*

INTRODUCCIÓN

Hablar del reconocimiento del derecho humano al agua no solo es una cuestión de incorporación en el texto normativo, sino trasciende a la obligación que tienen los Estados como entes garantes de proporcionar a sus gobernados los medios y fines para su goce efectivo. En el caso mexicano, en 2012 este derecho fue incorporado junto con una serie de prerrogativas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM). En esta tesitura, el presente escrito tiene como objetivos exponer la implicación de este derecho; explicar su interdependencia con otros derechos humanos; y analizar algunos criterios emitidos por la

Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en torno a los principios que emanan del mismo.

Reconocimiento del derecho humano al agua en México

En junio de 2011 se realizó una reforma a la CPEUM en materia de derechos humanos, en la cual se reconoció explícitamente que todas las personas gozan de los derechos humanos plasmados en ella, así como en todos los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte, privilegiando siempre la protección más amplia para las personas. Además, quedó establecido que todas las autoridades en el ámbito de sus respectivas competencias deben promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.

Así, se introdujeron dos principios de interpretación vinculados a la garantía efectiva de los derechos humanos, el de «interpretación conforme» y el «pro persona», al determinarse que las normas de derechos humanos deben ser interpretadas de conformidad con la CPEUM y con los tratados internacionales de la manera en que mejor favorezcan a la persona. Lo que significa que, en caso de existir antinomias, deberá prevalecer la norma que implique menor restricción y represente mayor protección para la persona. Al respecto, la SCJN ha emitido diversos criterios jurisprudenciales afirmando que el juzgador debe analizar el contenido y los alcances de la aplicación de la norma, por lo que al presentarse distintas interpretaciones debe optar por aquella que proporcione mayor beneficio a los gobernados (SCJN, 2009, 2014, 2022).

Derivado de los acuerdos internacionales y de la participación de México en los mismos, bajo el principio de *Pacta Sunt Servanda*, el 8 de febrero de 2012, se adicionaron dos párrafos al artículo cuarto constitucional; se reconoció el derecho a un medio ambiente sano —es importante mencionar que en 1999 se adicionó un párrafo quinto al artículo cuarto constitucional, mediante el cual se reconoció expresamente el derecho de toda persona a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar—. Posteriormente, fue en la citada reforma de 2012, cuando se sustituyó la noción de medio ambiente adecuado por la de medio ambiente sano. De igual manera, se adicionó un sexto párrafo relativo al agua potable, estableciéndose que:

Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. El Estado garantizará este derecho y la ley definirá las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos, estableciendo la participación de la Federación, las entidades federativas y los municipios, así como la participación de la ciudadanía para la consecución de dichos fines (CPEUM, 2021, art. 4).

Este pronunciamiento trajo consigo una serie de prerrogativas —acceso, disposición, saneamiento, suficiencia, salubridad, aceptabilidad y asequibilidad— para su efectividad, mismas que en su conjunto garantizan el derecho humano al agua. A propósito, existen distintas fuentes como informes, recomendaciones y programas emitidos por los diferentes organismos internacionales del sistema de Naciones Unidas que detallan sobre su contenido.

Prerrogativas convencionales y constitucionales del derecho humano al agua

La accesibilidad física

La accesibilidad física hace alusión a que las instalaciones y servicios que provean agua potable estén físicamente cerca de los lugares concurridos por las personas; en el hogar, escuelas, centros de trabajo, hospitales, entre otras. En este punto la Organización Mundial de la Salud (OMS) en 2003 publicó un índice de referencia sobre el acceso básico al agua en distancia y tiempo, que consideraba que 20 litros de agua por persona al día debían estar a una distancia entre 100 y 1,000 metros, y en tiempo para su recolección entre 5 y 20 minutos; mientras que el acceso óptimo era disponer o superar los 100 litros de agua por persona al día de forma continua.

En la actualidad estos indicadores han cambiado, un acceso básico se estima entre los 50 y 100 litros por persona al día, en distancia no debe pasar de un kilómetro y en tiempo no superar los 30 minutos (ACNUR, 2018). Según estimaciones de la OMS y del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) en el planeta 3 de cada 10 personas, o 2,100 millones de personas siguen careciendo de acceso al agua potable y disponible en el hogar (OMS, 2017). Lo que agrava este problema es que 263 millones de personas dedican más de 30 minutos para buscar agua.

La disposición

Esta prerrogativa hace alusión a que el vital líquido tendrá que estar en la fuente a la que se presupone que existe; es decir, el acceso se refiere a que las personas que se desplacen para buscar el vital líquido deben hacerlo dentro del tiempo —30 minutos— y recorrido —1000 metros— establecido. Mientras que la disposición refiere a que el agua debe encontrarse físicamente disponible, como lo sostiene la SCJN (2018) que “debe existir continuidad y suficiencia”.

El saneamiento

Es el proceso por el cual se eliminan del agua manera higiénica los excrementos, microorganismos, sustancias químicas y otros elementos patógenos que pueden ocasionar enfermedades infecciosas como la esquistosomiasis, el cólera, la legionelosis, entre otras. En 2015 la OMS estimó que 2,400 millones de personas en todo el mundo no tenían acceso a instalaciones de saneamiento mejoradas. De ellas, 946 millones defecaban al aire libre (OMS, 2015). Según el Programa de Monitoreo Conjunto (JMP)¹ de las Naciones Unidas, las instalaciones de saneamiento se dividen en 5 categorías (ver tabla 1).

Tabla 1. Clasificación del saneamiento

TIPO DE SERVICIO	DEFINICIÓN
Defecación al aire libre	Depósito de las heces humanas en campos abiertos, bosques, arbustos, cuerpos de agua abiertos, playas u otros espacios abiertos, o junto a desechos sólidos.
Servicio no mejorado	Uso de letrinas de fosa simple sin losa o plataforma, letrinas colgantes o letrinas de cubo.
Servicio limitado	Las instalaciones mejoradas que se comparten con otros hogares.
Servicio básico	Las instalaciones mejoradas que no se comparten con otros hogares.
Servicio gestionado de manera segura	No se comparten con otros hogares; los desechos son tratados y eliminados in situ; almacenadas temporalmente y luego vaciadas, transportadas y tratadas en instalación externa o; transportadas por medio de una red de alcantarillado con aguas residuales y luego tratadas en instalación externa.
Las instalaciones mejoradas incluyen: inodoros de sifón/sifon de bajo consumo de arrastre conectados a redes de alcantarillado, fosas sépticas o letrinas de fosa, letrinas mejoradas ventiladas, letrinas de compostaje o letrinas de fosa simple con losa.	

Fuente: Adaptación propia con información de OMS y UNICEF (2017).

Suficiencia

El agua a la que se tenga acceso debe ser continua y adecuada en cantidad para llevar a cabo actividades básicas tanto domésticas como higiénicas; tales como bañarse, lavado de dientes, manos y ropa, preparación

¹ - El Programa de Monitoreo Conjunto (JMP) de la OMS y UNICEF en materia de agua y saneamiento es el mecanismo oficial de las Naciones Unidas para supervisar el progreso alcanzado en países, regiones y el mundo y, especialmente, las metas de los ODS.

de alimentos, limpieza de la vivienda y consumo habitual del vital líquido. La OMS dice que “son necesarios entre 50 y 100 litros de agua por persona al día para garantizar que se cubren las necesidades básicas y que no surjan grandes amenazas para la salud” (OMS, 2015, p. 1).

Salubridad

El agua que se consuma o se utilice para satisfacer las necesidades humanas debe estar libre de sustancias químicas, radiológicas y microorganismos que sean factor de riesgo o amenaza para la salud (OMS, 2015). Por ello, las Naciones Unidas cuenta con guías y otros documentos que informan respecto a los estándares para el monitoreo y calidad del agua que garantizan la salubridad del agua.

Aceptabilidad

Cuando el consumo del agua se requiera, ésta debe estar visiblemente con un color natural –transparente–; inodora –el agua limpia no presenta un olor en particular a diferencia de cuando el agua no es salubre–; sabor aceptable –no amargo, ácido o cualquier otro que altera su naturalidad– (SCJN, 2018). Si cuenta con las características se puede afirmar que el vital líquido es aceptable para uso personal y doméstico.

Asequibilidad

El costo del agua ha sido motivo de discusión, si bien, el agua como derecho humano está reconocido convencional y constitucionalmente, así como las prerrogativas para su cumplimiento, no significa que el agua deba ser gratuita, pues ésta requiere de tratamientos mediante los procesos correspondientes para que sea utilizable sanamente. Por lo que la asequibilidad hace alusión a que sea accesible económicamente. El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) sugiere que ese costo no debería estar por encima del 3% de los ingresos de un hogar; esto siempre varía dependiendo del país de que se trate; inclusive en México no existe una homologación de criterios para determinar el costo del agua, máxime que es un servicio público a cargo de los municipios, pues así lo establece el mandato contenido en la fracción III, inciso a), del artículo 115, de la CPEUM.

Haciendo una breve ejemplificación de lo anterior, en México el salario mínimo diario vigente para el 2022, establecido por la Comisión Nacional de Salarios Mínimos, es de \$172.87 pesos, los que multiplicados por treinta días da como resultado la cantidad de \$5,186.1 pesos, así, cuando una familia mexicana tiene este ingreso mensual, como máximo debería destinar \$155.583 pesos para el pago del recurso.

La interdependencia del derecho humano al agua con otros derechos humanos

Los derechos humanos fueron reconocidos con el objetivo de permitir a toda la humanidad exigir el acceso mínimo de garantías que nos conduzcan a llevar una vida digna, y con esto nos referimos a cubrir las necesidades básicas para el desarrollo de cada individuo, llámese material, económico, social, ambiental, civil, político o cultural. Los derechos humanos tienen las características de: la «universalidad», cuya acepción es que bajo ninguna circunstancia se debe privilegiar o discriminar a una persona o grupo de personas en el reconocimiento de sus derechos; este principio abarca que cualquier individuo sin importar edad, condición económica, social, cultural, política, de salud, preferencia sexual, religiosa, origen étnico u otra diferencia, puede gozar de los mismos en igualdad de situación (CPEUM, art. 1).

Seguido de este principio está la «progresividad», la cual apunta al avance gradual para su efectividad; lo que quiere decir que los logros obtenidos no pueden ir en retroceso, sino por el contrario, el Estado siempre debe buscar y proveer de los mecanismos legales, administrativos y financieros para su perfeccionamiento. La «interdependencia», se refiere a que todos los derechos humanos se encuentran vinculados entre sí, íntima e inseparablemente, de tal manera que el conculcar alguno de ellos, necesariamente impactará en el goce de los demás, pues no se puede presumir de la efectividad de uno sin que se garanticen los demás. En lo referente al vital líquido, hay un lazo estrecho que muchas veces no se repara en él, debido a que toda

forma de vida y su desarrollo dependen del agua: ¿qué sería de una persona sin poder tomar agua en el día?; ¿qué sería de la industria y la agricultura mundial sin el agua?; ¿qué pasaría con la vida en el planeta si por un día no se consumiera agua?

Por último, está la «indivisibilidad», este principio abarca más exigibilidad que el de «interdependencia»; visualiza a los derechos humanos como una sola construcción, cuyo objetivo no solo es asegurar los derechos que de forma inmediata dependen entre sí, sino también en relación con su violación, niega cualquier separación, categorización o jerarquía entre ellos (Salazar, 2014). Los derechos no pueden fragmentarse o canjearse uno por otro (CNDH, 2018). En este orden de ideas, el derecho humano al agua se relaciona con otros derechos humanos, como se analiza a continuación.

Salud

El derecho humano a la salud se encuentra reconocido en la *Declaración Universal de Derechos Humanos* en su artículo 25, así como en el *Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales* en su artículo 12. En la normativa nacional el derecho a la salud se reconoció desde 1983 en el artículo cuarto, párrafo cuarto, a la letra el texto constitucional establece que:

Toda Persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución. La Ley definirá un sistema de salud para el bienestar, con el fin de garantizar la extensión progresiva, cuantitativa y cualitativa de los servicios de salud para la atención integral y gratuita de las personas que no cuenten con seguridad social (CPEUM, 2021, art. 4).

La OMS (2017) definió este derecho como aquel que debe proveer el Estado para que una persona puede tener acceso oportuno, continuo, aceptable y asequible a los servicios médicos en calidad y suficiencia; lo que quiere decir que en los hospitales o centros de atención para los cuidados médicos que se reciban es de vital importancia tener agua limpia de manera continua, por lo que abastecerse de agua potable puede contrarrestar las enfermedades que se producen por tomar agua contaminada.

La falta de agua potable compromete el cumplimiento de este derecho, debido a la asignación de roles entre mujeres y hombres, se orilla a las mujeres junto con los niños y niñas para que realicen las actividades de recolección de agua, que en muchos lugares sobrepasan los 30 minutos; que a corto, mediano y largo plazo tiene impactos en la salud como problemas en la espina dorsal, la cadera y padecimiento artríticos; en el caso de las mujeres que están lactando, puede haber una reducción en la producción de leche materna (Tello, 2008).

Alimentación sana

El derecho a la alimentación sana se encuentra reconocido en instrumentos internacionales como la *Declaración Universal de Derechos Humanos* en su artículo 25, y el *Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales* en su artículo 11. En México está plasmado en el párrafo tercero del artículo cuarto de la CPEUM (2021): “Toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad. El Estado lo garantizará” (art. 4). De acuerdo con el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESC), el derecho a la alimentación se ejerce cuando “todo hombre, mujer o niño, ya sea solo o en común con otros, tiene acceso físico y económico, en todo momento, a la alimentación adecuada o a medios para obtenerla” (1999, art. 11).

Así también una alimentación sana incluye que los alimentos que se consuman deben aportar nutrientes, vitaminas y minerales para el sano desarrollo físico de las personas. De esto se deriva la estrecha relación que existe con el agua, para la preparación y obtención de alimentos sanos y nutritivos es elemental poder contar con este líquido, todo aquel individuo que tiene acceso al agua tiene una mejor alimentación. Por lo

que la tripartita correlación que existe es que sin alimentos preparados higiénicamente con agua limpia no puede haber salud.

Educación

Uno de los elementos clave para la superación de las barreras económicas, sociales y culturales es poder acceder a la educación de calidad; acorde con la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) la “educación de calidad tiene por objeto el desarrollo completo de los seres humanos” (UNESCO, 2018). Por lo que el incumplimiento del derecho a la educación entorpece el ejercicio de otros derechos humanos. Uno de los obstáculos más significativos que se hace presente en los países en vías de desarrollo para la consecución de este derecho, es que niños y niñas: 1) hacen recorridos exorbitantes para poder recolectar y llevar a sus casas agua potable, para así satisfacer las necesidades básicas del hogar, lo que impacta en su asistencia diaria a la instrucción; b) ausencia a clases por enfermedades ocasionadas por consumir agua contaminada. A propósito, la UNESCO sostiene que:

Las instalaciones de agua y saneamiento en las escuelas son fundamentales para promover un buen comportamiento higiénico, la salud y el bienestar de los niños. La falta de letrinas y agua segura para el consumo y la higiene, así como instalaciones sanitarias inadecuadas, contribuyen al absentismo y a las altas tasas de deserción, especialmente entre las niñas (UNESCO, 2019, p. 30).

Cabe hacer mención que la educación es un derecho reconocido en el artículo tercero de la CPEUM, precepto que estipula que es obligación del Estado impartirla, así como garantizar los métodos educativos, organización escolar, materiales e infraestructura; lo que en síntesis quiere decir que, como parte de las garantías para el ejercicio de este derecho surge el deber del Estado en proveer o crear las condiciones idóneas para impartirla.

Medio ambiente sano

El medio ambiente sano es concebido como el satisfactor de las necesidades humanas básicas e incluso de autorrealización (Silva et al., 2021), que permite garantizar el goce y disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales de las personas, quienes a su vez tienen la obligación intergeneracional de su aprovechamiento sustentable. Por ello, corresponde al Estado, el deber de respetar, es decir, de abstenerse a realizar acciones o en su caso omisiones, que representen una amenaza que atente contra el medio ambiente, así como la obligación de tutela para impedir que un tercero lo haga.

Gozar de un medio ambiente sano es un factor determinante para el bienestar, pues la existencia del equilibrio en la naturaleza tanto de flora, fauna y demás recursos naturales es vital para la supervivencia, desarrollo y preservación de toda forma de vida en el planeta. Sin embargo, en los últimos años las consecuencias del cambio climático –producto de la acción humana por la sobreexplotación de consumo, alteración y modificación de los bienes de la naturaleza– han ocasionado graves impactos en el ambiente como la contaminación del aire, agua, disminución acelerada de la flora y fauna, deterioro de los suelos, sequías, inundaciones, entre otros.

Lo anterior, trajo la necesidad de implementar acciones tendientes a mitigar los efectos de dicho fenómeno, así como las de establecer un vínculo de consciencia entre el ser humano con la naturaleza, entre las cuales se estableció el derecho humano a un medio ambiente en la normativa internacional, adoptada por México. La CPEUM en su artículo cuarto, párrafo quinto, establece que:

Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley (CPEUM, 2021, art. 4).

De tal forma que se entabla una fusión tanto del reconocimiento a gozar de un medio sano y a cuidar del mismo en todo momento. Entonces, siendo el agua un recurso de la naturaleza, su cuidado es ineludible para la conservación del equilibrio ambiental; pese a ello, su contaminación no ha frenado como lo exhibió el Informe Mundial sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos de las Naciones Unidas 2017: Aguas residuales, el recurso desaprovechado, donde se detalla que:

El vertido de aguas residuales no tratadas o parcialmente tratadas en el medio ambiente provoca la contaminación de las aguas superficiales, el suelo y las aguas subterráneas. Una vez vertidas en las masas de agua, las aguas residuales se diluyen y son transportadas aguas abajo, o se infiltran en los acuíferos, donde pueden afectar la calidad (y, por lo tanto, la disponibilidad) de los suministros de agua dulce (UNESCO, 2017, p. 41).

Otros efectos que se causan son los problemas en la salud humana al disminuir su calidad; de igual forma, cuando se realiza el riego con agua contaminada afecta en la agricultura y, por tanto, en el proceso de la producción de insumos. Este problema se ha hecho más notorio desde 1990 en la mayoría de los ríos de África, Asia y América Latina, derivado del crecimiento demográfico que genera mayores cantidades de aguas residuales y mayor demanda de bienes y servicios (UNESCO, 2017).

Vivienda digna y decorosa

En la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, se reconoció que toda persona tiene derecho a gozar de un nivel de vida adecuado para sí mismo y su familia que les garantice bienestar, en ellos se incluye la alimentación, vestimenta, servicios médicos y vivienda. En México se reconoce este derecho en la CPEUM en el artículo cuarto, párrafo séptimo, desde 1983. Interpretándose en un sentido amplio el concepto de vivienda digna; según estima el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL) ésta debe incluir las siguientes características:

- 1) *Que no ponga en riesgo la satisfacción de otras necesidades básicas;*
- 2) *Con seguridad en su tenencia;*
- 3) *Con materiales y diseño de calidad;*
- 4) *Bien ubicada y con acceso a servicios básicos y complementarios funcionales y suficientes;*
- 5) *Emplazada en un barrio seguro, con espacios comunes, áreas verdes y calidad comunitaria;*
- 6) *Con un diseño que como unidad y como asentamiento atienda a estándares técnicos de calidad y sea aceptable para sus habitantes; y*
- 7) *En un hábitat digno, integrado al entorno natural de manera responsable e incorporando tecnologías (CONEVAL, 2019, p. 6).*

Naciones Unidas explica que no solo basta con que los cimientos de la vivienda estén en buenas condiciones, sino que se debe complementar su ocupación con otros servicios básicos como el suministro de energía, instalaciones sanitarias, alumbrado, desagüe y acceso al agua potable (ACNUR, 2010).

Criterios jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

El máximo tribunal de justicia en México ha emitido distintos criterios explicando la relevancia que tiene el hecho que la población pueda acceder al agua potable; tan es así que reconoce que ésta es fundamental e indispensable para el pleno goce y disfrute de los otros derechos humanos, señalando que es tarea fundamental del Estado y la sociedad de preservarla en cantidad, calidad y sustentabilidad, por lo que su consumo doméstico y público urbano son una cuestión de seguridad nacional (SCJN, 2012). En este sentido, es importante que así se considere, puesto que el vital líquido no es infinito y se corre el riesgo de su escasez,

por lo que al adminicular esta calificativa se busca su equitativa distribución social en cantidad y calidad; desarrollo sustentable; y preservación.

Para las características del uso personal y doméstico del agua potable, la SCJN ha establecido que la «disponibilidad» significa que debe existir continuidad y suficiencia; la «calidad» es la salubridad del agua –inodora, incolora e insabora–; y la «accesibilidad» se refiere que bajo los principios de igualdad y no discriminación el agua potable debe ser económica y físicamente accesible (SCJN, 2018).

De conformidad con los pronunciamientos realizados por el CESC, la SCJN ha establecido que es obligación del Estado proporcionar una cantidad mínima del vital líquido; el cual debe ser suficiente y apto para consumo personal y doméstico. Lo cual implica que no deben existir objeciones por parte del Estado para brindar el servicio de agua a la población que así lo requiera. Acorde con la naturaleza de este servicio se requiere de un pago para realizar su potabilización y mantenimiento de la infraestructura hidráulica; atendiendo al principio de asequibilidad o accesibilidad económica, éste debe ser mínimo (SCJN, 2017).

Empero, en situaciones donde la capacidad económica de un hogar no pueda pagar el mínimo requerido de manutención, el Estado o las autoridades encargadas de suministrar el vital líquido no pueden suspender su abastecimiento de forma total y absoluta. Ante la falta de pago del servicio de agua potable, el Estado deberá suministrar la cantidad mínima diaria de 50 litros por persona vulnerable que habite en el domicilio –personas enfermas, menores de edad, discapacitados o en situación de pobreza extrema– (SCJN, 2017).

Atendiendo a la Observancia General número 15 del CESC de Naciones Unidas, la SCJN ha pronunciado que el Estado y los prestadores del servicio de agua potable están constreñidos a «respetar» este derecho, lo que significa que no puede realizar acciones de forma directa o indirecta que menoscaben su ejercicio; la «obligación de proteger» es la de vigilar que terceros no interfieren en el disfrute de este derecho, y de ser así, deben actuar de forma pronta y expedita para su solución; y la «obligación de realizar», que se traduce como la de implementar todas las medidas técnicas, administrativas, financieras, legislativas, judiciales y demás en el ámbito de sus respectivas competencias para la consecución del acceso al vital líquido (SCJN, 2018).

Con relación a la «obligación de realizar», la SCJN expone que con base en los artículos 2 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, relacionados con el ejercicio del derecho a la salud, para los casos en los que no exista la infraestructura para suministrar agua potable, el Estado está obligado a proveer el vital líquido a los ciudadanos, implementado las acciones necesarias para ello (SCJN, 2017).

CONCLUSIÓN

El Estado mexicano reconoció explícitamente en 2012 elevando a rango de derecho fundamental el acceso al agua potable, por lo que, se encuentra obligado a como bien lo dice el precepto constitucional a buscar los medios para hacerlo efectivo, pues su implicación trasciende a hacerla físicamente accesible, disponible, asequible, suficiente, salubre y aceptable para todas las personas. Asimismo, garantizar este derecho permite la consecución de otros derechos humanos como la salud, medio ambiente sano, educación, vivienda y la alimentación sana.

Es menester precisar que, actualmente el agua potable es un servicio público a cargo de los municipios, aunque al respecto no existe una homologación de criterios de cómo debe ser suministrada ni la cantidad de agua para abastecer a la población, por lo que aún se queda corto hablar de una garantía efectiva de este derecho; toda vez que cada municipio regula el servicio de acuerdo a sus intereses y necesidades. Hace falta por parte del Estado emprender acciones para el cumplimiento de este derecho, que, si bien se encuentra en la constitución, no ha pasado de ser un simple pronunciamiento.

REFERENCIAS

- ACNUR. (2010). El derecho a una vivienda adecuada. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS21_rev_1_Housing_sp.pdf
- ACNUR. (2018). Acceso al agua potable: un reto para millones de personas. ACNUR. https://eacnur.org/blog/acceso-al-agua-potable-reto-tc_alt45664n_o_pstn_o_pst/
- AGNU. (2010). “64/292 El derecho humano al agua y el saneamiento”. Asamblea General de las Naciones Unidas.
- CESC. (1999). El derecho a una alimentación adecuada (art. 11): 12/05/99. E/C.12/1999/5. CESC. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1450.pdf>
- CNDH (2018). Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos. CNDH. <https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/cartillas/2015-2016/34-Principios-universalidad.pdf>
- CONEVAL. (2019). Principales retos en el ejercicio del derecho a la vivienda digna y decorosa. Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social. https://www.coneval.org.mx/Evaluacion/IEPSM/Documents/Derechos_Sociales/Dosieres_Derechos_Sociales/Retos_Derecho_Vivienda.pdf
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (2021). Cámara de Diputados. Diario Oficial de la Federación. <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4cc9270b2>
- OMS (2015). El derecho humano al agua y al saneamiento. Notas para los medios. OMS. https://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_media_brief_spa.pdf
- OMS (2015). Informe 2015 del PCM sobre el acceso a agua potable y saneamiento: datos esenciales. OMS. https://www.who.int/water_sanitation_health/monitoring/jmp-2015-key-facts/es/
- OMS (2017). 2100 millones de personas carecen de agua potable en el hogar y más del doble no disponen de saneamiento seguro. OMS. <https://www.who.int/es/news-room/detail/12-07-2017-2-1-billion-people-lack-safe-drinking-water-at-home-more-than-twice-as-many-lack-safe-sanitation>
- OMS y UNICEF El Programa de Monitoreo Conjunto (JMP) de la en materia de agua y saneamiento es el mecanismo oficial de las Naciones Unidas para supervisar el progreso alcanzado en países, regiones y el mundo y, especialmente, las metas de los ODS.
- OMS. (2017). Salud y derechos humanos. OMS. <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/human-rights-and-health>
- Salazar Ugarte, P. et al (2014). La reforma y los nuevos principios constitucionales. En P. Salazar Ugarte (coord.). La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República (pp. 81-109).
- Silva, F., Martínez, G., Guzmán, C. & Mapén, F.J. (2021). Dimensiones sociales y económicas del uso del recurso hídrico. Catálogo Editorial, 1(701), 1–114. <https://doi.org/10.15765/poli.vii701.2205>
- Tello Moreno, L. F. (2008). El acceso al agua potable como derecho humano. Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- Tesis II.30.P. J/3. (2014, febrero). Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época.
- Tesis IV.10.A.66 A. (2017, febrero). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Tomo III.
- Tesis VI.10.A.100 A. (2017, septiembre). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Tomo III.
- Tesis XI.10.A.T.1 K. (2012, septiembre). Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Tomo III.
- Tesis XXIV.10.1 L. (2022, mayo,). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Undécima Época, Tomo V.
- Tesis XXVII.30.11 CS. (2018, mayo). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Tomo III.
- Tesis: XIX.10. J/7. (2019, noviembre). Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Tomo III.
- UNESCO. (2017). Informe Mundial sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos de las Naciones Unidas 2017: Aguas residuales, el recurso desaprovechado. <https://agua.org.mx/wp-content/uploads/2017/04/Informe-Mundial-de-las-Naciones-Unidas-sobre-el-Desarrollo-de-los-Recursos-Hidricos-2017.pdf>
- UNESCO. (2018). Lo que necesita saber sobre el derecho a la educación. UNESCO. <https://es.unesco.org/news/lo-que-necesita-saber-derecho-educacion>
- UNESCO. (2019). Informe Mundial de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos 2019. UNESCO. <https://www.acnur.org/5c93e4c34.pdf>

CAPÍTULO 8

DERECHO A LA SALUD. LAS PERSONAS ADULTAS MAYORES EN MÉXICO. PANDEMIA SARS-COV-2

RIGHT TO HEALTH. OLDER ADULTS IN MEXICO. SARS-COV-2 PANDEMIC

ENMA ESTELA HERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ

Universidad Juárez Autónoma de Tabasco

amme28@hotmail.com

<https://orcid.org/0000-0003-0233-2132>

SAÚL DAVID CORTÉS ARÉVALO

saulcortes25@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-2813-177X>

RESUMEN

Las personas adultas mayores en México representan una parte importante de nuestra población, se ven involucrados siempre en los nuevos sucesos de la vida actual. Aunque son el tema principal de esta situación, la pandemia no les es ajena, son los principales afectados, ¿Cómo se relacionan los adultos mayores, la pandemia por SARS-CoV-2 y el derecho?, Los derechos humanos se encuentran en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; además del acceso en la salud en sí. Como grupo vulnerable enfrentan muchas situaciones difíciles y el escenario de la contingencia sanitaria saca a relucir las adversidades que enfrentan, no solo en el ámbito social, económico y emocional sino también aquellas en donde se ven comprometidos sus derechos fundamentales y acceso a una vejez digna.

Palabras clave: *Derechos Humanos, Pandemia, Salud, Vejez, Vida.*

INTRODUCCIÓN

La pandemia por SARS-CoV-2 ha evidenciado la necesidad de fortalecer y proteger a las personas adultas mayores y sus derechos humanos, particularmente su derecho a la salud y a la vida al ser una crisis del sistema de salud, no solo a nivel local o nacional sino también global. La Organización Mundial de la Salud (OMS), advirtió una posible pandemia, sin

embargo, SARS-CoV-2 ha dejado en claro que los sistemas sanitarios, no se encontraban preparados, ni en su mejor momento para combatir y hacer frente ante tal desafío.

La inversión en el sistema de salud nunca es un motivo de arrepentimiento, ocurre de igual forma con las personas adultas mayores. Hoy especialmente hay que valorar en la humanidad como un logro y hacer centro de reflexión que una sociedad o gobierno que no ofrece protección a sus mayores debe replantear su ética y sus bases de progreso de la civilización.

¿Es importante saber que grupos de la población tienen un mayor riesgo de contagio y muerte por SARS-CoV-2?, Esto permitiría dirigir los recursos hacia los grupos que más lo necesitan, si bien es cierto la SARS-CoV-2 afecta a todas las edades sin discriminación, hay una mayor constante en las personas adultas mayores, y en particular de aquellas que sufren problemas de salud, como presión arterial alta, diabetes o problemas cardíacos, y dentro de la población tienen un mayor riesgo de enfermarse de gravedad, una vez contagiadas.

En México, al 8 de abril de 2020, alrededor del 13% correspondía de casos por SARS-CoV-2 confirmados a personas adultas mayores de 65 años y más, ubicándose en este rango la mayoría. (Secretaría de Salud, 2020).

Dicho porcentaje pone de manifiesto el continuo contagio en las personas de edad avanzada. Lo más grave y preocupante es la mortalidad por SARS-CoV-2 en este grupo de la población que se encuentra en estado de vulnerabilidad.

Es de suma importancia poner atención a las personas adultas mayores que viven solas, sin nadie que les auxilie en el quehacer cotidiano, aquellas que viven en instituciones de cuidado como asilo o de largo plazo, las postradas, etc. El objetivo de este artículo es hacer ver y poner en reflexión que, son ellas quienes son más vulnerables frente a la pandemia, porque requieren de familiares, instituciones o terceros que les puedan brindar apoyo para poder realizar sus actividades de la vida diaria.

ANTECEDENTES

Dentro de los documentos fundamentales en los derechos humanos encontramos de manera histórica la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, como un instrumento para reafirmar la dignidad e igualdad, que todas las personas deben tener reconocidas. Con el fin de promover el progreso social y elevar el nivel de vida en un concepto de libertad. Dicho documento menciona entre muchas más que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida digna y la garantía de seguridad para la vejez”, esta disposición de protección no es lo suficientemente clara con los derechos que comprende la seguridad de las personas adultas mayores.

Las normativas de protección para las personas adultas mayores no se formulan como una necesidad social y legislativa hasta fines de la década de 1980 en América Latina. Es el protocolo de San Salvador como adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que en 1988 especifica en su artículo 17 la incorporación de medidas específicas para los adultos mayores lo que lo convierte en uno de los primeros instrumentos vinculantes de los derechos de los adultos mayores para con los países de América.

Para 1991 los principios a favor de las Personas Adultas Mayores son aprobados en la Asamblea General de las Naciones Unidas, cuya aprobación sienta las bases de la convención sobre los derechos de las personas adultas mayores.

El Derecho a la Salud de las Personas Adultas Mayores. Contexto jurídico nacional e internacional

Artículo 4 constitucional.

El artículo 4 constitucional es nuestro fundamento jurídico principal en el tema que nos ocupa, ya que establece el derecho de toda persona a la protección de su salud, conllevando el acceso a los servicios de esta índole, así como su extensión progresiva, cuantitativa y cualitativa para lograr la atención integral y gratuita de las personas que específicamente, no cuenten con seguridad social.

Ley de Los Derechos de Las Personas Adultas Mayores

Artículo 5, fracción III.

Aterrizando el derecho a la salud que tenemos todas las personas en un sector específico como el de las personas adultas mayores, tenemos que estas tienen un conjunto de derechos para la protección de su salud, la alimentación y la familia, que se pueden resumir principalmente en los incisos b) y c) del artículo en comento, esto es, a tener acceso preferente a los servicios de salud con el fin de que gocen del derecho a la sexualidad, bienestar físico, mental y psicoemocional, así como el derecho a recibir orientación y capacitación en la materia de salud, nutrición, higiene y en todo aquello que favorezca su cuidado personal.

Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Adultas Mayores

Artículo 19. Derecho a la Salud.

En el panorama internacional, la persona adulta mayor tiene derecho tanto a la salud física como mental. Según este artículo, los Estados deben diseñar e implementar políticas públicas para promover la salud, prevenir y atender las enfermedades en todas las etapas, la rehabilitación y los cuidados paliativos.

Se recalca a como sucede a nivel nacional, la atención preferencial y el acceso universal, equitativo y oportuno a los servicios de salud de las personas adultas mayores. Asimismo, se contempla la garantía en el acceso a los beneficios y servicios de salud asequibles y de calidad, el fortalecimiento de las capacidades de los trabajadores de la salud, sociales y sociosanitarios en relación con la atención de este grupo de personas, y la garantía de una mayor disponibilidad y acceso a medicamentos.

Principios de las Naciones Unidas en Favor de las Personas de Edad

Los principios guía que la Asamblea General de las Naciones Unidas considera como primordiales para que los gobiernos los introduzcan en sus programas nacionales, se pueden resumir en los rubros de:

Independencia, considerando la garantía de acceso a una alimentación, agua, vivienda, vestuario y atención a su salud a través de ingresos, apoyo de la familia y comunidad y su propia autosuficiencia.

Cuidados, mediante el acceso a servicios de atención de salud que les ayude a mantener un nivel óptimo de bienestar físico, mental y emocional, así como prevenir o en su caso, retrasar la aparición de enfermedades. Los cuidados, también abarcan el acceso a servicios sociales y jurídicos, a medios apropiados de atención institucional que les brinden protección, rehabilitación y estímulo social y mental. Lo anterior, aunado a que las personas mayores siempre podrán disfrutar de sus derechos y libertades propios de su condición cuando residan en instituciones o lugares donde se les brinden tales cuidados o tratamientos.

Dignidad, tomando en cuenta que el trato que reciban en cualquier etapa o ámbito debe ser digno y sin distinción alguna de edad, sexo, raza, discapacidad, o cualquier otra condición, siendo valoradas sin tomar en cuenta su condición económica.

Carta de San José sobre los Derechos de las Personas Mayores de América Latina y el Caribe
A través de tres grupos de acciones, esta carta propone mejorar los sistemas de protección social de las personas adultas mayores de la región, a saber:

Seguridad social, a través de la universalización del derecho a la seguridad social en este grupo etario, de garantizar la sostenibilidad a largo plazo de pensiones contributivas y no contributivas y de complementar programas y políticas sociales encaminadas a la prestación de servicios de salud.

Salud, mediante la universalización del derecho de acceso a la salud de las personas adultas mayores, el acceso preferencial de estas personas a los medicamentos, equipos, ayudas técnicas y servicios integrales.

El derecho a un consentimiento previo e informado sobre cualquier intervención médica, la implementación de programas de capacitación para personal de salud y cuidadores que trabajan con personas mayores, así como mecanismos de supervisión y control para proteger la dignidad y el trato que le es dado a aquellas que residen en instituciones públicas y privadas o establecimientos médicos.

Servicios sociales, con la implementación de la atención a domicilio donde las personas puedan permanecer en sus hogares, manteniendo su propia independencia, la introducción de servicios especiales como apoyo para las familias que tengan a su cuidado personas adultas mayores, así como acciones especiales en favor de aquellas que fueren migrantes facilitando su acceso a los servicios y beneficios.

Plan de Acción de la Organización Panamericana de la Salud sobre la Salud de las Personas Mayores Incluido El Envejecimiento Activo y Saludable

Este Plan de Acción gira en torno a cuatro áreas estratégicas conformadas cada una, por objetivos encaminados a alcanzar una meta específica, y cada objetivo, contiene actividades tanto a nivel regional como nacional, que abarcan desde la salud de las personas mayores en la política pública, la adaptación de los sistemas de salud a los retos que representan el envejecimiento y la salud de este grupo de población, la capacitación del personal para hacer frente a aquellos retos y finalmente, la generación de información estadística que permita evaluar las acciones que mejoren la salud de la población mayor de edad.

En el tema que nos ocupa resulta viable incluir sólo algunas actividades a nivel nacional para tener un panorama de referencia conforme al cual nuestro país puede actuar a propósito de la pandemia que actualmente atravesamos:

Tabla 1. Plan de acción sobre la salud de las personas mayores incluido el envejecimiento activo y saludable.

PLAN DE ACCIÓN SOBRE LA SALUD DE LAS PERSONAS MAYORES INCLUIDO EL ENVEJECIMIENTO ACTIVO Y SALUDABLE.	
ÁREA ESTRATÉGICA 1: La salud de las personas mayores en la política pública y su adaptación a los instrumentos internacionales.	
OBJETIVO	ACTIVIDADES A NIVEL NACIONAL
Formular políticas, leyes, reglamentos, programas y presupuestos congruentes con los instrumentos sobre derechos humanos.	-Ejecución de un plan nacional de salud con presupuesto, de acuerdo con las necesidades de las personas mayores. -Formulación y adaptación de políticas, leyes y reglamentos a los instrumentos sobre derechos humanos. -Inclusión de garantías de prestaciones para las personas adultas mayores más vulnerables (pobres, personas no aseguradas, frágiles, con discapacidad grave, etc.).

PLAN DE ACCIÓN SOBRE LA SALUD DE LAS PERSONAS MAYORES INCLUIDO EL ENVEJECIMIENTO ACTIVO Y SALUDABLE.	
ÁREA ESTRATÉGICA 1: La salud de las personas mayores en la política pública y su adaptación a los instrumentos internacionales.	
OBJETIVO	ACTIVIDADES A NIVEL NACIONAL
Formular marcos legales y mecanismos de ejecución para la protección de las personas mayores en los servicios de cuidados de largo plazo.	-Formulación y adaptación de marcos legales y mecanismos para poner en práctica los instrumentos destinados a la protección de los derechos humanos de las personas adultas mayores que utilizan servicios de cuidados. -Diseño de pautas y protocolos que respalden las actividades de supervisión de las instituciones que prestan servicios de cuidados.
Fomentar la cooperación entre los países para el diseño de estrategias e intercambio de recursos y capacidades para ejecutar sus planes sobre salud y envejecimiento.	-Identificación de socios potenciales y otros actores para las alianzas en torno a un Plan Nacional de Envejecimiento. -Formulación y ejecución de un plan de trabajo con relación a las alianzas.
ÁREA ESTRATÉGICA 2: Adaptar los sistemas de salud a los retos asociados con el envejecimiento de la población y las necesidades de salud de las personas adultas mayores.	
Formular estrategias que integren ambientes y conductas personales saludables durante todo el ciclo de vida para lograr un envejecimiento activo.	-Ejecución de proyectos con presupuesto para la promoción y protección de la salud de las personas mayores por promotores comunitarios. -Promoción de un envejecimiento activo en el marco de los instrumentos internacionales de los derechos humanos.
Fortalecer la prevención y el manejo de las enfermedades crónicas y otros problemas de salud de las personas mayores.	-Inclusión de las particularidades y necesidades de la persona mayor en el diseño de programas y servicios para el manejo de enfermedades, así como en los protocolos de tratamiento medicamentoso. -Uso y adaptación de protocolos para el examen periódico de la salud, la detección oportuna de riesgos y daños y la atención de problemas de salud.
Establecer servicios de calidad para las personas mayores en el proceso de fortalecimiento de los sistemas de salud basados en la atención primaria.	-Formulación de estrategias que mejoren el acceso a los servicios, tecnologías de diagnóstico y tratamientos, medicamentos y prótesis de las personas adultas mayores. -Utilización de la información de pruebas científicas para asegurar el acceso a los servicios de salud de calidad. -Ejecución de programas de autocuidado, llevando a la práctica sistemas de apoyo con cuidadores formales e informales.
ÁREA ESTRATÉGICA 3: Capacitación de los recursos humanos necesarios para atender las necesidades de salud de las personas mayores.	
3.1. Adquirir competencias por parte del personal en relación con la prestación de servicios de salud de las personas adultas mayores.	-Establecimiento de redes para que los centros de capacitación formulen programas sobre envejecimiento y salud. -Inclusión de contenidos sobre envejecimiento en la formación de todos los profesionales de salud. -Diseño y ejecución de planes de evaluación de competencias en materia de atención de la salud.
3.2 Capacitación de otros actores relacionados con la salud de las personas mayores.	-Impartición de capacitación sobre el marco legal y su aplicación para protección de los derechos humanos. -Formulación y adaptación de programas de capacitación para el autocuidado, el envejecimiento activo y para cuidadores de personas adultas mayores.

PLAN DE ACCIÓN SOBRE LA SALUD DE LAS PERSONAS MAYORES INCLUIDO EL ENVEJECIMIENTO ACTIVO Y SALUDABLE.	
ÁREA ESTRATÉGICA 4: Perfeccionar la capacidad de generar la información necesaria para la ejecución y la evaluación de las actividades que mejoren la salud de la población mayor.	
OBJETIVO	ACTIVIDADES A NIVEL NACIONAL
4.1. Fortalecer la capacidad técnica de la autoridad sanitaria para el seguimiento y la evaluación de la atención a la salud de la persona mayor.	-Inclusión de indicadores estadísticos sobre el acceso y la calidad de la atención a la salud de las personas mayores, discapacidad, funcionalidad y estratificación por edad. -Aplicación del análisis de la situación de la salud para el diseño de intervenciones basado en pruebas científicas. -Difusión de información en un formato útil para los niveles de toma de decisiones, gestión de políticas públicas, programas y servicios de salud.
4.2. Impulsar la obtención y difusión de las pruebas científicas para adaptar las intervenciones de salud a la realidad nacional.	-Impulso a la realización de investigaciones científicas en el área de la salud y el envejecimiento en instituciones académicas y científicas. Así como las que incluyan a las poblaciones minoritarias.

Fuente: Elaboración propia.

Vulnerabilidad de la Persona Adulta Mayor Asociada a la Salud en Tiempos de Pandemia

El Diccionario de la Real Academia Española define la “vulnerabilidad” como “cualidad de vulnerable”, sin embargo, dicho concepto no aporta mucha claridad en la comprensión de éste. En ese contexto, la palabra “vulnerable” extraída de la misma fuente referencial deriva del latín tardío *vulnerabilis* y éste a su vez, del latín *vulnerare*, que significa “herir” y *bilis* “ble”, palabras que juntas en nuestro lenguaje castellano hacen referencia a aquello que “puede ser herido o recibir lesión, física o moralmente”.

En la Reunión del Comité Especial sobre Población y Desarrollo de la CEPAL y en cumplimiento de la Resolución 577 (XXVIII) aprobada por el mismo organismo en el marco de su Vigésimo Octavo periodo de sesiones llevada a cabo en México del 4 al 7 de Abril de 2000, se definió a la vulnerabilidad con un enfoque más social como el resultado de “un evento potencialmente adverso (riesgo), una incapacidad de respuesta ante tal contingencia y una inhabilidad para adaptarse al nuevo escenario generado por la materialización del riesgo”.

De ahí que personas vulnerables sean “aquellas que, por distintos motivos, no tienen desarrollada la capacidad para prevenir, resistir y sobreponerse de un impacto y, por lo tanto, se encuentran en situación de riesgo.”

En efecto, según estudios llevados a cabo por la Organización Panamericana de la Salud (OPS) en colaboración con la Organización Mundial de la Salud (OMS), las personas mayores de edad son “más vulnerables” al virus SARS-CoV-2 porque es un grupo de población cuyo sistema inmune es más débil y en muchos casos presentan, una o más enfermedades crónicas, como diabetes, hipertensión, afecciones cardiovasculares y pulmonares, por lo que su capacidad para responder a dichas enfermedades es menor.

La vulneración del derecho a la salud de las personas adultas mayores a causa de la pandemia repercute en otros ámbitos de su esfera personal y social, vulnerando a su vez otros derechos fundamentales. Los efectos de la Covid-19 están relacionados en su mayoría con la salud física y mental, pero también con el aspecto económico, muchos de ellos inclusive pueden aumentar aún más la vulnerabilidad de las personas en los siguientes aspectos:

En la atención sanitaria: Con sistemas sanitarios frágiles donde las personas tienen que satisfacer sus gastos médicos por su propia cuenta, se deja sin acceso a los grupos más pobres, con las medidas de confinamiento

y la concentración de los recursos médicos en pocas manos se obstruye el acceso al tratamiento de enfermedades infecciosas preexistentes en adultos mayores que pueden hacerlas más vulnerables al virus. Ello aunado a la escasez de personal, y los escasos recursos en hospitales como los respiradores, hace aún más difícil el acceso de estas personas a ellos pues su uso ha sido de acuerdo con factores como esperanza de vida o posible supervivencia.

En la atención y apoyo: las personas adultas mayores tienen mayor riesgo de padecer afecciones o enfermedades crónicas, conllevando la necesidad de requerir tratamientos, medicamentos, cuidados o asistencia por parte de otras personas, sin embargo, la pandemia puede mermar esa posibilidad debido a las medidas de distanciamiento que limitan la expansión de la COVID-19, principalmente en centros de estancia prolongada.

En cuidadores, voluntarios y trabajadores sanitarios mayores: hablando en su mayoría de mujeres de edad avanzada que a menudo cumplen en rol de ser cuidadoras de sus hijos y familiares, ahora enfermos de SARS-CoV-2, pueden mostrarse aún más vulnerables a sus efectos. Aunado a lo anterior, también están dentro de esta concepción los trabajadores de la salud mayores de edad que laboran en hospitales y que sólo estarán protegidos si cuentan con los medios suficientes tanto para salvar la vida de los enfermos de SARS-CoV-2 como para cuidarse de un posible contagio.

En el trato (violencia y descuidos): debido a las medidas de confinamiento, la dependencia de la persona adulta mayor a la supervivencia en la familia y al cuidado de sus familiares, se aumenta el riesgo de sufrir violencia, malos tratos (físico, emocional, económico o sexual) y descuidos, volviéndolas aún más vulnerables, sobre todo, hablando de un grupo en específico: las mujeres mayores.

En situaciones de emergencia: los refugiados, migrantes y desplazados mayores de edad son poblaciones que debido a las condiciones de hacinamiento de campamentos, la falta de servicios básicos como agua potable, aunado a posibles enfermedades crónicas preexistentes, tienden a ser afectados de una manera más fuerte por la pandemia de SARS-CoV-2.

En centros de detención: las personas mayores de edad que se encuentran compurgando una pena privativa de libertad en cárceles y otros centros de detención, tal vez sean las que menos posibilidades tengan de cumplir cabalmente las medidas de distanciamiento físico para evitar contagios por SARS-CoV-2 por la simple razón de que son áreas muy reducidas y en muchos casos, hacinadas.

En la salud mental y el bienestar: el confinamiento y con ello, la limitación de visitas y la restricción en la realización de ciertas actividades sociales, así como el distanciamiento físico, pueden afectar la salud mental de las personas mayores, volviéndolas aún más vulnerables, en específico aquellas que padecen demencia, o cierto grado de dependencia, inclusive aquellas que viven solas.

En la brecha digital: las personas adultas mayores son las que más resistencia han tenido al uso de las nuevas tecnologías digitales, la situación se agrava más cuando por medidas de confinamiento se encuentran incomunicados con sus familiares, aunado a las dificultades visuales y auditivas que pueden presentar por su edad. La falta de acceso implica además la vulneración al derecho a la información sobre la pandemia y las medidas sanitarias.

En el bienestar económico: la pandemia tuvo como una de sus principales consecuencias la caída de la economía y con ello, la pérdida de empleos para aquellas personas mayores cuya fuente de ingreso dependía de este, además del acceso insuficiente a pensiones y seguridad social.

Acciones De México Ante SARS-CoV-2, En Las Personas Adultas Mayores

Los derechos humanos son universales, inalienables, interdependientes e indivisibles, deben ser garantizados y protegidos, especialmente en tiempos de emergencia sanitaria, donde se aplican a todas las personas sin discriminación alguna. Ninguna persona mayor puede ser discriminada o excluida por su edad principalmente, género, discapacidad, condición de salud u otras que tengan por objeto menoscabar o anular sus libertades y derechos.

Ante la emergencia sanitaria que se generó por SARS-CoV-2 en México, como método de apoyo, se hizo el adelanto del pago de las pensiones del Programa Bienestar para las Personas Adultas Mayores, entregándose un total de 5.240 pesos por persona, equivalentes a los montos de los bimestres de marzo-abril y mayo-junio. Medida que beneficio a todos los adultos adscriptos al programa.

Lo mismo sucedió ante el inicio de las elecciones en 2021, los apoyos sociales, pensiones y becas, se entregaron por adelantado dos bimestres en total en marzo.

En palabras del Ejecutivo:

“En marzo van a recibir el apoyo de dos bimestres, porque se va a adelantar pago por motivo de las elecciones, para no estar entregando apoyos durante el proceso electoral. De esta forma cuando inicien las campañas ya se deja de entregar apoyos, hasta después de que pasen las elecciones, para que no se vaya a utilizar o malinterpretar el apoyo del gobierno con propósitos político-electorales” (Andrés Manuel López Obrador, 2021).

El Gobierno de México además puso a disposición de la población páginas y sitios web, donde puedan encontrar información importante y esencial sobre SARS-CoV-2 y formas de prevenirlo, sin embargo, es bien sabido que la mayoría de las personas adultas, requieren apoyo de otras personas, mayormente brindado por familiares cuando en manejo de tecnología (Smartphone, Laptop, Tablet, etc.) se trata, por lo que la información estuvo al alcance de aquellos que tuvieron orientación por su familiar u otra persona.

En la Ciudad de México, por otra parte, se puso a disposición general de la población, un servicio de mensaje de texto, donde se podía enviar la palabra “covid19” al 51515, y acceder a información oportuna sobre cómo actuar en casos de, tener síntomas relacionados con la enfermedad. (Gobierno de la Ciudad de México, 2020).

Por otra parte, en la mayoría de los estados de la república mexicana se suspendió y limitó temporalmente, las visitas a los asilos y centros de atención en aras de intentar evitar la propagación de SARS-CoV-2. Ya que se puede dispersar de manera rápida entre las personas adultas mayores y el personal que labora allí, con consecuencias trágicas.

Desde un punto de vista internacional que nos sirve de referente, pero sin salirnos del tema es, la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores que, en su artículo 6 nos señala, que “los Estados parte adoptaran todas las medidas necesarias para garantizar a la persona mayor el goce efectivo del derecho a la vida y el derecho a vivir con dignidad en la vejez hasta el fin de sus días, en igualdad de condiciones con otros sectores de la población”. (Organización de los Estados Americanos, 2015).

A continuación, podemos apreciar una tabla como referente de los derechos humanos de las personas mayores, que protege dicha convención y referentes al tema:

Tabla 2. Derechos protegidos por la convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores.

DERECHOS PROTEGIDOS POR LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS MAYORES	
Derecho a la vida y a la dignidad en la vejez	Derecho a la salud
Derechos de la persona mayor que recibe servicios de cuidado a largo plazo	Derecho a no ser sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes
Derecho a brindar consentimiento libre e informado en el ámbito de la salud	Derecho a la seguridad social
Derecho a la seguridad y a una vida sin ningún tipo de violencia	Igualdad y no discriminación por razones de edad.
Derecho a la libertad de expresión y de opinión y al acceso a la información	Derecho a la libertad personal

Fuente: Elaboración propia.

Por lo que consideramos que, si bien es cierto los protocolos para atender a las personas adultas mayores, por el riesgo de contraer SARS-CoV-2 son necesarios para cumplir con lo que indica la Convención Interamericana, no son suficientes, ya que se requiere una parte activa y vigilante por parte de los Estados, para que puedan prever y no exponer a las personas adultas mayores a una muerte anticipada.

Hay que hacer consciencia de la gravedad de la emergencia sanitaria que se está viviendo, por ende, hay que buscar formas de contribuir a mejorar las expectativas de vida, de las personas adultas mayores e instituciones de asistencia social para combatir la pandemia SARS-CoV-2.

Son contados los cuestionamientos, relacionados con las medidas y las consecuencias en el bienestar general y salud de las personas mayores.

Actualmente es común hablar y tener conocimiento del abandono de las personas mayores en hospitales, asilos e instituciones de asistencia social, aun cuando son fechas de celebración como navidad y año nuevo, entonces cuanto más se podrá aumentar esta dejadez y formas que tienen de desprenderse los familiares de las personas adultas mayores en tiempos de pandemia, donde para la mayoría de ellas es el encierro 24/7, con el fin de no ponerlos en peligro de contagio, por encontrarse dentro de la población como grupo vulnerable.

Por último, mencionar, que las medidas a adoptar por parte del gobierno, deben disminuir las afectaciones que ha provocado la pandemia, tanto en la igualdad de trato como en el acceso a la atención médica, es importante priorizar pacientes con SARS-CoV-2, pero también tener en cuenta la, afectación a otras personas o grupos vulnerables que requieren cuidados, o medicamentos esenciales, como las personas adultas mayores, que deben tener una atención preferente en servicios de salud, y recibir orientación e información favoreciendo, las formas y el cuidado de su salud.

Aspectos Fundamentales De La Persona Mayor En Tiempos De Pandemia SARS-CoV-2

Las necesidades y opiniones de las personas adultas mayores deben ser tomadas en cuenta ante, toda respuesta social, económica y humanitaria frente a SARS-CoV-2, por lo que debe contar con:

Información precisa y clara sobre la enfermedad y el gobierno darles la adecuada difusión para que llegue a ellos y demás grupos vulnerables, no ser discriminadas por encontrarse dentro de la población como grupo vulnerable ante la SARS-CoV-2, ya que cualquier persona está en riesgo de contagio sin importar la edad.

Prioridad al ser atendida en los hospitales, centros de salud y lugares, donde presten servicios de salud, en caso de padecer los síntomas de la enfermedad.

Recibir los cuidados, tratamientos o recursos que cualquier persona de otra edad tenga acceso, así como también, orientarlos en las precauciones a tener en cuenta, para evitar su exposición en lugares y entornos de posible contagio. Por parte de sus familiares, deben ser tomados en cuenta para la organización de las

actividades del hogar, las precauciones y actividades que se harán durante el confinamiento y quehacer cotidiano. De igual manera recordarles y poner en práctica con ellos las medidas preventivas impuestas por las autoridades sanitarias.

Conservar contacto, preferentemente por distancia con sus familiares, vecinos y amistades para no afectar su bienestar general y aminorar el aislamiento social, disponer y manejar sus recursos propios y bienes a, como lo hacía habitualmente, o de ser su decisión nombrar una persona de confianza, para realizar sus compras y sus pagos de servicios, de igual forma los medicamentos, para el control de sus enfermedades y tratamientos médicos.

Tener orientación psicológica, en caso de que el confinamiento o razones adversas, afecten su salud emocional, en caso de sentir tristeza o depresión. En casos mayores, ser atendido por personas capacitadas en su enfermedad y procurar el seguimiento, para los adultos mayores que residen en un lugar de cuidados prolongados.

No recibir ningún tipo de violencia física, emocional o económica, que les ponga en riesgo, durante y después del confinamiento y el distanciamiento social. Poder expresar libremente con su consentimiento a intervenciones o tratamientos médicos que prolonguen su vida, en caso de encontrarse en una etapa terminal, o si la regulación del estado, lo prevé y permite poder otorgar su voluntad anticipada.

Contar con los servicios y bienes necesarios que garanticen su sobrevivencia como los alimentos son las que consideramos fundamentales para brindarle a las personas adultas mayores una calidad de vida.

Si bien no igual que antes del impacto de SARS-CoV-2 en su vida, si una forma sana y adecuada de aminorar durante y después de la pandemia, las afectaciones o aspectos negativos que pueda ocasionar en su vida. Cualquier persona adulta mayor puede verse afectada por cualquier enfermedad, pero su estado de salud física y mental en general deben ser tomadas en cuenta.

Consideraciones Finales De SARS-CoV-2 En Los Adultos Mayores

Las personas adultas mayores tienen derecho a un envejecimiento saludable, consistente en mantener y desarrollar las habilidades y servicios que permiten el bienestar en la vejez, antes de la pandemia de SARS-CoV-2 incluso más del 50% de las poblaciones mayores carecían de servicios esenciales de salud, y se convirtió en un problema en aumento durante la pandemia.

No basta con garantizar que las personas adultas mayores, puedan tener acceso a los servicios de salud, sino que estos deben implementar formas y adaptarse a las necesidades especiales de los mismos.

Dentro de los grupos vulnerables en México, los adultos mayores han sido los más afectados durante la pandemia SARS-CoV-2, debido a que la desprotección económica, social e incluso laboral, son factores de riesgo y contagio que inciden en la alta tasa de mortalidad que se tiene de la enfermedad.

La necesidad de crear medidas de cuidado y preventivas para este grupo vulnerable dentro de la población, son las barreras que México tiene que superar, en la atención y necesidades de las personas adultas mayores, para tener resultados positivos y no afectaciones o factores negativos.

Recordemos que el grupo con mayor vulnerabilidad por SARS-CoV-2, son ellos, la pandemia aumenta su vulnerabilidad, no solo por su edad, por su situación, laboral, económica, y enfermedades asociadas a su edad, también el riesgo que representa salir de confinamiento en busca de sus productos o víveres para aquellos que se encuentran solos, y si no se les apoya el impacto en su vida será sin duda negativo.

Garantizar la seguridad de los ingresos de las personas adultas mayores, mediante la cobertura nacional de las pensiones y niveles adecuados de derechos, adoptando medidas inmediatas de ayuda socioeconómica y redes de seguridad social, que garanticen los alimentos, el agua, los bienes y servicios esenciales y la atención

médica básica, durante la crisis sanitaria de SARS-CoV-2, para las personas adultas mayores afectadas por dificultades económicas.

Incluir a las personas mayores en programas de aprendizaje permanente y mejorar su acceso a las tecnologías de la información y la comunicación (TIC's).

Abordar de forma explícita y directa los altos riesgos y vulnerabilidades que enfrentan las personas mayores en situaciones de emergencia, en los planes y estrategias nacionales de respuesta, así como consultar a las personas adultas mayores sobre sus riesgos específicos relacionados con SARS-CoV-2, asegurando su participación significativa y permitir una acción específica en la respuesta.

Para la recuperación a largo plazo, garantizar el acceso universal a la asistencia sanitaria y prestaciones de vejez adecuadas, aprovechar el apoyo del sistema de las Naciones Unidas, de acuerdo con el marco de la ONU para responder a los impactos socioeconómicos de SARS-CoV-2, responsabilidad compartida, solidaridad global.

CONCLUSIONES

La pandemia de la COVID-19 ha enfatizado las vulnerabilidades y debilidades que tienen las personas mayores, respecto a su derecho a la salud y a la vida, y con frecuencia, no son escuchadas sus puntos de vista, a pesar de que tienen el mismo derecho de recibir cuidados e información que cualquier otra persona, por lo que hay que hacer consciencia en la población y los medios que ninguna vida es más valiosa, ni está por encima de otra.

Es fundamental tener en cuenta, que el derecho a la vida se encuentra en juego y la protección de la salud, se debe hacer de vis a vis, garantizando tal derecho, independientemente de las características de las personas o grupos vulnerables, no se puede dividir a la sociedad entre fuertes y débiles, sería una decisión desafortunada para la sociedad, que actualmente evidencia su interdependencia.

Llego el momento de hacer uso de la solidaridad y divulgarla, y empieza por las personas que más lo necesitan, en nuestro caso las personas adultas mayores, para poder restaurar el tejido social y brindarles las herramientas que les ayuden a aminorar los efectos de la pandemia y un envejecimiento saludable.

Las políticas públicas que abordan responsabilidades sociales y familiares en una sociedad que envejece, son esenciales para proteger los derechos humanos de las personas adultas mayores, específicamente su derecho a la salud y a la vida que es pilar de los demás derechos fundamentales, por ende, los supuestos relacionados con estos deben perseguir el ideal de justicia y de igualdad, para que este grupo de la población vulnerable no sea perjudicado ni menoscabado en sus derechos humanos.

REFERENCIAS

- Agenda de Igualdad para Adultos Mayores, https://fiapam.org/wp-content/uploads/2013/06/Agendas_ADULTOS.pdf
- Araujo González, R. (2015). Vulnerabilidad y riesgo en salud: ¿dos conceptos concomitantes?, *Novedades en Población, La Habana, Cuba*, <http://scielo.sld.cu/pdf/rnp/v11n21/rnp070115.pdf>

- Araujo González, R. (2015). Vulnerabilidad y riesgo en salud: ¿dos conceptos concomitantes?, *Novedades en Población*, La Habana, Cuba, p.90, <http://scielo.sld.cu/pdf/rnp/v11n21/rnp070115.pdf>
- Asamblea General de las Naciones Unidas (1991). Principios de las Naciones Unidas en Favor de las Personas de Edad, <https://undocs.org/es/A/RES/46/91>
- Cámara de Diputados, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (2021), Artículo 4, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>
- Cámara de Diputados, Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores (2021), http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/245_200521.pdf
- CEPAL (2002), Vulnerabilidad sociodemográfica: viejos y nuevos riesgos para comunidades, hogares y personas, https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/13019/S022114_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- CEPAL (2002), Vulnerabilidad sociodemográfica: viejos y nuevos riesgos para comunidades, hogares y personas, p. 1. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/13019/S022114_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (2021), Artículo 4, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>
- Convención Interamericana Sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. 22 de agosto de 2021. http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_a-70_derechos_humanos_personas_mayores.asp
- Declaración Universal de los Derechos Humanos, <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Elaboración con base en el Plan de Acción de la Organización Panamericana de la Salud sobre la Salud de las Personas Mayores Incluido el Envejecimiento Activo y Saludable (2009), <https://www.paho.org/es/documentos/plan-accion-sobre-salud-personas-mayores-incluido-envejecimiento-activo-saludable-cd498>
- Elaboración propia con base en el análisis de contenido de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_a-70_derechos_humanos_personas_mayores.asp
- Gobierno de México. COVID-19 México Tablero de Información General 2020. p. 1– 4. <https://coronavirus.gob.mx/datos/>
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía. Encuesta Nacional de Ingresos y Gastos de los Hogares (ENIGH) 2018. Encuesta Nacional de Ingresos y Gastos de los Hogares (ENIGH). 2018 nueva serie. <https://www.inegi.org.mx/programas/enigh/nc/2018/>
- Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores. 22 de agosto de 2021. <https://www.gob.mx/inapam/documentos/ley-de-los-derechos-de-las-personas-adultas-mayores>
- Organización de las Naciones Unidas (2020). Informe de políticas: los efectos de la COVID 19 en las personas de edad, https://www.un.org/sites/un2.un.org/files/old_persons_spanish.pdf
- Organización de los Estados Americanos, Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Adultas Mayores, https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores.pdf
- Organización Panamericana de la Salud (2020), Infografía sobre las razones por las cuales las personas mayores son más vulnerables a la COVID-19, <https://www.paho.org/es/documentos/infografia-personas-mayores-son-mas-vulnerables-covid-19-cuba>
- Organización Panamericana de la Salud. (2018). Agenda de salud sostenible para las Américas 2018-2030. <https://www.paho.org/es/agenda-salud-sostenible-para-americas-2018-2030>
- Plan de Acción de la Organización Panamericana de la Salud sobre la Salud de las Personas Mayores Incluido el Envejecimiento Activo y Saludable (2009), <https://www.paho.org/es/documentos/plan-accion-sobre-salud-personas-mayores-incluido-envejecimiento-activo-saludable-cd498>
- Secretaría de Salud. Veinte principales causas de enfermedad en el grupo de 60 a 64 años. Estados Unidos Mexicanos 2018. Sistema Nacional de Vigilancia Epidemiológica. 2018. http://www.epidemiologia.salud.gob.mx/anuario/2018/morbilidad/grupo/veinte_principales_causas_enfermedad_grupo_sesenta_64.pdf
- Secretaría de Salud. Veinte principales causas de enfermedad en el grupo de mayores de 65 años. Estados Unidos Mexicanos 2018. Sistema Nacional de Vigilancia Epidemiológica. 2018. http://www.epidemiologia.salud.gob.mx/anuario/2018/morbilidad/grupo/veinte_principales_causas_enfermedad_grupo_sesentaicinco_mas.pdf
- Tercera Conferencia Regional Intergubernamental sobre Envejecimiento en América Latina y el Caribe (2012). Carta de San José sobre los Derechos de las Personas Mayores de América Latina y el Caribe, https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/21534/1/S2012896_es.pdf

- Vega Rivero J.A, Ruvalcaba Ledezma J.C, Hernández Pacheco I, Acuña Gurrola M.R, López Pontigo. (2020). La Salud de las Personas Adultas Mayores durante la Pandemia de COVID-19. (7):726-39. <https://revistas.proeditio.com/jonnpr/article/view/3772/HTML3772>

CAPÍTULO 9

EL PROCESO LEGAL DE ADOPCIÓN EN MÉXICO: PERSPECTIVA PSICOSOCIAL DE LOS ADOPTANTES

*THE LEGAL PROCESS OF ADOPTION IN MEXICO:
PSYCHOSOCIAL PERSPECTIVE OF THE ADOPTERS*

GLORIA ÁNGELA DOMÍNGUEZ AGUIRRE

Universidad Juárez Autónoma de Tabasco

gloria.dominguez@ujat.mx

<https://orcid.org/0000-0003-4003-2560>

RESUMEN

La adopción es una medida excepcional mediante la cual se restituye el derecho de la niñez a crecer en familia. Esto implica un proceso legal y psicológico realizado por personal que puede carecer de competencias y sensibilidad adecuadas. Estudio cualitativo, exploratoria y transversal, con 50 participantes, padres y madres adoptivas, entre 31 y 70 años, de 16 estados de la república mexicana. 82% de los cuales tienen ya a sus hijos en casa. Se usó una guía de 20 preguntas abiertas, en formulario electrónico, difundido en comunidades virtuales de familias adoptivas. Objetivo general: explorar la perspectiva psicosocial de padres adoptivos hacia el proceso legal de adopción en México. Los resultados señalan que mayormente se ha recibido información adecuada y suficiente al proceso legal, se considera que el proceso es muy tardado, no se percibe claridad de los elementos usados para dictaminar la idoneidad, los estados tienen diferentes formas de llevar a cabo el proceso, se reciben juicios de valor respecto a aquellos adoptantes que no son pareja heterosexual sin hijos biológicos. Se sugiere homologación de los procesos adoptivos en el país y mejor capacitación para los profesionales involucrados, incluyendo canalización a acompañamiento psicoterapéutico.

Palabras clave: *adopción, proceso psicosocial, derecho.*

INTRODUCCIÓN

La Suprema Corte de Justicia de la Nación se refiere a la adopción como una medida excepcional que busca la restitución definitiva del derecho de la niñez a crecer en familia (Treviño, Ripoll y Roldán, 2020). En aras de esta búsqueda, se desarrolla un proceso para seleccionar a las mejores familias para recibir a estos niños, niñas y adolescentes, que, por no haber recibido los cuidados parentales adecuados, se consideran en vulnerabilidad.

Verrier, en 1997 acuñó el concepto herido primal, para referirse a la ruptura del vínculo gestado durante el embarazo, lo cual sustenta con referencias a la neurociencia, la teoría del apego y la psicología pre y perinatal (San Román, 2013). Esto permite conocer que la separación de la madre biológica afecta dramáticamente las estructuras cerebrales de las personas adoptadas, aun cuando sean adoptadas inmediatamente después del nacimiento. De ahí la importancia del adecuado proceso de la adopción para subsanar el impacto de las privaciones y carencias de la etapa preadoptiva, por el paso de una familia a otra, misma que produce secuelas psicológicas que la adopción debe reparar (San Román, 2013).

En un lapso de diez años a la fecha, la adopción se ha visibilizado mucho más que en décadas anteriores, pasando de ser una acción concreta realizada de manera clandestina e ilegal a convertirse en un proceso estructurado que amerita preparación de todas las partes involucradas: los padres que ahíjan al hijo que viene de afuera y los profesionales de todas las áreas que intervienen en tal proceso: abogados, psicólogas, trabajadores sociales, médicos y personal administrativo. Esta visibilización ha implicado la profesionalización de todas las acciones con que se pretende restituir a niños, niñas y adolescentes su genuino derecho a vivir en familia.

La adopción es un proceso complejo que atiende una situación por demás compleja: el abandono. Al ser estos dos elementos los extremos, se puede percibir el trabajo arduo que implica atender la necesidad de los menores de edad que viven sin cuidados parentales en centros de asistencia social, conocidos como casas hogar.

De lo anterior se desprende que la adopción implica dos procesos que se deben de realizar de manera simultánea: el legal y el psicológico. El primero inserta dentro de los parámetros jurídicos vigentes la llegada del NNA (niños, niñas y adolescentes) a su nueva familia y el segundo atiende sus necesidades emocionales, preparando a los adultos que le recibirán y dando seguimiento a su vinculación. Sin embargo, en ocasiones las personas encargadas de facilitar estos procesos, no tienen los conocimientos adecuados ni la sensibilización pertinente para seleccionar a las personas más indicadas, dar la información más oportuna, canalizar a las instancias adecuadas, por ejemplo, la psicoterapia; ni respetar los tiempos establecidos por la persona más importante en este proceso que es el niño, niña o adolescente. Dichos tiempos se relacionan con su capacidad para adaptarse e iniciar la vinculación afectiva. Lo cual lleva su propia secuencia y corresponde a la nueva familia continuarlos y favorecerlos.

En México, como en varios países, los aspirantes a adoptar deben obtener el certificado de idoneidad, que es el documento expedido por la Procuraduría Estatal de Protección de la Familia y de los Derechos de las Niñas, Niños y adolescentes que avala que son aptos para ello. Este se otorga previa autorización del Consejo Técnico de Adopciones. El trámite de adopción nacional, de manera sintetizada, integra los siguientes pasos:

Solicitud de ficha para ingresar al curso de inducción, cursarlo, integrar el expediente, integrar una solicitud de adopción, realizar las evaluaciones psicológicas y socioeconómicas, con el cual el SNDIF elaborará un informe psicosocial que será sometido a consideración de los integrantes del Comité Técnico de Adopción del SNDIF, del cual se expedirá o no el certificado de idoneidad. Esta decisión será comunicada por escrito y personalmente a los solicitantes, informando las causas de dicha determinación, así como dando la orientación necesaria. De ser expedido el certificado de idoneidad, se ingresará a una lista de espera para la asignación de un NNA, la cual será en una sesión con los integrantes del Comité Técnico de Adopciones, la cual se

realizará atendiendo las necesidades e interés superior del menor que se encuentre liberado jurídicamente y al perfil psicosocial de los solicitantes.

Posteriormente se proporcionará un informe de adoptabilidad, el cual contiene la situación médica, jurídica, psicológica, social y pedagógica del menor. De ser aceptada la asignación se procederá a la presentación física y después un periodo de convivencias, primero en el Centro de Asistencia Social donde el menor se encuentre albergado y posteriormente fuera de él. Si se determina compatibilidad entre ambas partes y si la convivencia resulta satisfactoria, se iniciará el procedimiento judicial de adopción. A continuación, el juez competente valorará si los solicitantes cumplen con los requisitos establecidos en la legislación vigente y dictará sentencia decretando la adopción, y una vez que esta cause ejecutoria, girará oficio al Registro Civil para que éste emita la nueva acta de nacimiento del menor adoptado. Durante dos años, cada seis meses, se llevará a cabo un seguimiento post-adoptivo para valorar la adaptación del menor a su nueva familia (SNDIF, 2020).

La carencia de una ley nacional de adopción que regule los procesos, deja espacios sin ajustarse al proceso anteriormente descrito. En razón de lo anterior, se realiza esta investigación cuyo objetivo general es explorar la perspectiva psicosocial de padres adoptivos hacia el proceso legal de adopción en México, mediante los objetivos específicos: 1) Explorar la percepción de adoptantes respecto a los conocimientos del personal a cargo de las adopciones. 2) Identificar la percepción de adoptantes sobre las actitudes de las personas involucradas en el proceso de adopción y 3) Profundizar en las repercusiones que genera el desempeño del personal a cargo del proceso adoptivo en los padres adoptantes.

Adopción en México desde la perspectiva psicosocial

Se trata de un estudio cualitativo, exploratorio y transversal. Los participantes fueron 50 madres y padres adoptivos, de entre 31 y 70 años. El 50% están entre los 41 y 50 años; 34% entre 31 y 40 años; 14% entre 51 y 60 años y 1 persona en el rubro de 61 a 70 años. Con respecto al género, 86% (43 personas) son mujeres y 14% (7 personas) son hombres. En lo referente a su situación parental, para 82% sus hijos ya viven en su casa; 12% tienen certificado de idoneidad y se encuentran esperando una asignación y 6% están en proceso de obtener el certificado de idoneidad. Ninguna persona refiere estar en convivencia preadoptiva con su hijo.

42% de los participantes recibió a su hijo o hija entre 2020 y 2022; 22% entre 2017 y 2019; 18% entre 2014 y 2016; 10% entre 2010 y 2013, en tanto el 8% lo recibió antes de 2009. Esto es revelador de que las familias adoptivas recién conformadas participan más activamente en los grupos virtuales y están más interesadas en conocer y compartir su experiencia.

82% de los participantes están en una pareja heteroparental; 16% hicieron adopción monoparental y 2% (una persona) está en una pareja homoparental.

16% realizaron el proceso adoptivo en Ciudad de México; 16% en Coahuila; 10 en Estado de México; 10% en Guanajuato; 10% en Jalisco; 8% en Baja California; 8% en Nuevo León; 6% en Durango, en tanto de Chihuahua, Chiapas, Veracruz, Sonora, Sinaloa, Querétaro, Puebla y Morelos respondió una persona de cada estado, conformando el 2% cada uno. 72% adoptaron en el mismo estado en que radican, mientras que 28% lo realizaron en otro estado, entre los que se cuentan Coahuila, Estado de México, Morelos, Jalisco, Guanajuato, Durango y Veracruz.

El instrumento utilizado fue un cuestionario compuesto por una guía de 20 preguntas abiertas orientadas a indagar sobre los cuatro objetivos específicos. Las preguntas 1, 3, 7, 9 y 14 exploran el objetivo 1; la 2, 3, 7, 8, 12 y 14 abordan el objetivo 2; en tanto la 4, 5, 10, 11 y 18 atienden el objetivo 3 y finalmente, la 13, 15, 16, 17, 18, 19 y 20 indagan el objetivo 4. Debido a la naturaleza abierta de las preguntas, a través de algunas se obtuvo información relativa a dos o más objetivos.

El procedimiento aplicado fue solicitar su participación a las personas que forman parte de tres comunidades de familias adoptivas mexicanas en la aplicación WhatsApp, así como publicar el formulario en la página de Facebook Familias sin Cigüeña, orientada a la psicoeducación hacia la adopción, cuya administradora es la autora del presente trabajo. También se contó con difusión en diversos grupos locales de familias adoptivas realizada por diferentes personas.

La información fue recabada de forma virtual, a través de un formulario de Google y fue revisada mediante el análisis de contenido inductivo. Los resultados que fueron abordados de acuerdo a los objetivos específicos, arrojaron la siguiente información, la cual se sustenta con testimonios de los participantes.

En relación con la percepción de adoptantes respecto a los conocimientos del personal a cargo de las adopciones -objetivo 1-, la mayoría de los y las participantes recibieron información adecuada y suficiente respecto al proceso legal, aunque hay algunas menciones negativas.

Se percibe variedad respecto al abordaje de las instancias relacionadas, así como en diferentes estados.

“En alguna institución si en otras no, con algunos terapeutas y trabajadores sociales a manera de rompecabezas, con la abogada especializada que encontramos y nos acompañó, sí, incluyendo las dificultades y triquiñuelas potenciales. De parte de las instancias judiciales, ninguna”.

“En Durango sí, un proceso muy limpio En Sinaloa no, ni siquiera el personal de DIF sabía en que paso estábamos o cuál era el proceso”

“No, la casa hogar donde lo hicimos cambió todo de última hora y nos dejó solos en el DIF, averiguando por nuestra cuenta que seguía. Lo único que quedó claro es que solo podíamos contratar a la abogada con la que tenían convenio”

Tanto en las respuestas positivas como negativas se menciona la falta de información respecto al tiempo, lo cual resalta en función de que éste es el factor más incierto en el proceso adoptivo.

“Los pasos fueron claros, las fechas eran inciertas”

“El proceso se me explicó de forma muy acertada, lo que varió fueron los tiempos”

Un elemento importante en el proceso adoptivo es el certificado de idoneidad. Sobre los elementos con los que se dictamina la idoneidad, se percibe poca claridad.

“No es clara la forma de mostrar los elementos que se evalúan para dictaminar”

“La verdad no sé qué parámetros usaron. Nunca nos dieron retroalimentación del examen psicológico o físico o del estudio económico”

“Sentí que el Consejo Técnico no tenía la preparación adecuada, le daban más importancia a lo económico, si íbamos a poder mantener económicamente a la familia, pero no tanto el lado emocional, psicológico etc.”

Hay escasas respuestas favorables hacia ese elemento.

“Consideraron todos los aspectos. Me parece que hicieron un buen trabajo”.

“Con subjetividad. Nosotros solicitamos hermanitos y si alguno tenía alguna discapacidad estábamos abiertos. No lo podían creer y las autoridades mencionaron a mi hija como opción antes de iniciar el trámite. Ya iniciado, yo preguntaba abiertamente sobre la circunstancia de salud de la niña, no nos querían decir (...) cuando nos dieron la idoneidad, vino acompañado con ‘pero no pueden ser los papás de esa bebé y su hermano’. Ahí hubo subjetividad, captaron mis preguntas y dudas y miedos naturales a través de sus propios miedos”.

“Pues me parece que es muy superficial la evaluación”

A pesar de ser un elemento fundamental en el proceso de adopción, en ocasiones esta evaluación se omite.

“Mientras pagaras te iban a aceptar, el DIF de CdMx lo hizo muy bien y fue muy humano. Ya teníamos a nuestro hijo en casa cuando el DIF nos empezó a analizar para darnos la idoneidad... Vio nuestra angustia y fueron muy humanos”.

En la experiencia en el procedimiento también hay discrepancia. Para algunas personas adoptantes, la atención inicia desde la quien da informes.

“Creo que la recepcionista/persona que da informes es quien carece de capacitación Lamentablemente, ella es el primer filtro para quienes van a pedir información. No tienen la preparación ni la experiencia necesarias. Se ven improvisados, en general y además los cambian todo el tiempo”

“Sí. Mucha experiencia y capacitación. Profesionales y mucha transparencia”.

La experiencia indica que, al no haber homogeneidad en el procedimiento, los estados tienen diferentes formas de abordaje.

“En Durango, sí En Sinaloa no creo que tengan nada de capacitación en procesos de adopción”

En algunos casos se revela capacitación adecuada en algunas personas involucradas.

“La procuradora y el psicólogo del DIF sí estaban capacitados. El resto del personal no”

“Sí, el personal que estuvo a cargo tenía experiencia y sabían lo que hacían. El personal actual no, para nada. Todo es un desorden y va peor”.

“Sí están capacitados, solo a la trabajadora social le falta una mente más abierta”

En referencia a quienes dirigen y colaboran en Centros de Asistencia Social, albergues o casas hogar, se considera que algunas personas sí tienen conocimientos adecuados y la debida preparación emocional para contribuir al desarrollo de los NNA.

“Creo que hay algunos, pero muy pocos centros de asistencia tienen la capacitación o los recursos”

“En el caso de la casa cuna donde estuvieron nuestros hijos, consideramos que todas las personas son altamente calificadas”

“La casa hogar donde estaban los niños, las personas responsables se veían que los tenían muy bien atendidos”

También parece tratarse de falta de personal calificado.

“Sí, pero la cantidad de niños los sobrepasan”.

Se encuentran menciones que apuntan a violencia ejercida hacia los NNA en personas cuidadoras, quienes por el cuidado que ameritan deberían tener conocimientos sobre trauma.

“No. La encargada de la casa hogar les gritaba a mis hijas. Incluso me contaron que golpeaban a algunos niños que tenían “mal comportamiento”. Mis hijas no llevaban psicóloga en la CAS de manera constante porque no mostraban síntomas de necesitarlo”.

Respecto al objetivo 2, que se orientó a identificar la percepción de adoptantes sobre las actitudes de quienes intervienen en el trámite de adopción en el aspecto legal. De acuerdo con los participantes, en el ámbito particular y el gubernamental, hay profesionistas con sensibilidad y quienes carecen de ella.

“La abogada contratada por nosotros se dedica a adopciones, ella fue clara y concreta. Las abogadas de los trámites de gobierno muy sensibles y empáticas. Las asistentes en oficina de gobierno haciendo gala de su poder y reteniendo el trámite hasta el último día legal”.

“Terrible, viví una historia de terror con los abogados de la Procuraduría de la Defensa del Menor”

“En Durango excelente, muy preparados En Sinaloa, fatal, creo que los abogados tenían cero conocimientos del proceso y su actitud era pésima”.

“En cuanto a abogados buena, pero en el juzgado pésimo debido al trato que dieron a la madre biológica de nuestra hija”

“El primero que contrate ambiguo y tardado en dar respuesta. Cambié de abogado y el segundo excelente en conocimiento, comunicación y actitud”

“A veces son un poco fríos en el proceso, pero creo que es parte de su trabajo”

“Es muy fría y nada vinculante”

Esta tendencia se repite en la percepción del desempeño de los profesionales de Psicología, cuya función es determinante en el proceso adoptivo.

“Me parece que faltan saberes especializados y amplios en relación al proceso de parentalidades y generalmente se ven dominados por sus propios juicios de valor que responden muchas veces a las instituciones de adscripción”

“Yo agradezco infinitamente el grado excesivo de cursilería de la gente del albergue, no es mi estilo, pero súper bien atendidos y nos trataron con mucho respeto y sensibilidad”.

“Nula. Los psicólogos de DIF carecen de capacitación, es gente que ocio puestos temporales por administración de gobierno en turno. Revictimizaron a mis hijas en varias ocasiones al obligarnos a ir a psicología al mismo lugar donde tenían las sesiones con la madre biológica que nunca iba o si iba lo hacía en estado inconveniente”.

“En Durango tenían conocimiento de trauma e institucionalización, aunque debo decir que este conocimiento era superficial En Sinaloa tenían cero conocimientos de trauma”.

“Por parte del DIF, regular. Por parte de tribunales, pésima. Poco conocimiento del impacto de la institucionalización y del proceso de desarrollo del vínculo”.

Con referencia a haberse sentido respetados, predominan las menciones negativas.

“Nos sentimos juzgados todo el tiempo, no sé si influyó el hecho de ya tener una hija y nos cuestionaban el por qué adoptar otra vez”.

“Si todos muy amables y empáticos, a excepción de una sola persona, que le toco darnos unos resultados, fue un tanto grotesca y nada empática, lo bueno que solo nos tocó con esa persona una sola vez”.

“No. Muchas veces solicite información sobre el expediente de mis hijas para poder saber en qué áreas ellas ocupaban más apoyo. La respuesta siempre fue que no tenían autorización de darme esa información”

“No. De hecho, hicieron juicios sobre que trataba a mi hijo como terapeuta no como mamá. Juicios como que yo no quería al niño sino solo a la niña, etc. Hasta que llegó una trabajadora social con mucha experiencia a la que habían advertido...a ella le dijimos revisa la solicitud inicial, nosotros pedimos hermanitos.... en efecto ella revisó y pudo escuchar la situación difícil del niño que incluso hasta hoy no ha generado vínculo. Me da risa sobre el juicio de lo tratas como maestra porque cuando en madres por biología se dice que la madre es enfermera, psicóloga, maestra etc como resaltando las habilidades”.

Sin duda, no hay un perfil de adoptantes, por lo cual, se debe entender la diversidad en estas personas en quienes el deseo genuino de adoptar no debe verse a través de una sola mirada. Se encontraron muchas menciones a prejuicios de diversa índole.

“Sí, en cuánto a religión”

“Sí, la psicóloga de la Subprocuraduría cuestionó que yo fuera heterosexual por ser soltera. Hasta que le dije “No soy homosexual. Pero si te digo SOY HOMOSEXUAL ¿ya te quedarás tranquila y podemos avanzar?”. Otro tema fue que yo soy cristiana, y me cuestionó que, si yo tenía amigos no cristianos, o bien, el por qué no usaba maquillajes ni joyas”.

En el DIF de León definitivamente sí. Se negaron completamente a empezar un proceso porque ya teníamos hijos y para qué queríamos más... Igualmente en Amigo Daniel y en Vifac, por la misma situación”.

“Sí, sobre la capacidad de amar a una niña con discapacidad”.

“Sí, tuve un proceso de corrupción el cual no acepté”

“Sí, por ser soltero, y por el rango de edad”.

“Sí. Nosotros no tenemos problemas de infertilidad, adoptamos por elección y al escucharlas exageramos mi hipertensión transitoria postparto”.

“Nos solicitaron estar casados al menos dos años. Y mi esposo y yo ya llevábamos más de 15 años en unión libre comprobable”.

“Un poco por no tener pareja con comentarios tipo ‘no entiendo cómo una mujer como tú no tiene pareja’”

“Sí, por la manera de vestir y peinar”.

La adopción puede llegar a verse a través de una mirada romantizada, que no contribuye a desarrollar un proceso adecuadamente. Pocos participantes refieren esto.

“Sí, en general basada en la idea de la bondad de los adoptantes”.

“Sí, pensaban que debía de sentir amor a primera vista con la niña desde el inicio”.

Otros más comparten una mirada concreta y realista.

“No, siempre nos dijeron los pros y los contras. Nos contaron historias reales de adopciones pasadas”.

“No. Todos fueron muy claros y directos. Todos advirtieron que no sería fácil y que cada niño y niña traería sus propios retos y no sólo harían sacar lo bueno de nosotros sino también lo malo, que por eso debíamos estar preparados”.

El objetivo 3 profundiza en las repercusiones que genera el desempeño del personal a cargo del proceso adoptivo en los padres adoptantes. En este sentido, se indagó si la capacitación brindada fue suficiente para prepararse para la espera y la crianza. La postura general es que no se recibió y si se hizo, fue insuficiente.

“No, muchos de los conocimientos los adquirimos nosotros tomando talleres, viendo conferencias y testimonios por fuera, a través de asociaciones. Ahora que los niños están en casa, la institución no nos brinda recursos informativos”.

“Sí, muy bueno el curso-taller. Pero ahora que ya adoptamos, nos hubiésemos gustado aún más capacitación”.

“Nulo. Ellos nunca hablaron de capacitación o recursos para nosotros. Nosotros la buscamos por nuestra cuenta por las situaciones que estábamos viviendo”.

“Sí, considero que sí. Porque ellos impartieron un taller de Escuela para Padres en donde abarcaron muchos temas, entre ellos lo legal”.

“No, apenas fue una pincelada de lo que iba a pasar”.

Respecto a la importancia de buscar acompañamiento terapéutico antes, durante y después del proceso de adopción, hay personas que refieren información variada; algunas personas refieren haberla recibido, aunque quizá no como una orientación clara.

“No, pero ya sabía del tema y los pasos a seguir”

“No, preguntamos sobre algún psicólogo que pudiera orientar a nuestros hijos, no lo supieron decir”

“No hubo sugerencias y tampoco orientación”

“Sí recibí la sugerencia, no la orientación”

“Antes no, y durante y después del proceso sí obtuvimos acompañamiento, pero por el área de psicología de la misma casa hogar”

“Nunca. A lo único que se limitó una licenciada fue a sugerir terapia psicológica externa a DIF porque ellos no tenían personal cuando nos entregaron a las niñas en custodia pre adoptiva”

“Asistir a terapia psicológica externa es obligatorio durante el proceso de obtener el certificado de idoneidad. En la Subprocuraduría manejan un listado de psicólogos que lo presentan como sugerencias, pero nosotros elegimos. Después de la llegada de los hijos también es obligatorio ir a terapia para el proceso de adaptación. En ambas ocasiones los psicólogos nos dan de alta y mandan una notificación a la Subprocuraduría. Pero creo que recientemente esto se dejó de hacer porque ha habido demasiados cambios de personal y actividades”.

“Nos obligaron porque supuestamente no creíamos en la terapia...a pesar de que yo soy tanatóloga y comencé la maestría en psicoterapia. Los mismos terapeutas no entendieron como para qué nos habían mandado”.

Los padres adoptantes opinan sobre el seguimiento después de haber recibido a su hijo/a. Las menciones mayoritariamente niegan dicho servicio.

“No, creo que debe de haber más seguimiento y apoyo post adopción”.

“No es adecuado, no hay cursos, capacitaciones, solo se servirán que tenga buena salud y viva en condiciones adecuadas, pero en lo psicoemocional nada”

“Durante los primeros 6 meses sí lo fueron. Pero ahora ni siquiera me han citado, ni hablado, ni nada. Eso me preocupa un poco ¿qué tal si hay familias que en verdad necesitan esa supervisión?”

“No mucho, cuando cambió la administración, lo que les interesaba era más desacreditar el trabajo de la administración anterior, que dar un real seguimiento a nuestro proceso”.

CONCLUSIÓN

En función de los resultados de esta investigación se pueden precisar las siguientes conclusiones:

- 1) En una misma dependencia puede haber personal con competencias y sensibilidad ante la adopción, así como personal que no cuenta con estas destrezas. Esto puede ocurrir por falta de capacitación y cambios de administración.
- 2) Algunos estados de México tienen mucha más experiencia y capacitación en los procesos adoptivos. Otros conocen muy poco de este tema.
- 3) El tiempo es un factor que genera gran preocupación en los adoptantes. Se percibe como sugerencia general que los procesos se acorten. Sin embargo, esta prisa puede deberse a procesos de duelo no resueltos que ameritan canalización a psicoterapia.
- 4) Frecuentemente el personal a cargo de las adopciones emite juicios de valor hacia algunos adoptantes que no corresponden al perfil tradicional de pareja heterosexual sin hijos biológicos.

5) Las familias adoptivas requieren mayor capacitación para afrontar la espera y posteriormente la crianza de sus hijos e hijas adoptivas. Se espera que sea el personal implicado en los procesos quienes otorguen dicha capacitación o en dado caso, que canalicen a las familias adoptantes.

6) Se sugiere homologación de los procesos adoptivos en el país y mejor capacitación para los profesionales involucrados, incluyendo canalización a acompañamiento psicoterapéutico

REFERENCIAS

- Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Tabasco (2017).
- <https://tsj-tabasco.gob.mx>
- Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (2020). Adopciones. Trámite de adopción nacional.
- http://sitios.dif.gob.mx/transparencia/transparencia_focalizada/adopciones/
- San Román, B. (2013) De los “hijos del corazón” a “los niños abandonados”: construcción de “los orígenes” en la adopción en España. Papeles del Psicólogo. 34(1). 2-10.
- Treviño, S., Ripoll, K. y Roldán, O. (2020). Cuadernos de Jurisprudencia (3). Adopción. Centro de Estudios Constitucionales SCJN Suprema Corte de Justicia de la Nación. <https://sistemabibliotecario.scjn.gob.mx>

CAPÍTULO 10

EL DERECHO A LA SALUD DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES MIGRANTES EN MÉXICO

THE RIGHT TO HEALTH OF MIGRANT CHILDREN AND ADOLESCENTS IN MEXICO

JOSÉ ESTEBAN RAMÓN GALICIA PÉREZ

Universidad Juárez Autónoma de Tabasco

galicia.2010@hotmail.com

<https://orcid.org/0000-0003-3508-6855>

RESUMEN

La migración es un acontecimiento que se remonta a la propia historia de la humanidad, el hombre comenzó a desplazarse desde el instante en que se enfrentó con la necesidad de buscar mejores expectativas de vida y supervivencia, podemos considerarla entonces como un fenómeno que forma parte de la naturaleza del ser humano. Las causas que han generado la migración de personas son de tipo sociales, políticas, económicas, culturales y ambientales, entre otras (Gallegos Sánchez, 2016).

Palabras clave: *migración, derecho, México.*

INTRODUCCIÓN

Por migración debemos entender “el movimiento de una persona o grupo de personas que se trasladan de una unidad geográfica hacia otra a través de una frontera administrativa o política con la intención de establecerse de manera indefinida o temporal en un lugar distinto a su lugar de origen” (OIM, Conceptos generales sobre migración, 2016).

Por su parte, el artículo 30 de la Ley de migración en vigor define como migrante al “individuo que sale, transita o llega al territorio de un Estado distinto al de su residencia por cualquier tipo de motivación” (LM, artículo 3º).

Datos del Instituto Nacional de Migración revelan que, en México, en el año 2016, durante el período enero-diciembre ingresaron al país un total de 186,216 (SEGOB, Unidad de política migratoria, 2016) migrantes y en lo que va del año, en el período enero-junio 2017, se estima que ingresaron 44,307 (SEGOB, Unidad de política migratoria, 2016) migrantes a México, mismos que fueron presentados ante la autoridad migratoria.

Tabasco, particularmente el Ceibo y Tenosique, se convierten en alternativas de internamiento en México, lo cual tuvo consecuencias en la estructura del tránsito migratorio, mismas que se presentan en la tabla siguiente:

Tabla 1. *Eventos de extranjeros presentados ante la autoridad migratoria según entidad federativa y municipio, período enero-junio 2017.*

EVENTOS DE EXTRANJEROS PRESENTADOS ANTE LA AUTORIDAD MIGRATORIA SEGÚN ENTIDAD FEDERATIVA Y MUNICIPIO, 2017							
Entidad federativa y municipio	Enero	Febrero	Marzo	Abril	Mayo	Junio	Total
Tabasco	1,315	1,001	883	893	1,091	1,127	6,310
Centro	681	403	355	332	403	494	2,668
Tenosique	634	598	528	561	688	633	3,642

Fuente: Elaboración propia con base en datos de la Unidad de Política Migratoria, SEGOB, y en información registrada en las estaciones migratorias, oficinas centrales y locales del INM, disponible en: http://www.politicamigratoria.gob.mx/es_mx/SEGOB/Extranjeros_presentados_y_devueltos

El Instituto Nacional de Migración reconoce que los niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados son un grupo en situación de vulnerabilidad. por lo que, en aquellos casos en los que algún menor sea puesto a su disposición, procederá a canalizarlo de manera inmediata al Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), con el objetivo de privilegiar su estancia en lugares donde se le proporcione la atención adecuada, se le informe con claridad sobre sus derechos y se le brinde los servicios de representación y asistencia jurídica que requiera (SEGOB, Derechos humanos de las personas migrantes, 2016).

El fundamento jurídico inicial para la protección de las personas migrantes en México parte de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que en el artículo 10 establece que “todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que la propia Constitución establece” CPEUM, artículo 1ro).

La Ley de Migración de 2011 establece que los derechos de las personas migrantes (artículos 6 a 15), con la modalidad que marca el mismo ordenamiento, son independientes de su situación migratoria. Entre los derechos que se reconocen a los migrantes se encuentran:

- *El derecho a la libertad de tránsito.*
- *El derecho a servicios educativos.*
- *El derecho a editar actas de estado civil.*
- *El derecho a la preservación de la unidad familiar.*
- *El derecho a la procuración de justicia.*
- *El reconocimiento de su personalidad jurídica.*
- *La aplicación de los derechos en vigor para la admisión, permanencia y salida del territorio, así como para pedir la condición de refugiado.*

- *El derecho a un traductor.*
- *El derecho a la atención médica.*

Siendo este último, el cual representa el derecho a la salud, uno de los derechos fundamentales que otorga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 10 y 40 a los menores migrantes, el cual se ofrece explícitamente en el artículo 8 de la Ley de Migración, al manifestar que los migrantes tendrán derecho a recibir cualquier tipo de atención médica independientemente de su situación migratoria, conforme a las disposiciones legales y reglamentarias aplicables.

Por su parte, la Ley General de Salud en México el artículo 77 Bis 37 del ordenamiento legal de la materia antes citado, contempla las circunstancias en las cuales se les deberá proveer los servicios de salud, los cuales destacan las fracciones siguientes:

V) *Recibir información suficiente, clara, oportuna y veraz, así como la orientación que sea necesaria respecto de la atención de su salud y sobre los riesgos y alternativas de los procedimientos diagnósticos, terapéuticos y quirúrgicos que se le indiquen o apliquen;*

VI) *Contar con su expediente clínico;*

VII) *Decidir libremente sobre su atención;*

VIII) *Otorgar o no su consentimiento válidamente informado y a rechazar tratamientos o procedimientos;*

IX) *Ser tratado con confidencialidad;*

X) *Contar con facilidades para obtener una segunda opinión;*

XI) *Recibir información sobre los procedimientos que rigen el funcionamiento de los establecimientos para el acceso y obtención de servicios de atención médica;*

Fracciones mismas que demuestran la inclusión activa del consentimiento informado en la legislación mexicana en materia de salud, para ofrecer una excelente atención médica tanto a personas mexicanas como a extranjeras.

Con base a los acontecimientos migratorios expuestos en un inicio y la normativa interna que favorece en materia de salud a este sector de la población, consideramos de gran interés analizar desde una perspectiva jurídica, el tema del consentimiento informado en la atención a menores migrantes que ingresan de manera irregular a México por la frontera sur y su vinculación con la protección de los derechos fundamentales por tres razones: a) La minoría de edad no es excusa para privar al menor de la autonomía y libertad en la toma de decisiones en la práctica médica, b) El interés superior del menor y el estado de vulnerabilidad de los menores migrantes, y c) El escaso material de investigación sobre el tema. Mismas que se exponen a continuación:

Los menores de edad no son simplemente incapaces por no contar con 18 años. Se sabe que en la práctica médica el tratamiento es autorizado por alguno de los padres o el tutor del menor, en ocasiones sin tomar en cuenta la opinión de este último, pues por su minoría de edad, son considerados incapaces para participar en la toma de decisiones.

Sobre el tópico, la Doctora Gisela María Pérez Fuentes manifiesta que “el concepto de niñez o minoría de edad protege a aquellas personas que requieren de determinadas medidas o cuidados especiales por la situación de especial vulnerabilidad en que se encuentran ... lo anterior no significa que el menor de edad sea un incapaz, sino que simplemente tiene limitada su capacidad de obrar en la medida en que sus capacidades intelectuales y emocionales están todavía en desarrollo y no han alcanzado su plenitud” (Pérez Fuentes, 2017). Por lo anterior, el estado de minoría de

edad no debe ser excusa para privar al paciente menor de edad de su autonomía y libertad de ejercer el consentimiento informado, al contrario, deben recibir un trato especial para favorecer su entendimiento ante las situaciones que en la atención médica surjan.

La Constitución y el Poder Judicial de la Federación en cuanto a una nueva interpretación sobre el menor y el modelo social en la toma de decisiones, interpretan que la persona con discapacidad no debe ser privada de su capacidad de ejercicio por otra persona que sustituya su voluntad, sino que simplemente es asistida para adoptar decisiones en diversos ámbitos, situación que entraña el pleno respeto a sus derechos, voluntad y preferencias (Tesis aislada, 1a. CXVI/2015).

Al respecto, consideramos que es fundamental promover la participación activa del menor en la toma de decisiones en el ámbito de la práctica médica, debido a que en un inicio es el menor quien desempeña el rol del paciente. Lo anterior asistido y orientado por el médico que lo atiende, sus padres o tutores. Situación que excluye el principio paternalista en la atención médica.

El interés superior del menor y vulnerabilidad. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación interpreta que el interés superior de la infancia, reconocido expresamente en el artículo 40., párrafo octavo de nuestra Carta Magna, a partir de la reforma constitucional de 12 de octubre de 2012, exige la garantía plena de los derechos de las niñas y niños de modo que en primer término se busque el beneficio directo del menor, supuesto que se traduce como interés superior de la niñez (Tesis, 1a. LXXVI/2013).

Aunado a lo anterior, en el caso de los menores migrantes que ingresan al país de manera irregular, su condición aumenta la probabilidad de que no reciban un adecuado cuidado sobre su alimentación, protección contra todas las formas de violencia y su salud. Lo que supone pensar, si a un menor mexicano por su condición de minoría de edad, en ocasiones pasa desapercibida su inclusión en la toma de decisiones en la atención médica, ¿Qué hace pensar que un menor extranjero en calidad de migrante irregular, será solicitada su opinión en la toma de decisiones sobre su salud?

En virtud de los tratados internacionales firmados y ratificados por México, destaca la Convención de los Derechos del Niño, por ello, en las leyes mexicanas existe la obligación legal de proteger todos los derechos de la niñez, independientemente de su origen, destino, calidad migratoria u otro criterio.

Consideramos que un paciente menor de edad, y en calidad de migrante, con quien no es empleado el consentimiento informado en la atención médica, se deja en estado de vulnerabilidad su derecho al acceso a la información veraz y completa de su diagnóstico, se conculca su autonomía en la toma de decisiones y su derecho a la libertad de expresión. Situación que requiere especial atención de las autoridades en sus diversos ámbitos de competencia, de la sociedad y la comunidad universitaria.

El consentimiento informado

Para el ámbito de la práctica médica, Manuel Gabriel Lee (2004), subcomisionado médico de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico en nuestro país, considera que el consentimiento informado representa una aportación muy valiosa que el derecho ha aportado al campo de la atención médica, ya que representa un concepto que no se detiene únicamente en ser un solo acto normativo o jurídico, pues a la vez, logra establecer la comunicación por excelencia entre el médico y el paciente que, en palabras de Lee: “legitima el acto médico y otorga obligaciones y derechos recíprocos” (Lee, 2004).

El consentimiento bajo información (CBI) puede definirse como un proceso mediante el cual se garantiza por escrito que después de haber recibido y comprendido toda la información necesaria y pertinente, el paciente ha expresado voluntariamente su intención de participar en cualquier investigación o su autorización para que sobre él se efectúen procedimientos diagnósticos, tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas de cualquier tipo, que suponen molestias, riesgos o inconvenientes que previsiblemente pueden afectar su

salud o su dignidad, así como las alternativas posibles, derechos, obligaciones y responsabilidades (Cano Valle, 2004).

La Doctora Karla Cantoral Domínguez (2012), citando a Angélica Laurent, manifiesta que el consentimiento informado es el proceso de comunicación e información entre el profesional de la salud y la persona atendida, el cual termina con la aceptación o negación por parte del paciente de un procedimiento, diagnóstico o terapéutico, después de conocer los riesgos, beneficios y alternativas que involucren una toma de decisión libre.

Para la realización de este estudio nos permitimos analizar los elementos del consentimiento informado, mismos que se exponen en la tabla que se presenta a continuación:

Tabla 2. Descripción de los elementos del consentimiento informado y circunstancias de su excepción:

ELEMENTOS DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO	
Voluntariedad	El consentimiento informado debe expresarse de forma libre y voluntaria. No debe ser manipulado o coaccionado. Esta información se presenta en los casos de: a) Persuasión. b) Coacción. c) Manipulación.
Información en calidad y cantidad suficientes	a) Naturaleza del diagnóstico y tratamiento. b) Objetivos del diagnóstico y tratamiento. c) Opciones y alternativas. d) Explicación de las razones de la elección de determinado tratamiento ante las diversas alternativas. e) Revocación en cualquier momento del consentimiento. f) Beneficios, riesgos y efectos.
Que información se debe dar	a) Consecuencias, riesgos de conformidad con los avances científicos y con el estado físico y patológico del paciente. b) Contraindicaciones.
El consentimiento informado debe otorgarse por escrito	a) En procedimientos invasores del cuerpo. b) Cuando presenten riesgos e inconvenientes notorios y previsibles. c) En caso de métodos definitivos de planificación familiar y trasplante de órganos.
Excepciones	a) Por riesgo a la salud pública. b) Por urgencia que cause lesiones irreversibles o muerte. c) Por privilegio terapéutico. d) Imperativo legal o rechazo explícito a la información.

Fuente: Elaboración propia con base en datos obtenidos de Cantoral Domínguez, Karla, "La bioética frente al uso de las nuevas tecnologías", en Cantoral Domínguez, Karla, *Derecho de protección de datos personales de la salud*, 1a. Ed., México, Editorial novum-CONACYT, 2012, págs. 161-162.

En definitiva, “El consentimiento informado es una manifestación tanto del respeto a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad, como a la autonomía de la voluntad” (Nieto Alonso, 2004). Esta manifestación está estrechamente relacionada con el deber de informar, uno de los principios de la *lex artis* que consiste en un criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el galeno que tiene en cuenta las especiales características de su autor, profesión, complejidad y trascendencia vital del paciente y en su caso, de la influencia de otros factores endógenos (estado o intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria) (Sentencia española STC (Civil).

El consentimiento informado en México

1. Antecedentes históricos.

Alonso Que (2005), citando a Lloyd W.K., M.D. et al., señala que “en la antigüedad se utilizaron códigos de ética en el ejercicio profesional, algunos de ellos son vigentes aún en la actualidad, entre estos destacan el Código de Hammurabi (1700 a.C.) y el Juramento Hipocrático (450 a.C.)” que tenían una actitud más moral que jurídica.

Más adelante el Consentimiento Informado surge del cambio en la ética de la investigación biomédica, a partir de los procesos de Núremberg, que enjuiciaron la experimentación médica en humanos realizada en la Alemania nazi. Sin embargo, existen diversos antecedentes éticos del consentimiento informado, desde el precepto hipocrático “primero no dañar” hasta el concepto moderno de “autonomía” de la filosofía política del siglo XVII que da origen a los principios legales ingleses, después extendidos a otros países. El concepto de autonomía del enfermo se desarrolla hasta el presente siglo (Damián Navarro, Lilian, et al.,).

Con el advenimiento del positivismo nace una nueva praxis de la medicina, con la aplicación del método científico a partir del siglo XIX, la medicina experimental impone su ley (García C, 2006).

En los inicios de la relación médico-paciente, en la prestación de servicios de la salud, y durante mucho tiempo, el paciente se mantuvo bajo la sombra del llamado paternalismo médico, un principio que permitía al médico, tomar desde un criterio propio, la mejor decisión en cuanto a las terapias, los medicamentos y las alternativas en la práctica médica, lo anterior sin consultar la opinión del paciente, quien es el que sufre, que padece una enfermedad o necesita de asistencia médica.

Este modelo exigía obediencia y confianza por parte del paciente, y el médico debía tener “la autoridad suficiente para cumplir con el deber de buscar el máximo beneficio del enfermo” (F. Tallone, s.a.). La bioética anglosajona ubica a este deber dentro del principio de beneficencia, pseudo-principio que soporta un modelo paternalista que buscaba sin duda el bien del paciente prescindiendo de la opinión del mismo (Obligio, 2010).

Para brindar una mejor aportación sobre los antecedentes históricos del consentimiento informado, iniciaremos a citar los sucesos más relevantes, mismos que se exponen en la tabla siguiente:

Tabla 3. *Antecedentes históricos del consentimiento informado.*

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO	
DOCUMENTO	AÑO
Código Hammurabi	1700 a. C.
Juramento Hipocrático	450 a. C.
Sentencia del Caso Schloendorff vs la Society of New York Hospital, Nueva York (USA)	1914
Código de Núremberg	1947
Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas	1948

ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO	
Declaración de Ginebra, relativa al Juramento de Fidelidad Profesional del Médico	1948
Código Internacional de Ética Médica de la Asociación Médica Mundial	1949
Sentencia del Caso Salgo vs Leland Standord Jr. University-Broad of Trustees, del Estado de California (USA)	1957
Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial	1964
Sentencia del Caso Canterbury vs Spence, del Distrito de Columbia (USA)	1972
Declaración de derechos del paciente de la Asociación Americana de Hospitales	1973
Manual de ética del Colegio de Médicos Americanos	1984
Convenio de Asturias de Bioética, Consejo de Europa y Estados miembros de la Comunidad Europea	1997

Fuente: Elaboración propia.

2. Evolución del consentimiento informado en México.

En un inicio el Código Sanitario de los Estados Unidos Mexicanos de 1955 no hacía referencia al término consentimiento en la relación médico-paciente, y es hasta el siguiente emitido en 1973 que ya se le menciona en dos ocasiones; en el artículo 191 especificándolo como requisito para realizar investigación médica que implique algún riesgo y en el artículo 202 como requisito para la toma de órganos y tejidos con fines de trasplante (López de la Peña, s.a.).

Más tarde, durante el gobierno de Miguel de la Madrid Hurtado, Presidente de la República en México, se declara adicionado al artículo 40. de la Carta Magna un párrafo penúltimo en materia de salud, mismo que fue publicado en fecha tres de febrero del año 1983 en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por el que se adiciona con un párrafo penúltimo el artículo 40. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La emisión posterior de la Ley General de Salud de 1983 que derogó el Código Sanitario de 1973, debido a la adición del párrafo tercero del artículo 40. Constitucional, incluye el término consentimiento en ocho ocasiones y, particularmente en su correspondiente Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud emitido en 1987, en cuyos artículos 20, 21 y 22, se plasman el concepto, definición y forma del consentimiento informado en concordancia con lo expuesto en el citado Código de Núremberg.

El Reglamento de la Ley General de Salud en materia de prestación de servicios de atención médica de 1986, nace a consecuencia de la adición del derecho a la salud al artículo cuarto constitucional. Fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de mayo de 1986. Entre el cuerpo normativo se encuentra explícito la relación médico-paciente bajo los siguientes términos: recibir atención médica adecuada (art. 21 y 48), recibir trato digno y respetuoso (art. 25 y 48), recibir información suficiente, clara, veraz y oportuna (art. 29 y 30), contar con un expediente clínico (art. 35) y ser atendido cuando se inconformen por la atención médica recibida (art. 19 y 51).

Posteriormente y durante el gobierno del Presidente de la República Ernesto Zedillo Ponce de León, el 3 de junio de 1996, se publica en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por el que se crea la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, cuyo objeto es contar con un órgano al cual puedan acudir los usuarios y prestadores de servicios médicos a tratar posibles conflictos derivados de la prestación de los servicios médicos, contribuyendo a evitar grandes cargas de trabajo para los órganos jurisdiccionales, sin sustituirlos.

Sobre la NOM-168-SSA1-1998 del Expediente clínico la Doctora Karla Cantoral Domínguez (2012) señala que “en la relación-médico paciente se conforma un documento que se constituye en prueba fehaciente de

la protección al derecho de la salud”, este documento es llamado expediente clínico, mismo que se entiende como el “conjunto de documentos escritos, gráficos e imagenológicos o de cualquier otra índole, en los cuales el personal de salud, deberá hacer los registros, anotaciones y certificaciones correspondientes a su intervención, con arreglo a las disposiciones sanitarias” (NOM-168-SSA1-1998).

Tabla 3. Evolución del consentimiento informado en México.

EVOLUCIÓN DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN MÉXICO	
DOCUMENTO	AÑO
Código Sanitario de los Estados Unidos Mexicanos	1955 y 1973
Decreto por el que se adiciona con un párrafo penúltimo el artículo 4º. De la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	1983
Ley General de Salud	1984
Reglamento de Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos	1985
Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica	1986
Decreto de Creación de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico	1996
NOM-168-SSA1-1998 del Expediente Clínico	1999
Carta de los Derechos Generales de los Pacientes	2001
Código de Bioética para el personal de salud	2002
NOM-004-SSA3-2012	2013

Fuente: Elaboración propia.

La Carta de los Derechos Generales de los Pacientes en México de 2001 fue encomendado a la Comisión Nacional de Arbitraje Médico a raíz del mensaje central para progresar en la salud, incluido en el Plan Nacional de Desarrollo 2001-2006. En él se plantearon los derechos de los pacientes frente al médico que le brinda atención que concluyó con el diseño de la Carta de los Derechos Generales de los Pacientes. Un documento que emite recomendaciones para elevar la calidad de los servicios médicos y mejorar la relación médico-paciente, destaca las prerrogativas que las propias disposiciones sanitarias de nuestro país regulan en beneficio de los pacientes.

3. El Derecho a la salud y los niños migrantes en el marco jurídico nacional.

Como se ha mencionado, una de las poblaciones migrantes más vulnerables durante el tránsito son las niñas y los niños migrantes (OIM, 2016). En el caso concreto de México, se ha realizado una diversidad de esfuerzos a fin de otorgar todos los migrantes, en especial a este sector vulnerable, el derecho a la salud. Como muestra de ello, se ha contemplado en la Carta Marga y en diversas leyes del país, mecanismos para garantizar su acceso en la mayor medida posible. Al respecto nos permitimos citar una relación de instrumentos normativos federales que tienen relevancia en el contexto jurídico y que manifiestan de manera implícita o explícita el derecho de los migrantes a la salud:

I. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Tal y como lo marca en su propia Constitución Política (CPEUM, artículo 1ro.), todas las personas tienen los derechos humanos reconocidos en ésta y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano

sea parte, así como de las garantías para su protección, sin distinción de edad y origen étnico o nacional, e incluso cualquier otra que viole la dignidad humana y tenga por objeto afectar los derechos y libertades de las personas. En este sentido, el artículo 4º. de la misma ley suprema en el país, concede a toda persona el derecho a la salud. Es de observar que la Carta Magna reconoce de manera implícita los derechos a los migrantes, en especial el de la salud.

II. Ley General de Salud.

Esta Ley reglamenta el derecho a la protección de la salud que tiene toda persona en los términos del antes citado artículo, misma que establece las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general. Es de aplicación en toda la República y sus disposiciones son de orden público e interés social (LGS, 2017). Menciona el derecho de todo paciente para otorgar o no su consentimiento informado para someterse a tratamientos o procedimientos médicos.

De lo anterior, resulta posible relacionar que todas las personas, ya sean de nacionalidad mexicana o de una nacionalidad diferente, incluyendo dentro de esta hipótesis a los migrantes, tienen derecho a la salud.

III. Ley de Migración.

Esta normativa contempla un capítulo único titulado “Derechos y obligaciones”, que corresponde al título segundo, la cual reconoce y establece de manera explícita, los mecanismos para garantizar a los migrantes el derecho a la salud. En su artículo 8o. manifiesta:

... Los migrantes tendrán derecho a recibir cualquier tipo de atención médica, provista por los sectores público y privado, independientemente de su situación migratoria, conforme a las disposiciones legales y reglamentarias aplicables.

Los migrantes independientemente de su situación migratoria, tendrán derecho a recibir de manera gratuita y sin restricción alguna, cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida (LM, 2011) ...

IV. Ley para la Protección de los Derechos de niñas, niños y adolescentes.

Este ordenamiento creado en el año 2000, misma que se fundamenta en el párrafo sexto del artículo 4º. de la constitución mexicana, tiene como objeto garantizar a niñas, niños y adolescentes la tutela y el respeto de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución.

V. Ley de Asistencia Social.

Tiende a establecer las bases y procedimientos de un sistema nacional de asistencia social que promueve la prestación de los servicios de asistencia social que establece la Ley General de Salud. En su artículo 4º. fracción I, inciso K, reconoce a las niñas y niños migrantes como sujetos con derecho a la asistencia social.

Tabla 4. Marco jurídico del derecho a la salud de las niñas y niños migrantes en tránsito por México.

INSTRUMENTO JURÍDICO	ARTÍCULOS
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.	1o. y 4o.
Ley General de Salud.	77 Bis 36 y Bis 37 en sus fracciones V y IX; 51 Bis 1 y Bis 2
Ley de Migración.	8o.
Ley para la Protección de los Derechos de niñas, niños y adolescentes.	28

INSTRUMENTO JURÍDICO	ARTÍCULOS
Ley de Asistencia Social.	4º. En su fracción I, inciso k.

Fuente: Elaboración Propia.

Desde la perspectiva de nuestra legislación federal, es evidente que en México si existe regulación en la cual se otorgue a todas las personas que se encuentren dentro de su territorio, el derecho al acceso a la salud, incluyendo a las niñas y los niños migrantes que se encuentren en tránsito por el país.

CONCLUSIÓN

En el transcurso de la existencia humana, han proliferado en nuestro país, en otras naciones y en la esfera internacional, una diversidad de instrumentos normativos y éticos que imponen al médico, el deber de ofrecer al paciente información clara, suficiente y veraz sobre su diagnóstico y tratamientos alternativos, para posteriormente solicitar la voluntad del paciente o de sus representantes, como requisito fundamental previo para proceder a aplicar un procedimiento o tratamiento médico que pueda originar consecuencias positivas o negativas en el cuerpo y salud del paciente.

El correcto ejercicio de este concepto permite eliminar el principio del paternalismo en la práctica médica, y dar paso a una relación médico-paciente en que, en un plano de igualdad, constituya el respeto a la dignidad humana, el derecho a la libertad, la integridad física y psicológica del paciente.

En ocasiones, profesionales del ámbito médico sostienen que el paciente no puede considerarse como una persona autónoma y capaz de tomar tan importante grado de decisiones, debido a su condición de ignorancia técnica, a como se presume en la atención médica a menores de edad. Por ello los tratados internacionales en materia de derechos humanos y el ordenamiento jurídico mexicano incluyen las características necesarias para ofrecer un correcto servicio de atención médica, mismos que en su conjunto representa la esencia del consentimiento informado como un medio que brinda la protección del derecho a la salud.

En el transcurso del presente estudio se ha analizado que los niños migrantes, acompañados o no acompañados, sin importar la situación migratoria en la cual se encuentren en México, gozan de todas las prerrogativas que, en materia de derechos humanos y salud, se brindan en nuestro país, sin embargo, es importante tomar en consideración que no siempre se toma en cuenta las necesidades del menor, quien es el paciente, que sufre y siente.

REFERENCIA

Doctrina

- ALONSO QUE, H. T., et al., “El consentimiento informado en la actualidad, su evolución y el punto de vista del experto jurídico”, *Anales de Radiología México*, 2015, pp. 172-177.
- CANO VALLE, Fernando, *Segundas jornadas sobre globalización y derechos humanos: bioética y biotecnología*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 31.
- CANTORAL DOMÍNGUEZ, Karla, *Derecho de protección de datos personales de la salud*, 1a. ed., México, Editorial novum-CONACYT, 2012.
- DAMIÁN NAVARRO, Lilian, et al., “El consentimiento informado en odontología, un análisis teórico”, *Revista Estomatológica Herediana*, vol. 24, núm. 1, enero-marzo 2014, pp. 42-47, disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=421539380008>
- GALLEGOS SÁNCHEZ, Gabriela, “¿Desplazados o Migrantes Ambientales?”, en PÉREZ FUENTES, Gisela María (Coord.), *Temas actuales de Estudios Jurídicos*, México, Tirant Lo Blanch, 2016.
- LÓPEZ DE LA PEÑA, Xavier A., *El consentimiento informado en la legislación en salud de México*, en VELÁZQUEZ ARELLANO, Antonio (Coord.), *El médico y la ley*, Gaceta Médica, México, Vol. 132, núm. 5, s.a.

- NIETO ALONSO, Antonia, “El derecho del paciente a ser dueño de su destino: consentimiento informado y documento de instrucciones previas”, en CORRIPIO GIL-DELGADO, María de los Reyes. y VEGA COPO, Abel. B. et al. (Coords.), *Los avances del derecho ante los avances de la medicina*, 2008, págs. 683-700.
 - OBIGLIO, Hugo O. M., “Consentimiento informado: derecho-deber”, Comunicación del académico Hugo O. M. Obiglio en sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, el 9 de junio de 2010, *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Argentina, septiembre, 2010, p. 13.
 - PÉREZ FUENTES, Gisela María, “El nuevo paradigma de la capacidad de ejercicio en caso de menores”, en *Nexo Jurídico*, Revista del Poder Judicial del Estado de Tabasco, Tribunal Superior de Justicia, núm. 30, noviembre-marzo, 2017, pp. 38-41.
 - PÉREZ FUENTES, Gisela María y CANTORAL DOMÍNGUEZ, Karla, “La implicación del consentimiento informado como garantía constitucional en la administración de justicia”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 24, julio de 2007, pp. 205-231.
 - PÉREZ FUENTES, Gisela María y CANTORAL DOMÍNGUEZ, Karla, “El consentimiento informado como garantía constitucional desde la perspectiva del derecho mexicano”, *Revista de Derecho Privado*, nueva época, año V, núm. 15, septiembre-diciembre de 2006, pp. 59-87.
 - VARELA MEJÍA, Héctor Fernández, y SOTELO MONROY, Gabriel E., “El consentimiento mediante información”, *Revista de la Facultad de Medicina de la UNAM*, vol. 43, núm. 1, enero-febrero 2000, pp. 6-11.
-

JURISPRUDENCIA NACIONAL

1. Tesis aislada 1a. CXVI/2015, Décima Época, Primera Sala, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 16, marzo de 2015, Tomo II, p. 1102, bajo el rubro: PERSONAS CON DISCAPACIDAD. EL NUEVO MODELO DE ASISTENCIA EN LA TOMA DE DECISIONES ENTRAÑA EL PLENO RESPETO A SUS DERECHOS, VOLUNTAD Y PREFERENCIAS.
 2. Tesis 1a. LXXVI/2013, Décima Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XVIII, marzo de 2013, Tomo I, p. 887, bajo el rubro: INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ. EL ARTÍCULO 40. PARRAFO OCTAVO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, REPRESENTA UN PUNTO DE CONVERGENCIA CON LOS DERECHOS DE LA INFANCIA RECONOCIDOS EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES.
-

NORMAS INTERNACIONALES

1. Carta de los Derechos de los Pacientes. Adoptada por la 34a. Asamblea Médica Mundial en Lisboa en septiembre-octubre de 1981. Disponible en: [http://hist.library.paho.org/Spanish/BOL/v108n\(5-6\)p642.pdf](http://hist.library.paho.org/Spanish/BOL/v108n(5-6)p642.pdf)
2. Código Internacional de Ética Médica. Adoptado por la 3a. Asamblea General de la Asociación Médica Mundial en Londres Inglaterra en octubre de 1949. Disponible en: <https://www.wma.net/es/policias-post/codigo-internacional-de-etica-medica/>
3. Constitución de la Organización Mundial de la Salud, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, entro en vigor el 7 de abril de 1948. Disponible en: http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf
4. Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada en 1989, Organización de las Naciones Unidas. Disponible en: <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
5. Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Resolución de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, 217 A (III). Fecha de adopción: 10 de diciembre de 1948.
6. Declaración Derechos del Paciente. Adoptada por la Asociación Americana de Hospitales en 1981. Disponible en: [http://hist.library.paho.org/Spanish/BOL/v108n\(5-6\)p642.pdf](http://hist.library.paho.org/Spanish/BOL/v108n(5-6)p642.pdf)
7. Declaración Universal de los Derechos del Niño, aprobada el 20 de noviembre de 1959 por la Asamblea de las Naciones Unidas. Disponible en: http://www.senado.gob.mx/comisiones/desarrollo_social/docs/marco/Declaracion_DN.pdf

8. Declaración de derechos del paciente, aprobada por la Asamblea de representantes de la Asociación Americana de Hospitales el 6 de febrero de 1973. Disponible en: [http://hist.library.paho.org/Spanish/BOL/v108n\(5-6\)p642.pdf](http://hist.library.paho.org/Spanish/BOL/v108n(5-6)p642.pdf)

9. Reglamento Sanitario Internacional. Disponible en: http://www.who.int/ihr/IHR_2005_es.pdf

NORMAS NACIONALES

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 05 de febrero de 1917, última reforma publicada el 24 de febrero de 2017.

2. Código Sanitario de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 1 de marzo de 1955, última reforma publicada el 13 de marzo de 1973. Actualmente abrogado.

3. Ley General de Salud. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1984, última reforma el 22 de junio de 2017.

4. Ley de Migración. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de mayo del 2011, última reforma publicada el 19 de mayo de 2017.

5. Ley para la Protección de los Derechos de niñas, niños y adolescentes. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de mayo de 2000, última reforma el 19 de agosto de 2010.

6. Ley de Asistencia Social. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de septiembre de 2004, última reforma el 19 de diciembre de 2014.

7. Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 6 de enero de 1987, última reforma publicada el 02 de abril de 2014.

8. Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Prestación de Servicios de Atención Médica, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de mayo de 1986, última reforma publicada el 19 de diciembre de 2016. Disponible en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Federal/pdf/wo88536.pdf>

9. Decreto por el que se adiciona con un párrafo penúltimo el artículo 40. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado el día 03 de febrero de 1983 en el Diario Oficial de la Federación. Disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4794103&fecha=03/02/1983

10. Decreto de Creación de la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 3 de junio de 1996. Disponible en: <http://www.salud.gob.mx/unidades/cdi/nom/compi/do30696.html>

11. DECRETO por el que se reforman las Artículos que se señalan del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Control Sanitario de la Disposición de Órganos, Tejidos y Cadáveres de Seres Humanos. Publicado el día 26 de noviembre de 1987 en el Diario Oficial de la Federación. Disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4705541&fecha=26/11/1987

12. Norma Oficial Mexicana NOM-004-SSA-3-2012, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de enero de 2013.

13. Norma Oficial Mexicana NOM-168-SSA1-1998, del expediente clínico, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de septiembre de 1999, modificado el 22 de agosto de 2003. Disponible en: <http://www.salud.gob.mx/unidades/cdi/nom/168ssa18.html>

14. CONAMED, “Carta General de los Derechos de los Pacientes en México”, Disponible en: http://www.conamed.gob.mx/comisiones_estatales/coesamed_nayarit/publicaciones/pdf/carta_derechos.pdf (última consulta 03 de julio de 2017).

15. Comisión Nacional de Bioética, “Código de Bioética para el personal de Salud”, Disponible en: http://www.conamed.gob.mx/prof_salud/pdf/codigo_bioetica.pdf (última consulta 09 de agosto de 2017).

16. Consulta de páginas electrónicas

17. Instituto Nacional de Migración, <http://www.inm.gob.mx>

18. Organización Internacional para las Migraciones, <http://www.oim.org.co>
19. Unidad de Política Migratoria, SEGOB, http://www.politicamigratoria.gob.mx/es_mx/SEGOB/Extranjeros_alojados_y_devueltos_2016
20. Unidad de Política Migratoria, SEGOB, http://www.politicamigratoria.gob.mx/es_mx/SEGOB/Extranjeros_presentados_y_devueltos

CAPÍTULO 11

EL EXPEDIENTE CLÍNICO COMO UN DERECHO HUMANO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

THE CLINICAL RECORD AS A HUMAN RIGHT TO HEALTH PROTECTION

GABRIELA GONZÁLEZ GALINDO

Universidad Juárez Autónoma de Tabasco

gaby196628g@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0003-4003-0266>

RESUMEN

Desde el 10 de junio de 2011, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos fue reformada principalmente en materia de derechos humanos. Como resultado, se instituyó en el párrafo tercero de su artículo 1º que todas las autoridades tienen el deber de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos en el ámbito de sus competencias, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Palabras clave: *derechos humanos, salud, expediente clínico.*

INTRODUCCIÓN

Existen múltiples derechos humanos que protege la Constitución Mexicana, dentro de los cuales está el que tiene cada persona a la protección de la salud. Por lo que se traduce en que todas las autoridades deberán concebir lo necesario para garantizar que las personas puedan acceder a los servicios de salud que les afirmen el disfrute de este derecho.

Para consumir este objetivo es preciso que los prestadores de los servicios de salud posean y garanticen la utilización de los instrumentos necesarios y de buena calidad a fin de que el mayor número posible de personas accedan a los servicios médicos. Y que precisamente el elemento principal e indispensable para que el servicio de salud sea de calidad es el expediente clínico. Dicho instrumento nace de la relación que se origina entre el médico y el paciente una vez que este último requiere de manera expresa y voluntaria la ayuda del primero. Así este instrumento permite que el personal médico y todo el profesional en el área de la salud

involucrado provea un seguimiento oportuno a la evolución de la salud del paciente. Aunando que, el expediente clínico ofrece al usuario o a sus familiares los elementos necesarios para tomar una decisión informada en relación con su salud, esta también como un derecho humano. Íntimamente vinculados se encuentran dentro del expediente clínico los registros con características esenciales y técnicas de cada profesionista de la salud, que permitirán de una manera terapéutica resolver los problemas de salud del paciente, desde intervenciones accionantes preventivas, curativas y rehabilitadoras.

Desde el año 1986 que, se crea la primera norma oficial mexicana que regula el expediente clínico en papel y en la actualidad todavía en algunos estados de la República Mexicana, el expediente clínico se sigue integrando en papel. Sin embargo, con los avances tecnológicos, las propias acciones de intervención del profesional médico en el restablecimiento a la salud, se ha generado la necesidad de que el sector salud. A razón de ello nace el expediente clínico electrónico.

En virtud que, en el estado de Tabasco, se han generaron nuevos instrumentos y lineamientos en materia del expediente clínico electrónico, más no así no se han generado los recursos para implementar en los hospitales de alta especialidad dicho instrumento electrónico. Sin embargo, en este artículo nos vamos a referir al expediente clínico tanto en papel como electrónico porque en ambos casos se considera de tal importancia para garantizar el derecho a la protección de la salud.

Expediente clínico como derecho humano

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, pronunció el 31 de enero de 2017, la Recomendación general número 29/2017, encaminada a los secretarios de Salud, de la Defensa Nacional y de Marina; a los gobernadores de las entidades federativas; al jefe de Gobierno de Ciudad de México y a los directores generales del Instituto Mexicano del Seguro Social, del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado y de Petróleos Mexicanos, en la que discurrió que deben adoptarse todas las medidas administrativas, financieras, jurídicas o de cualquier índole para que se administre el cumplimiento en la integración de los expedientes clínicos. Dicha recomendación insta que deberán proporcionarse los recursos tecnológicos necesarios que faciliten al personal de salud la debida integración e implementación del expediente clínico en papel o electrónico.

El derecho a la salud es un derecho fundamental consagrado en nuestra carta magna, en el artículo cuarto, y de igual forma plasmado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como en otros documentos y tratados internacionales. Es una realidad de nuestra sociedad que las demandas día a día aumentan y se tornan más exigentes; la población reclama mayores y mejores servicios, y en el rubro de salud en especial demandan calidad, atención y pronta respuesta.

En este orden de ideas, señala que es menester que los sistemas sean uniformes en su ejercicio, para que se logre compartir la información contenida en el expediente clínico.

Para lograr esa protección del derecho a la protección de la salud, es necesario conocer la Norma Oficial Mexicana NOM-004.-SSA3-2012, del Expediente Clínico.

Dicha Norma, tiene como objetivo establecer los criterios, objetivos y obligaciones del expediente clínico en México para el personal del área de la salud y los establecimientos prestadores de servicios de atención médica de los sectores público, social y privado, incluidos los consultorios.

Su propósito fundamental corresponde establecer con precisión los criterios científicos, éticos, tecnológicos y administrativos obligatorios en la elaboración, integración, uso, manejo, archivo, conservación, propiedad, titularidad y confidencialidad del expediente clínico, el cual se constituye en una herramienta de uso obligatorio para el personal del área de la salud, de los sectores público, social y privado que integran el Sistema Nacional de Salud, y por tanto se encuentran establecidos los criterios que inciden en la calidad de los registros médicos, así como de los servicios y de sus resultados, debido a que se requiere de la participación comprometida de médicos, enfermeras y demás personal del área de la salud, para brindar una atención más oportuna, responsable, eficiente y amable.

Dentro del contexto jurídico normativo de la NOM-004-SSA3-2012, el expediente clínico alcanza un valor relevante como instrumento indispensable para la materialización del derecho a la protección de la salud, ya que lo define como a continuación se detalla, para mayor comprensión del lector:

¿Qué es el expediente clínico? es un instrumento en donde se materializa el derecho a la protección de la salud, así es como se convierte y define como un conjunto único de información y datos personales de un paciente.

¿Para qué sirve el expediente? sirve para integrar documentos escritos imagenológicos, electrónicos, magnéticos, electromagnéticos, óptimos, magneto- ópticos y de otras tecnologías, mediante los cuales se hace constar en diferentes momentos del proceso de la atención médica las diversas intervenciones del personal del área de la salud, así como describir el estado de salud del paciente, además de incluir en su caso, datos acerca del bienestar físico, mental y social del mismo.

¿Cómo se utiliza el expediente clínico? dicho instrumento puede utilizarse de dos formas escrita y electrónica, en los cuales, el personal de salud deberá hacer registros, anotaciones, en su caso constancias y certificaciones correspondientes a su intervención en la atención médica del paciente, con apego a las disposiciones jurídicas aplicables.

¿Cómo funciona el expediente clínico? funciona desde que se apertura con base a los principios científicos y éticos que orientan la práctica médica, especialmente el de la prescriptiva del personal médico a través de la cual, los profesionales técnicos del área de la salud habrán de prestar sus servicios a su leal saber y entender, en beneficio del usuario, atendiendo a las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que presten sus servicios.

¿Como debería ser el expediente clínico? debe cubrir con el modelo de evaluación, es decir bien integrado, de calidad en su llenado y manejo; al conectar estas interrogantes que simplifican la parte total del presente proyecto, estimando que los actos manifiestos y expresos del Estado en todos sus ámbitos a través de los hospitales de la secretaria de Salud en el estado de Tabasco, por conducto de los profesionales y técnicos en el área de salud. La autenticidad, veracidad y fidelidad del documento en cuanto a forma y contenido y la confianza colectiva de la sociedad, al no cubrir con los ordenamientos establecidos pueden conducir a una responsabilidad civil, administrativa o penal, el expediente clínico es un documento e instrumento imprescindible y de especial relevancia en diversos aspectos; desde el punto de vista legal adquiere especial relevancia por cuanto representa un documento que integra la relación contractual y extracontractual entre el médico y paciente, con dicho instrumento se materializa el derecho la protección a la salud y el derecho a la información en materia de salud.

El expediente debe realizarse con lenguaje técnico-médico, sin abreviaturas, con letra legible (sin tachaduras,). Y conservarlo así en buen estado. Las notas de egreso deben ser elaboradas por el médico tratante del paciente e incluir la fecha de ingreso, así como el motivo del egreso con sus diagnósticos finales.

¿Qué es el derecho a la salud? De acuerdo con el Artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Toda persona tiene derecho a la salud. Se refiere tanto al derecho de las personas a obtener un cierto nivel de atención sanitaria y salud, como a la obligación del Estado de garantizar un cierto nivel de salud pública con la comunidad en general.

La Organización Mundial de la Salud; define el derecho a la salud como “un estado de completo bienestar físico, mental y social” y no meramente la ausencia de enfermedad o dolencia. Los Estados deben afirmar ambas libertades y derechos. Incluyendo el derecho al control de la salud y el cuerpo de cada uno, así como la libertad sexual y reproductiva, y la libertad de interferencias como la tortura, el tratamiento médico no consentido y la experimentación. Los derechos contienen el acceso a instalaciones sanitarias adecuadas y servicios, así como a medidas apropiadas de los Estados en relación con determinantes socioeconómicos de la salud, tales como la comida, el agua y el saneamiento, las condiciones de trabajo seguras y saludables, la vivienda y la pobreza.

El nacimiento de una persona comprende aspectos de carácter ético, jurídico, científico y social; desde su nacimiento tiene el derecho a la protección de su salud; por ello la importancia por parte del personal de la salud el cumplir con los lineamientos de la Norma oficial del expediente clínico NOM-004-SSA3-2012; por su relación con los derechos humanos de los usuarios de los servicios de salud.

Así el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), orienta de manera muy puntual a los Estados en cuanto a sus obligaciones de respetar, proteger y cumplir el derecho a la salud.

El Comité de igual forma indica que el derecho incluye los estándares esenciales e interrelacionados siguientes:

- **Disponibilidad.** *A los Estados corresponde asegurar la provisión de una infraestructura suficiente válida de salud pública e individual en todo su territorio, así como instalaciones de agua y saneamiento seguras, personal capacitado y adecuadamente compensado y todos los medicamentos esenciales.*
- **Accesibilidad.** *El acceso a la salud consiste en cuatro elementos clave: la no discriminación, la accesibilidad física, la accesibilidad económica y la accesibilidad de la información. Las instalaciones y servicios de salud deben ser accesibles a todos, especialmente a los más vulnerables, sin discriminación de ningún tipo. Las instalaciones y servicios, así como los factores determinantes básicos de la salud, tales como los servicios de agua y saneamiento, deben ser accesibles físicamente. Las infraestructuras de salud, bienes y servicios deben estar al alcance de todos, y cualquier pago debe estar basado en el principio de equidad para que las familias más pobres no soporten una carga desproporcionada de los gastos relacionados con la salud. Los Estados deben garantizar que toda persona tiene el derecho a buscar, recibir y difundir información sobre la salud, en equilibrio con la confidencialidad de la información médica.*
- **Aceptabilidad.** *Las infraestructuras de salud deben ser respetuosas con la ética médica y la cultura de los individuos y las comunidades, así como prestar atención a los requisitos de géneros y relativos al ciclo de la vida.*
- **Calidad.** *Las infraestructuras de salud deben ser científica y médicamente apropiadas y de buena calidad. Entre otras cosas, esto requiere la provisión de medicinas y equipos necesarios, profesionales médicos formados y el acceso a agua y saneamiento.*

CONCLUSIÓN

Desde el nacimiento de la regulación jurídica del expediente clínico y la reforma al párrafo tercero del artículo 1º de la Constitución Federal se hace posible el derecho a la protección de la salud, por ello es necesario que el personal médico y todos los profesionales de la salud, cumplan con la normatividad de la norma oficial mexicana NOM-004-SSA3-2012 y que se cumplan los garantizando los estándares esenciales e interrelacionados de:

- Disponibilidad.
- Accesibilidad.
- Aceptabilidad.
- Calidad.

El expediente clínico y el derecho a la protección de la salud son un binomio necesario para que a través de su óptica se respeten los principios a la dignidad humana, pro-persona, igualdad, justicia, universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

- *El médico y el personal de salud, en toda circunstancia deben observar y cumplir la normatividad que regula el expediente clínico desde la intervención de las acciones preventivas, curativas y rehabilitadoras. Así como aplicar sus valores éticos en la práctica.*
- *A través de las políticas públicas se lograrán atender de manera idónea las necesidades de la sociedad.*
- *El valor que tiene cada expediente clínico es imponderable; ya que contiene datos confidenciales; es un documento médico-legal y es la base para la asistencia, docencia e investigación en medicina y hoy un derecho a la protección de la salud*

Por lo anterior, no puede ser sólo un papel más en la burocracia institucional, ni un solo trámite administrativo.

La jerarquía del expediente clínico es tal, que trasciende la relación médico paciente, y exige de todos, quienes intervienen en su elaboración, integración, manejo y custodia, lo hagan siempre con diligencia, veracidad y pleno sentido de responsabilidad.

Para el enfermo, el tener un expediente, significa confianza en la institución; denota, además, que se le sitúa en la escucha y atención. El carente de salud hospitalizado se da cuenta de que existe un espíritu rector de las acciones que se toman contra la enfermedad; es decir la protección a un derecho humano.

Para el médico tratante, es la base de datos que le provee elementos para su diagnóstico y tratamiento, es su perseverancia del trabajo realizado, y contiene el material con el que va a delinear programas de estudio, de investigación o de tratamiento para el caso específico. Para el médico en formación, con el expediente clínico, todo lo que realiza adquiere importancia, y es el instrumento de aprendizaje más valioso. Las notas de evolución médica son manifestantes del apego o dedicación del médico de cabecera con su paciente, para mantenerse en inteligente vigilancia de los cambios inducidos por la enfermedad o por la acción terapéutica.

En las sesiones clínicas, verdaderos talleres de pedagogía propios de un hospital-escuela, el expediente es el eje fundamental que relaciona la teoría con la práctica. Para la enfermera, el expediente clínico es el instrumento de comunicación con los médicos tratantes; a través de él da a conocer sus informaciones, resultado de su vigilancia continua; ello resulta habitualmente decisivo para el manejo terapéutico. La investigación clínica es fundamental en la atención de la enfermedad; florece en donde el nivel de la atención es de excelencia. Ello requiere del expediente clínico como base de datos. Por lo tanto, el derecho a la protección de la salud se ve materializado en el expediente clínico.

REFERENCIAS

- Ávila, J. Carlos (2017) La deshumanización en medicina. Desde la formación al ejercicio profesional.
- Carbonell M. La reforma constitucional en materia de derechos humanos: novedades principales, 6 de septiembre de 2012. Consultado 25 de junio 2022 Disponible en: <http://www.miguelcarbonell.com/articulos/novedades.shtml>
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 5 de febrero de 1917, Última reforma publicada DOF 28-05-2021.
- Galán, C. Julio, (2018) “Responsabilidad civil médica”
- García, G. Ismael, (2019) “Medicina legal, mala práctica médica y juicio oral”.
- Herrera, Agustín, (2019) “Objeción de conciencia sanitaria”
- Norma Oficial Mexicana NOM-004-SSA3-2012 DOF 15 de octubre de 2012.
- Tesis I.9o.P.174 P (10a.). (2018). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Registro: 2016128
- Tesis I 9o. P.2445 (10ª). (2020) Gaceta del Semanario Judicial de la Federación
- Tesis 1ª. CXCVIII/2016 10ª. Pág.324 (2020) Gaceta del Semanario judicial de la Federación. Registro 2021448
- Tesis 11 A 10ª pág 2852. (2016) Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Registro 2012887
- Tesis: I.9o.P.1 CS (11a.). (2022). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Registro: 2024705
- Tesis 1a. XLIX/2020 (10a.). (2020). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Registro: 2022436
- Tesis I.9o.P.174 P (10a.). (2018). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Registro: 2016128
- Tesis 2a. CXXXVI/2016 (10a.). (2017). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Registro: 2013386
- Vigo, Rodolfo (2016) “Constitucionalización y Judicialización del derecho Del Estado de Derecho legal al estado de derecho constitucional.
- Witker, Velásquez J. (2019) “Hacia una nueva investigación jurídica”.

CAPÍTULO 12

PANORAMA SOCIO JURÍDICO DE LAS PERSONAS TRANS Y SUS DERECHOS HUMANOS EN EL MÉXICO DEL 2021

SOCIO-LEGAL PANORAMA OF TRANS PEOPLE AND THEIR HUMAN RIGHTS IN MEXICO IN 2021

MANUEL LEZCANO MORALES
Universidad Juárez Autónoma de Tabasco
Manuel.LMo719@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0003-1498-1906>

RESUMEN

El presente trabajo tiene como propósito analizar el panorama sociojurídico de las personas trans y el ejercicio de sus derechos humanos en el México del 2021, con el fin de que el Derecho Civil Mexicano visibilice las áreas de oportunidad que pueden construirse a partir del reconocimiento de la identidad de género por parte de entidades federativas que aún no han legislado sobre este tema. Para ello se realizó la recopilación de documentos normativos, así como estadísticos relacionados a las personas trans y sus derechos humanos, con el fin de estudiarlos a partir de la doctrina analítica, permitiendo visibilizar la realidad social en la que viven actualmente.

Palabras claves: *género, identidad, realidad social.*

INTRODUCCIÓN

Que nobles son las palabras que se emplean para describir la naturaleza de los derechos humanos: universales, inalienables, irrenunciables, imprescriptibles, indivisibles. Cada obra que se ha escrito en torno de las potestades que ostenta cada miembro de la especie humana, delatan cierto aire de solemnidad, como si se tratase de un texto sagrado que debe ser honrado en cada una de nuestras acciones.

Un ejemplo de ello se puede apreciar en el Art. 1º de la Constitución Mexicana de 1917, el cual señala que “en los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos

humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.” (Párrafo reformado DOF 10-06-2011, p. 1)

¿Cuál es el significado del párrafo anterior? Que no importa si se ha nacido o no en México, mientras la persona se mantenga dentro de su extensión territorial, podrá ejercer cada una de las potestades que han sido reconocidas tanto por la Carta Magna como por los Tratados Internacionales. Inclusive el mismo artículo establece que no importa cuál sea la condición humana que posea una persona, esta podrá ejercer libremente sus respectivos derechos sin impedimento alguno.

Sin embargo, dicha premisa pierde fuerza a medida que se mira el entorno y se identifica a esas personas que han decidido adoptar un estilo de vivir que entra en conflicto con los valores que rigen a la sociedad a la cual pertenecen. Aquellos individuos que son considerados como un riesgo para el orden social establecido, terminan siendo marginados y, por ende, se convierten en blanco fácil de toda clase de ataques como la burla, el rechazo, la discriminación, la persecución, la criminalización e inclusive el exterminio.

Eso fue lo que tuvo que enfrentar Patricia, una mujer trans, en 2008 cuando se vio obligada a promover un amparo en contra el Registro Civil del antiguo Distrito Federal, cuando este se negó a 2 peticiones: 1) Expedir una nueva acta de nacimiento que se ajustara a la identidad de género de la demandante y 2) Resguardar el acta nacimiento original de tal manera que nadie pudiera tener acceso a la antigua identidad de la demandante.

El Registro Civil replicó que la demandante simplemente era un hombre vestido de mujer, por lo que no importaba cuantos tratamientos u operaciones se había sometido, su biología no podría ser cambiada. Inclusive calificó como aberrante que Patricia le solicitara el reconocimiento de la identidad de género con la cual se asumía, pues iba en contra del orden social e interés público que el Estado velaba. La respuesta del Registro Civil no fue bien recibida por Patricia. En pocas palabras el Estado se negaba a reconocer la identidad con la cual había vivido la mayor parte de su vida, justificando su actuación con argumentos que denostaban su dignidad humana, a tal grado que minimizaba su derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Fue necesaria la intervención de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien atrajo el caso y lo analizó desde 3 vertientes: la definición y clarificación de conceptos relacionados con el género, el sexo y lo trans; el análisis a partir del Derecho Comparado de los diversos países que han legislado a favor de las personas trans; así como los alcances y límites que se manifiestan a partir de la protección jurídica de los derechos humanos. Tras varias horas de análisis, la SCJN reconoció que se había violentado los derechos humanos de Patricia, al negársele la adecuación de su acta de nacimiento por razones de género. La Suprema Corte sentenció que el titular del Registro Civil debía expedir una nueva acta de nacimiento para Patricia, según lo solicitado por esta.

Han pasado 12 años desde aquella resolución y no pareciera que las cosas han cambiado para las personas trans y el ejercicio de sus derechos humanos en México. Pese a los esfuerzos

nacionales e internacionales que se han realizado para visibilizar y proteger a este grupo en situación de vulneración, aún persisten los abusos por parte de ciertos individuos que forman parte del Estado o de la ciudadanía.

El objetivo de este trabajo es analizar el panorama sociojurídico de las personas trans y el ejercicio de sus derechos humanos en el México del 2021, con el fin de que el Derecho Civil Mexicano visibilice las áreas de oportunidad que pueden generarse a partir del reconocimiento de la identidad de género por parte de entidades federativas que aún no han legislado sobre este tema. Cuando una persona trans quiere ejercer su derecho a formar una familia, es poco probable que pueda acceder a figuras jurídicas como el concubinato o el matrimonio si todavía su identidad no ha sido reconocida por el Estado. ¿Pero qué ocurriría si obtuviera dicho reconocimiento? ¿Finalmente esta persona podría construir una familia o tendría que enfrentar otra una ley que se lo impida? Aquí se aprecia un ejemplo de un área de oportunidad que el Derecho Civil Mexicano tiene que observar.

Para cumplir con el objetivo antes mencionado, se recopiló la siguiente información:

- *Datos estadísticos de los siguientes puntos: a) el total de personas trans que existen en el mundo, así como en México, b) el total de países que reconocen legalmente la identidad de género, c) el total de países que cuentan con legislaciones orientadas a la protección de las personas trans, d) el total de países que criminalizan y/o persiguen a las personas trans debido a su identidad; y e) el total de personas trans asesinadas a nivel mundial para el 2021.*
- *Documentos doctrinales, normativos y jurisprudenciales, tanto de carácter nacional como internacional, que se han construido en torno a la protección de los derechos humanos, así como el reconocimiento de la identidad de género de las personas trans.*

Toda la información fue analizada y discutida bajo el método de la Doctrina Analítica, lo que permitió plantear un potencial escenario de lo que viven las personas trans cuando buscan ejercer sus derechos humanos, entre ellos el reconocimiento de su identidad, en un país como México.

Panorama socio jurídico de las personas trans y el ejercicio de sus derechos humanos en el siglo XXI

Son escasos los datos estadísticos sobre el número de personas trans que existen a nivel mundial, por lo que es difícil establecer una cantidad exacta. En 1974 Pauly calculó que la prevalencia es de 1 por cada 100,000 hombres y 1 por cada 130,000 mujeres a nivel mundial. Para 2013, Chárriez señaló que la proporción en mujeres había cambiado a 1 por cada 200,000 individuos. La investigadora detectó que, en Europa, 1 de 35,000 hombres y 1 de 105,000 mujeres asistieron a centros médicos con la finalidad de lograr la reasignación sexogenérica a través de la intervención quirúrgica.

Por otra parte, la revista Lancet a través de un estudio que realizó en 2016 (Winter et al), declaró que en el mundo existen 25 millones de personas cuyo sexo biológico no concuerda con la identidad de género con la cual se identifican. En México del 2019, a través de diversos medios de comunicación, circuló una supuesta declaración de la Clínica Especializada Condesa (CEC) que aseguraba la existencia de entre 360,000 a 600,000 personas trans en 2016 (De la Luz, 2019). Sin embargo, no ha sido posible confirmar dicho dato en el portal de la CEC ni en secretaria de Salud, instancia a la que pertenece la clínica mencionada.

Panorama jurídico

Internacional

En primer lugar, se encuentra la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), la cual reconoce que todo miembro de la especie humana tiene derecho a la libertad, a la no discriminación, a la vida, a la no tortura, a la igualdad, a la protección de la ley, a la no criminalización de su persona, a la intimidad, a tener una familia, a la libre expresión, a la libre asociación, a la seguridad social, al trabajo digno entre otros más.

El contenido de la Declaración se vincula con otros tratados internacionales, que también consideran que el sexo, el género y/o la preferencia sexogenérica de una persona, no deben constituir un obstáculo para que esta ejerza sus derechos humanos en los diferentes ámbitos de su vida: la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica (1969), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1989) y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979).

Trejo (2006) señala que los tratados mencionados en el listado anterior establecen de manera conjunta que las personas trans tienen derecho a vivir libremente su sexualidad en lo público y en lo privado, por lo que no deben ser sometidas a restricciones sociales cuyo origen yace en la discriminación y en el prejuicio. Por ello es necesario que el Estado proporcione los medios necesarios para que las personas puedan ejercer su sexualidad sin el temor de que sus derechos humanos sean perjudicados en el contexto familiar, escolar, laboral, social e institucional. Toda persona trans tiene la facultad de construir una familia, ya sea por consanguinidad y/o por afinidad, la cual estará bajo la protección del Estado según los parámetros que establece su ordenamiento jurídico.

El Estado debe garantizar que las autoridades no abusen de su posición para reprimir socialmente a las personas trans ni emplear su condición humana como un marcador que permita distinguir su expediente de otros. También debe proteger su derecho a la asociación, toda vez que estas personas se organizan en grupos ya sea para defender sus derechos humanos, sensibilizar a la población sobre temas de las diversidades sexuales y/o responder a las agresiones de terceros que no aceptan su condición humana. Las críticas, las difamaciones, la censura y la exclusión de lugares públicos son ejemplos de agresiones que sufren las personas trans, siendo necesaria la intervención del Estado para erradicar estas acciones.

Esta premisa de Estado Protector es recogida por la Organización de los Estados Americanos (OEA) en la Resolución 2653 “Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género” (2011), en la cual se exhorta a los países miembros de la OEA, a que construyan y/o fortalezcan las políticas públicas enfocadas en la prevención, atención y sanción de toda discriminación y violencia que se dirija en contra de las personas trans.

La Declaración Internacional de los Derechos de Género (1995) es otro documento que admite que las personas trans son merecedoras de protección jurídica, aunque lamentablemente no cuenta con el respaldo de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Elaborada en Texas durante la Segunda Conferencia Internacional sobre Transgéneridad y Política de Empleo (ICTLEP, por sus siglas en inglés), la Declaración tiene como propósito otorgar argumentos que puedan emplearse en la defensa del derecho a vivir en libertad, cuando está siendo amenazado por la actuación de Estado.

Entre las facultades que la Declaración reconoce a las personas trans, destacan: 1) Decidir libremente la identidad sexogenérica con la cual desea ser identificada, 2) Armonizar su cuerpo físico con su sentir psicólogo mediante tratamientos hormonales y/o intervenciones quirúrgicas, si así lo considera necesario y 3) Recibir atención médica profesional, especializada y libre de prejuicios, la cual se centre en el libre desarrollo de su personalidad y no en la patologización de su persona.

Nacional

En México, los derechos humanos están consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Su contenido debe ser observado en todas las leyes, códigos, reglamentos, estatutos y lineamientos que los 3 órdenes de Gobierno han creado con el propósito de dar vida a un ordenamiento jurídico que dicte las pautas que el Estado y la Ciudadanía deben seguir para que sea posible armonizar el orden social y el interés público con la protección de los derechos humanos de todas las personas que habitan en el país. Y entre esos habitantes, encontramos a las personas trans cuya protección jurídica está contemplada en el art. 1º Constitucional, el cual establece que todo individuo que se encuentre en suelo mexicano podrá disfrutar de todos los derechos humanos que han sido reconocidos por la Carta Magna y los tratados internacionales en los que esté inscrito el país.

Ahora bien ¿una persona trans puede ejercer tales derechos sin impedimento alguno? El propio artículo dice que sí, al puntualizar que ninguna persona puede ser discriminada por su condición humana, pues esta no debe ser utilizada para suprimir sus derechos y libertades, ya que atentaría contra su dignidad como ser humano. Inclusive se hace mención de que sólo se aplica la suspensión o restricción de un derecho cuando se ha presentado una situación extraordinaria que amerite tal acción, como por ejemplo una guerra o una pandemia.

En virtud de lo anterior, se plantea una lista de legislaciones federales que dan operatividad a la protección de los derechos humanos que la Constitución Política y Tratados Internacionales han enaltecido en sus páginas: Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación (2003), la Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres (2006), la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (2007), la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (2014), la Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores (2002), la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad (2011), la Ley de Migración (2011), la Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (2017) y el Código Penal Federal (1931).

Cada una de estas normatividades contempla al principio de igualdad y no discriminación como eje rector cuando se requiera su aplicación por parte del Estado o de la sociedad. Al listado anterior, se suman también las versiones de estas leyes que cada una de las Entidades Federativas han construido en sus respectivos territorios, en congruencia a sus respectivas Constituciones locales, las cuales están sujetas a la Carta Magna por cuestión de jerarquía.

Panorama Social

Reconocimiento de la identidad de género en México y en el mundo.

En 2017 la Corte Interamericana de Derechos Humanos publicó la Opinión Consultiva 24/2017, la cual establece que los Estados son responsables de garantizar que, a través de un trámite administrativo, las personas puedan solicitar el reconocimiento de su identidad de género. Para ello, es necesario que el trámite cumpla con los siguientes principios:

- 1) Se debe enfocar en la adecuación integral de la identidad de género con la cual se identifique la persona,
- 2) El conocimiento libre e informado de quien solicita el trámite es lo único que se quiere para iniciarlo, sin que existe la necesidad de presentar documentos médicos y/o psicológicos u otros que pudieran considerarse carentes de razón o patologizantes,
- 3) Ser confidencial, procurando que no quede evidencia alguna sobre el cambio de identidad de género en el acta de nacimiento y en los documentos de identidad que se vinculen con dicha acta,
- 4) Ser rápido y en la medida de lo posible gratuito para la persona, y
- 5) Que por ninguna razón se solicitará la acreditación de tratamientos hormonales y/o operaciones quirúrgicas para su realización.

Es necesario mencionar que la Opinión Consultiva 24/2017 no sólo se aplica en beneficio de las personas trans que han alcanzado la mayoría de edad, sino también contempla a aquellas que aún no han alcanzado

dicha mayoría, es decir, a infantes y adolescentes. La Corte IDH reconoció que las niñas, niños y adolescentes también poseen los mismos derechos que las y los adultos poseen con respecto al reconocimiento de la identidad de género y los procedimientos para tramitarlo. Sin embargo, advirtió que para dicho reconocimiento pudiera ser llevado a cabo, los Estados deberán garantizar que el interés superior del menor no sea vulnerado por ninguna de las partes involucradas.

Sin embargo, de los 194 países reconocidos por la Organización de las Naciones Unidas, solo 51 países permiten que una persona trans pueda solicitar el reconocimiento legal de su identidad de género, sin dificultad alguna, según datos de la Transgender Europe (2014). Inclusive Pérez, Chumacero y Vallarta (2018) plantean que Estados Unidos de América, Suecia, Alemania, Italia, Países Bajos, Australia, Finlandia, Sudáfrica, Reino Unido y España son algunos de los países que cuentan con una legislación a favor de la identidad de género.

En el caso de México, si bien es parte de esos 51 países, el trámite se limita a determinadas regiones del país, pues no existe ninguna ley federal que garantice que las personas trans puedan solicitar el reconocimiento legal de su identidad de género, por la vía administrativa, al Registro Civil. Solo en 17 entidades federativas es posible que las personas puedan tramitar la adecuación del nombre y del género en el acta de nacimiento mediante dicha vía: Baja California, Ciudad de México, Coahuila, Chihuahua, Estado de México, Hidalgo, Jalisco, Morelia, Michoacán, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sonora y Tlaxcala.

Cabe mencionar 2 casos excepcionales: El primero es Chihuahua, donde el trámite es posible gracias a un fallo que la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió, al considerar que la legislación civil violentaba el principio de igualdad y no discriminación, al negar la adecuación del acta a las personas trans. El segundo es Jalisco, el cual expidió un decreto en el periódico oficial donde catalogó la identidad de género como un derecho humano, de tal manera que se autorizó el trámite para todas las personas, incluyendo aquellas que son menores de edad.

Vulneración de los derechos humanos de las personas trans.

En noviembre del 2019, en vísperas del Día Internacional de la Memoria Transexual, el Observatorio de Personas Trans Asesinadas (TMM, por sus siglas en inglés) informó que, a nivel mundial, entre 1 de enero del 2008 y 30 de septiembre del 2019, se registró un total de 3314 personas trans asesinadas. Tan solo en el periodo octubre 2018 – septiembre 2019, se contabilizó 331 casos de homicidios, de los cuales el 81% ocurrieron en América. Brasil, México y Estados Unidos son los países que acumularon el mayor número de casos. De las 3314 víctimas, el TMM identificó que:

- *El 79% habitaban en países de Centroamérica y Sudamérica.*
- *El 61% se dedican al trabajo sexual.*
- *El 38% fueron asesinadas por arma de fuego, el 20% por arma punzocortante y un 10% por golpes.*

Para noviembre del 2020, el Observatorio reportó que el número de víctimas aumentó en un 6%, es decir, la cifra llegó a 3664. Nuevamente Brasil, México y Estados Unidos resaltaron como los países con mayor incidencia al reportar 152, 57 y 28 casos de homicidio respectivamente. Esto representa el 67% del total de asesinatos que se registraron durante el periodo octubre 2019 – septiembre 2020 en 75 países. En este nuevo reporte, el TMM señaló que de los 350 casos registrados:

- *El 98% de las víctimas, fueron identificadas como mujeres trans o personas trans femeninas.*

- De los 28 casos reportados en Estados Unidos, el 79% pertenecían a un colectivo o etnia racializada.
- El 50% de los casos en Europa, eran migrantes.
- El 82% de los homicidios se concentraron en Centroamérica y Sudamérica, lo que representa un aumento del 3% en comparación del 2019.
- El 38% de las víctimas fueron ultimadas en la calle mientras que un 22% fue en el lugar donde residían.
- La edad media de las víctimas es de 31 años, siendo de 15 años la edad más joven.

El Observatorio advirtió que las cifras podrían ser mayores de lo que se ha reportado, a raíz que hay varios países que no registran los crímenes de las personas trans o género diversas, debido que tanto familiares, autoridades y medios de comunicación no reconocen el género con el cual la persona trans se identificaba, por lo que muchos casos quedan en el anonimato. Así mismo el aumento de la discriminación racial y la violencia por parte de las autoridades, derivadas del impacto social de la Pandemia COVID-19, colocan a este grupo en un mayor nivel de vulnerabilidad. El color de piel, el origen étnico, ser migrante, ser joven, vivir en pobreza o ejercer el trabajo sexual son algunos motivos por los cuales se margina a las personas trans en diversas partes del mundo.

Para 2014, Transgender Europe (TGEU) describió los siguientes escenarios legales que las personas trans, a nivel mundial, se enfrentan:

1. Reconocimiento legal de la identidad de género

De 126 países investigados, sólo el 49% reconoce legamente la identidad de género con la que se auto perciben las personas trans. Sin embargo, TGEU reporta que los 62 países que se ubican dentro de este porcentaje, no comparten los mismos criterios para su legalización: El 87% solicita un diagnóstico clínico que confirme su condición trans. El 47% requiere que las personas se esterilicen y/o se sometan a cirugías en las cuales se reestructuren los órganos sexuales pélvicos internos y externos en concordancia al sexo y/o género deseado. El 56% exige que sean solteras para la realización del trámite. Si forman parte de un matrimonio, tendrán que divorciarse antes de solicitar el reconocimiento de su identidad de género.

Por otra parte, el 58% accede a la adecuación del nombre y del género en el acta de nacimiento, lo que se traduce en la expedición de un nuevo documento al mismo tiempo que se resguarda el acta original. Sin embargo, sólo el 35% garantiza que la información sea confidencial y no se exponga al público, la vida privada de quienes han logrado el reconocimiento de su identidad de género.

2. Legislaciones orientadas a la protección de las personas trans

De 124 países investigados, 54 han desarrollado leyes para prevenir, atender y sancionar la discriminación. Sin embargo, solo el 48% de estos países han considerado a las personas trans como parte de los grupos vulnerables que pueden ser protegidos en dichas leyes. La situación no mejora en lo que respecta las legislaciones que han sido diseñadas para combatir los crímenes de odio hacia las diversidades sexuales. Solo el 16% de los 124 países evaluados por TGEU, han implementado una política trans-inclusiva para atender estos delitos.

3. Criminalización y persecución de las personas trans

De 114 países investigados, el 50% ha desplegado ataques en contra de ellas, organizados tanto por el Gobierno como por sectores específicos de la población. Entre los ataques se distingue la persecución y la criminalización, por los siguientes motivos: Por conductas relacionadas al travestismo, por someterse a

cirugías de reasignación sexo-genérica, por organizar eventos de diversa índole donde miembros del colectivo trans participe y por fundar organizaciones civiles que defiendan los derechos de las personas trans. Pero es la aplicación indebida de las leyes por parte del Estado, en contra de dicha población, el motivo principal por los cuales se trasgreden sus derechos. TGEU expone que 27 países caen en la práctica de la criminalización mientras que 29 en el de la persecución.

Discusión sobre el panorama sociojurídico de las personas trans y el ejercicio de sus derechos humanos en el México del 2021

Si se retoma el panorama jurídico que se ha planteado en el trabajo, no faltara quien señale que muchos de los tratados y leyes mencionadas, no aplican para las personas que se identifiquen como trans, ya que están enfocadas específicamente a otros tipos de grupos en situación de vulnerabilidad. Sin embargo, hay que recordar que una persona trans puede ser una persona indígena, una persona migrante, una persona con discapacidad o simplemente una persona que se encuentra en la etapa de la niñez, de la adolescencia o de la adultez. Múltiples condiciones humanas se pueden manifestar en un solo individuo, vinculándose entre ellas de tal manera que le otorgan una identidad única, la cual el Estado tiene la responsabilidad de proteger.

Un ejemplo de ello se puede apreciar con Wilde (2002), quien, en una disertación sobre la vejez y la autonomía de voluntad, reflexionaba que el proceso de envejecimiento es un fenómeno del cual ningún ser humano puede escapar. Desde el momento que se nace, emprende una carrera contra el tiempo, que le conduce a la plenitud de su existencia para luego experimentar el declive de esta.

La vejez da sentido a lo humano, hace recordar lo efímero que se puede llegar a ser en este mundo. Partiendo de esta realidad, Wilde exhorta a quienes leen su disertación, que hay que prestar atención a las implicaciones jurídicas de envejecer, ya que el deterioro del cuerpo puede conducir a situaciones de desigualdad e inclusive de discriminación, que pudieran atentar contra los derechos que se poseen por el simple hecho de ser humanos.

La jueza plantea que el Derecho debe investigar las diferentes maneras en las que puede responder jurídicamente a las diversas problemáticas que se vinculan con el paso inexorable del tiempo en los cuerpos humanos. Esta misión puede ser bastante complicada tomando en cuenta las múltiples dimensiones en las que un ser humano se mueve: de lo público a lo privado, de lo social a lo individual, de lo político a lo civil, etc.

¿Es posible imaginar el reto que implicaría dar justicia un adulto mayor que se identifique como trans? ¿De qué manera se construirán los mecanismos jurídicos que garanticen que será tratado dignamente? Responder estas interrogantes, resultaría en una tarea complicada si se tiene presente la manera como varios sectores de la población mexicana, conceptualizan la identidad trans.

Históricamente el orden social ha girado en torno al binomio hombre-mujer, pues a través de esta relación es posible la reproducción y por ende, la continuidad de la especie humana. Sin embargo, la sexualidad va más allá de la concepción de nueva vida, también involucra aspectos como los pensamientos, sentimientos y comportamientos que se generan a partir de la percepción que cada persona posee en relación a su propio sexo y/o género.

Hay que tener en cuenta que la humanidad está conformada por miles de millones de individuos, por lo que no es posible hablar de sola sexualidad sino de múltiples sexualidades. Lamentablemente hay seres humanos que se han aferrado una visión biologicista del binomio hombre-mujer a tal grado que les es imperdonable que alguien quiera ejercer su sexualidad fuera de esta premisa.

No es de extrañar que se considere como anormal a aquel individuo que adopta un género que no corresponde a su sexo, pues rompe con los límites que cada sociedad construye en torno a lo masculino y lo femenino. En muchas partes del mundo, las personas trans son rechazadas por su familia de origen, por lo quedan desprotegidas, siendo violentadas y discriminadas por terceros.

Esto genera una abrumante sensación malestar en estas personas, lo que ocasiona que, por temor a ser víctimas de nuevas agresiones, tienen que autocensurarse a tal grado que tienen que renunciar a fragmentos de su propio ser como la imposibilidad de demostrar afecto a una pareja o vestir de la manera como mejor se sienta. Esto profundiza el sentimiento de insatisfacción personal a tal punto que pueden pensar en el suicidio e inclusive ser capaces de intentarlo.

¿De qué manera el Derecho, en especial el Derecho Civil Mexicano, puede intervenir para mejorar las condiciones de vida de estas personas en situación de vulneración? A través de la habilitación de la vía administrativa para adecuar las actas de nacimiento por razones de género. Si bien no es la panacea para todos los males que enfrentan las personas trans, si puede significar un antes y un después para muchas de ellas, pues su nueva identidad les abriría la puerta para acceder a derechos humanos que sólo pueden ser ejercidos por las personas cisgeneras.

Cuando una entidad federativa ha autorizado la adecuación del acta de nacimiento para que aparezca el nombre y género deseado de quien solicitó el trámite, automáticamente podrá solicitar el reconocimiento legal de su relación, ya sea que el Estado la considere como un concubinato o como un matrimonio. Algo similar podría ocurrir con respecto a la creación de una familia a partir de la afiliación de menores de edad, mediante la adopción o la maternidad subrogada.

Ciertamente esto podría traer situaciones imprevistas en el terreno de lo jurídico, pero que podrían ser resueltas debidamente por quienes representan alguno de los 3 poderes en lo que se divide el Estado. Un ejemplo de ello se aprecia con la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien en 2019 resolvió que aquellas entidades federativas que aún no han contemplado el reconocimiento de identidad de género a través de un procedimiento administrativo, están obligadas constitucionalmente a realizar las reformas necesarias a sus Códigos Civiles para beneficio de todas las personas que deseen acceder a este derecho.

Lamentablemente varias entidades federativas, incluyendo a Tabasco, han hecho caso omiso de la resolución, ya que aún persiste la visión binaria del género en muchas de las personas que forman parte del Estado, como es el caso de los legisladores. Dicha visión está fuertemente arraigada en todos los niveles del ordenamiento jurídico. No es de sorprenderse, las cosas así han funcionado en México desde hace varios años.

Un ejemplo de este binarismo se aprecia en las primeras líneas del Art. 4 Constitucional que puntualiza que “La mujer y el hombre son iguales ante la ley.” Si bien esta frase visibiliza a las mujeres y las coloca al mismo nivel de los hombres, es apreciable como se busca encajonar a todos los seres humanos en el binarismo de género, dejando de lado a aquellos que no se identifican con ninguno de estos géneros o que deseen transitar de un género a otro.

Si el Art. 4º dijera “Todas las personas son iguales ante la ley, sin importar cuál sea su identidad de género”, se podría entonces englobar a toda la población que habita en el país. E incentivaría que aquellas entidades federativas que no han legislado sobre el reconocimiento de la identidad de género, pudieran abandonar lentamente la dicotomía hombre-mujer.

De Verda y Beamonte (2016) describe que idealmente una persona debería ejercer sus derechos humanos, en igualdad de condiciones, en comparación con otras que estén a su alrededor, sin la necesidad de que el Estado tenga que intervenir. Pero también señala que es necesaria la intervención del Estado, ya sea a través de quienes representan el Poder Legislativo o del Poder Judicial, para mediar y establecer esta igualdad entre las personas, dentro de un marco jurídico establecido.

¿Pero qué ocurre cuando la persona que representa al Estado es quien pareciera obstaculizar esta igualdad, cuando al formular y/o al interpretar una ley, pareciera que ser guiado por sus creencias personales y no por los principios generales del derecho? El sexo, el género y la preferencia sexogenérica son categorías sospechosas,

según la SCJN (2014), que podrían ser utilizadas por un tercero para justificar actos discriminatorios en contra de las personas trans.

Por ejemplo, cuando un caso de discriminación llega a manos de un juez y este resuelve que no hubo violación de derechos humanos, debe cuestionarse lo siguiente: ¿Realmente no hubo evidencias que demostraran que la persona trans fue discriminada? ¿Acaso el veredicto es el resultado de una interpretación inadecuada de la ley? ¿O su decisión se basa en sus creencias personales y no en lo que establece las leyes, por lo que ha actuado de mala fe? La respuesta dependerá tanto de la capacidad del juzgador para identificar si la categoría sospechosa ha sido utilizada para distinguir favorablemente a la persona trans o para discriminarle, como el tipo de creencias que le mueven en la toma de decisiones.

Partiendo de la premisa anterior, se reflexiona sobre una situación que se presenta en Nuevo León. Es un estado que mantiene una postura conservadora sobre la sexualidad humana. Eso se refleja en el hecho de que su legislación local no contempla el reconocimiento de la identidad de género, por lo que aquellos que deseen obtenerla, deberán tramitarla por la vía judicial.

Sin embargo, una asociación civil, el Registro Civil y la Comisión Estatal de Derechos Humanos lograron crear una estrategia factible para que las personas trans, de todas las edades, accedieran sin dificultad alguna a la adecuación de su acta de nacimiento. Martínez (2020) señala que la estrategia consiste en que la persona interesa entrega su solicitud requisitada y pague el costo del trámite ante Registro Civil. Este inicia una demanda en el Juzgado Virtual de lo Familiar y tras un lapso de 3 semanas, se concede una sentencia que ordena al Registro hacer las adecuaciones del acta y corrección de la CURP.

Cuando un medio de comunicación entrevistó al Juez de Primera Instancia del Juzgado Virtual de lo Familiar y le preguntó sobre su postura ante la estrategia implementada, este declaró que, si bien podía estar en desacuerdo con el trámite, su responsabilidad era garantizar que la persona pudiera ejercer su derecho a redefinir su identidad de género. Dicho acto, desde la perspectiva del juzgador, no impacta negativamente en ningún sentido al Poder Judicial ni al Registro Civil. El Juez respalda su postura en la Opinión Consultiva 24/2017, así como por los resultados de la estrategia: hasta la fecha de la edición de la nota periodística, un total de 158 personas habían tramitado el reconocimiento de su identidad.

La ciudadanía y el Estado se organizaron para dar una solución factible para un predicamento cuyo origen venía de la misma ley. Dos instituciones con facultades tan diferentes, el Registro Civil y el Juzgado Virtual de lo Familiar, encaminaron a su personal hacia un mismo objetivo: facilitar que las personas adquieran el reconocimiento de su identidad. Y para ello deben trabajar conforme a los principios del Derecho, garantizando los derechos humanos de la población que atiende, aun si eso entra en conflicto con la visión particular de cada representante de estas instituciones pertenecientes al Estado. ¿Qué mejor ejemplo que el Juez Virtual de lo Familiar? Un individuo que asume sus responsabilidades como funcionario público porque debe, puede y quiere; sin que sus creencias personales supongan un impedimento para ello. Pues al fin de cuentas, como él ha dicho, su actuación está adecuadamente respaldada por la ley.

CONCLUSIÓN

La humanidad le dota de significado al derecho, lo nutre y lo hace progresar hacia panoramas desconocidos. Este a su vez, remodela el medio en el que los seres humanos se desarrollan, transfigurando sus relaciones sociales de tal manera que adquieren una nueva identidad. La humanidad y el derecho forman parte de una misma cultura, una cultura que se desenrolla tanto en lo privado como en lo público (Bonilla, 2017). Si se aplica esta deducción en México, se ha de observar que sus pobladores le han concedido de un específico simbolismo al derecho,

le repudian, pero a la vez le protegen. Esta relación de amor-odio se ha ido fraguando a lo largo de los años, gracias a los cambios sociales que cada generación ha tenido que afrontar.

Para Madrazo (2002), es una ciencia, la cual debe ser estudiada en su forma más pura, por lo que hay que limitarse a aprender los dogmas jurídicos que se han ido heredando generación tras generación, ignorando el potencial conocimiento que se podría forjar si se prestara atención a la interacción del ordenamiento jurídico con el individuo, con la sociedad, con las ciencias y con las instituciones.

El derecho pierde fluidez y se termina estancando, quedando totalmente inmóvil como si se tratase de un obelisco de la más noble belleza, cuya imagen puede deslumbrar a tal grado que uno memorice cada centímetro de su estructura pero que al final resultara inútil conocer sus medidas si no es capaz de proteger a sus espectadores de la inclemente lluvia que se ha desatado sobre sus cabezas.

Por otro lado, para el mismo autor, el derecho es un discurso, que se ha construido en torno a la mitología que se desarrolló durante los años que duró la Revolución Mexicana, cuyos ideales se cristalizaron en la promulgación de la Constitución de 1917, quedando sometido a los intereses de los gobernantes, siendo estos los que determinan lo que es legal y lo que no, ignorando muchas veces a la Carta Magna.

El derecho se convierte en un escudo de plata cuya superficie refleja los brillantes colores de la Patria, a la cual hay que continuar defendiendo, ya no mediante las armas sino a través de las instituciones que el Estado ha construido para garantizar el bienestar social del pueblo, legítimo portador de la soberanía nacional. Pero el escudo ciega con su reflejo e impide ver que también es una espada de hierro al servicio de ese mismo Estado, cuyos representantes la utilizan para avasallar al pueblo de tal manera que este termina cediendo su soberanía, desamparándolo ante las mismas instituciones que han jurado protegerle.

¿A qué viene lo anterior? Si bien no hay una ley específica que proteja directamente a las personas trans, existe todo un gigantesco marco jurídico en materia de derechos humanos que podría disminuir la vulnerabilidad en la que vive este grupo social, si se aplicaran al pie de la letra cada legislación. Sin embargo, hay que enfrentarnos a una realidad: Aunque las leyes concedan el poder a las y los representantes del Estado para que protejan y garanticen los derechos de todas las personas, si los representantes hacen caso omiso a las necesidades del pueblo y terminan actuando según sus intereses, entonces seguirá vigente la discriminación y marginación de grupos vulnerables.

Esto se puede apreciar con el reconocimiento de la identidad de género. Tanto la CIDH como la SCJN han planteado cuales son las pautas para que este trámite sea posible en todos los Estados de México. Lamentablemente esto ha caído en oídos sordos, ya que aún persisten las negativas para que las entidades federativas restantes regularicen la situación de las personas trans, aun cuando ya hay un sustento legal para ello.

Eso demuestra que hay algunos funcionarios públicos, en estas entidades, que a sabiendas que tienen la facultad para reformar sus leyes para facilitar el cambio de identidad de género, hacen caso omiso a los Tratados Internacionales y a la misma Constitución Mexicana. El caso de Nuevo León es uno de los pocos ejemplos en los cuales se ve el interés genuino por dar una solución que satisfaga a las necesidades de su población.

¿Por dónde hay que comenzar para que realmente se dé un cambio paradigmático en torno al reconocimiento de la identidad de género por parte de los representantes del Estado, tomando en cuenta el panorama sociojurídico de las personas trans y el ejercicio de sus derechos humanos en el siglo XXI? Cuando realmente se comience a creer en las normas y los valores que el Derecho ha plasmado en cada Tratado, Constitución, Ley y Código existente, llevándolos a la práctica, aunque eso signifique tener que lidiar con las dificultades que conlleve esa elección.

¿Qué se dirá de la humanidad cuando sea iluminada por la llegada de un nuevo año? ¿Se le considerara un ejemplo a seguir, al demostrar que unió esfuerzos para que el Estado trabaje en favor de la protección y garantía de los derechos humanos de los más desfavorecidos? ¿O será catalogada como otro puñado de seres egoístas y prejuiciosos que sólo se concentró por velar por sus propios intereses, en lugar de preocuparse por el bienestar del prójimo? La moneda está en el aire y mientras cae, el tiempo se escapa de entre las manos, entre lo que se decide ser o no la generación que establezca un antes y un después en el panorama sociojurídico de las personas trans y el ejercicio de sus derechos humanos en el México del 2021.

REFERENCIAS

- Bonilla Maldonado, D. (2017) El análisis cultural del Derecho. Entrevista a Paul Kahn, Isonomía, núm. 46, p. 131. Recuperado el 09 de septiembre de 2021 en www.scielo.org.mx/pdf/is/n46/1405-0218-is-46-00131.pdf
- Chárriez Cordero, Mayra (2013) La transexualidad: ¿Construcción de una identidad?, Revista Griot, v. 6, n. 1, 18-28.
- Código Penal Federal. Nuevo Código Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 1931. Última reforma publicada DOF 01-07-2020
- Conferencia Internacional sobre Transgeneridad y Política de Empleo (1995) Declaración Internacional de los Derechos de Genero. Recuperado el 09 de septiembre de 2021 en <https://www.uv.mx/uge/files/2014/05/Declaracion-Internacional-de-los-Derechos-de-Genero-No-vinculatoria.pdf>
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Constitución publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917. Última reforma publicada DOF 28-05-2021
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017) Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, Opinión Consultiva OC-24/17.
- De la Luz, C. (2019). Calles llenas de odio y transfobia. El Universal. Recuperado el 09 de septiembre de 2021 en <https://interactivo.eluniversal.com.mx/2019/transgenero-transfronterizo/historia-mexico.html>
- De Verdad y Beamonte, J. R., (2016) Los derechos fundamentales de la personalidad como categoría unitaria en G. M. Pérez Fuentes (coord), Temas actuales de Estudios Jurídicos, Tirant Lo Blanch.
- La Ley General para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 26 de junio de 2017
- Ley de los Derechos de las Personas Adultas Mayores. Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de junio de 2002. Última reforma publicada DOF 24-01-2020
- Ley de Migración. Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de mayo de 2011. Última reforma publicada 11-11-2020
- Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación. Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 2003. Última reforma publicada DOF 21-06-201
- Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1 de febrero de 2007. Última reforma publicada DOF 13-04-2020
- Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de diciembre de 2014. Última reforma publicada DOF 17-10-2019.
- Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres. Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de agosto de 2006. Última reforma publicada DOF 14-06-2018.

- Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad. Nueva Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de mayo de 2011. Últimas reformas publicadas DOF 12-07-2018
- Madrazo, A., (2002) Estado de Derecho y Cultura Jurídica en México, Isonomía, núm. 17, 204.
- Martínez Reyna, A., (19 de marzo de 2020) Personas tas ya pueden cambiar identidad de género legalmente en NL, SDPnoticias. Recuperado el 09 de septiembre de 2021 en sdpnoticias.com/diversidad/cambio-identidad-de-genero-en-nuevo-leon-tramite-personas-trans.html
- Organización de las Naciones Unidas (1948) Declaración universal de los derechos humanos, Asamblea General de la ONU. Recuperado el 09 de septiembre de 2021 en https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf
- Organización de las Naciones Unidas (1966) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Asamblea General de la ONU. Recuperado el 09 de septiembre de 2021 en <https://www.refworld.org/es/docid/5c92b8584.html>
- Organización de las Naciones Unidas (1966) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Asamblea General de la ONU. Recuperado el 09 de septiembre de 2021 en <https://www.refworld.org.es/docid/4cof50bc2.html>
- Organización de las Naciones Unidas (1979) Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Asamblea General de la ONU. Recuperado el 09 de septiembre de 2021 en <https://www.refworld.org.es/docid/50ab8d9d2.html>
- Organización de las Naciones Unidas (1989) Convención sobre los Derechos del Niño, Asamblea General de la ONU. Recuperado el 09 de septiembre de 2021 en <https://www.refworld.org.es/docid/50ac92492.html>
- Organización de los Estados Americanos (1969) Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, Asamblea General de la OEA. Recuperado el 09 de septiembre de 2021 en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/derechoshumanos_publicaciones_colecciondebolsillo_10_convencion_americana_ddhh.pdf
- Organización de los Estados Americanos (2011) Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, Asamblea General de la OEA. Recuperado el 09 de septiembre de 2021 en https://www.oas.org/dil/esp/ag-res_2653_xli-o-11_esp.pdf
- Pauly, Ira. B. (1974) Female transsexualism. Part 1, Archives of Sexual Behavior, 3, 487–507. Recuperado el 09 de septiembre de 2021 en <https://doi.org/10.1007/BF01541134>
- Perez De La Rosa, J. A., et al. (2018) Rectificación de acta por reasignación de concordancia sexogenérica, Revista Iberoamericana de Ciencias, vol.5, num.6, 138-139.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo Directo Civil 6/2008.
- Tesis 1a.CCCLXXXIV/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Tomo I, noviembre de 2014, Pág. 720.
- Tesis 2a./J. 173/2019 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Decima Época, Tomo I, diciembre de 2009, Pág. 894.
- Transgender Europe (TGEU) (2014). Criminalización, Persecución judicial, Discriminación promovida por el Estado, Terapia Hormonal y Tratamientos/Cirugías de Reasignación de Género. Recuperado el 9 de septiembre de 2021 en https://transrespect.org/wp-content/uploads/2016/05/web_tvt_mapping_2_ES.pdf
- Transgender Europe (TGEU) (2014). Reconocimiento legal de género, Legislación Anti-discriminación, de Delitos de Odio y de Derecho de Asilo. Recuperado el 09 de septiembre de 2021 en https://transrespect.org/wp-content/uploads/2016/05/web_tvt_mapping_1_ES.pdf
- Transrespect versus Transphobia Worldwide (Tvt) (2019) Actualización TMM: Día de la Memoria Trans 2019. Recuperado el 9 de septiembre de 2021 en https://transrespect.org/wp-content/uploads/2019/11/Tvt_TMM_TDoR2019_Namelist_EN.pdf
- Transrespect versus Transphobia Worldwide (Tvt) (2020) Actualización TMM: Día de la Memoria Trans 2020. Recuperado el 9 de septiembre de 2021 en https://transrespect.org/wp-content/uploads/2020/11/Tvt_TMM_TDoR2020_PressRelease_ES.pdf
- Trejo Garcia, Elma del Carmen. et al. (2006) Transgéneros, Cámara de Diputados, Servicio de Investigación y Análisis. <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spe/SPE-ISS-04-06.pdf>
- Wilde Zulema (2002) El valor de la autonomía de la voluntad frente a la vejez o a la circunstancia de caer en incapacidad, Revista del Notariado, 873, 127-130. <https://www.colegio-escribanos.org.ar/biblioteca/cgi-bin/ESCRIBANOS/ARTICULOS/38911.pdf>
- Winter. Sam, et al., (2016) Transgender people: health at the margins of society, Lancet, 388(10042), 390-400. [https://www.thelancet.com/pdfs/journals/lancet/PIIS0140-6736\(16\)00683-8.pdf](https://www.thelancet.com/pdfs/journals/lancet/PIIS0140-6736(16)00683-8.pdf)

CAPÍTULO 13

LA VINCULACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN MÉXICO

LINKING SOCIAL RIGHTS TO CONSTITUTIONAL JUSTICE IN MEXICO

DAVID ARMANDO ESTRADA GALLEGOS

DavidStradaG@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-8610-9183>

RESUMEN

En las últimas décadas nuestro sistema jurídico ha da un giro que lo sitúa dentro de las democracias constitucionales más completas, al menos en el plano normativo e institucional. La razón de ello es que, además de los pasos importantes que se han dado para establecer una serie de reglas mínimas para el juego democrático que ha permitido la alternancia en el poder y una mayor pluralidad de actores representativos, también se han fortalecido las instituciones que representan una primera línea dentro del carácter protector de los derechos fundamentales. La pieza faltante en este engranaje normativo fue completada con las reformas constitucionales de 2011 en materia de juicio de amparo y derechos humanos. Reformas que, como se ha mencionado innumerables veces en varios espacios, representan un verdadero paradigma en el constitucionalismo mexicano.

Palabras clave: *constitucionalismo, democracia, sistema jurídico.*

INTRODUCCIÓN

El cambio en la normativa y reformas Constitucionales ha conllevado a un nuevo entendimiento en la forma en que deben operar los poderes públicos a la hora de materializar los derechos en la realidad, pues el marco al que deben ceñirse les marca una serie de pautas que deben seguir en el quehacer diario. De esta forma, por ejemplo, las coordenadas establecidas por la Constitución Federal imponen obligaciones y una serie de criterios hermenéuticos que deben emplear los jueces constitucionales para garantizar a todas las personas una esfera jurídica

en donde vean respetados y realizados sus derechos humanos, pues el sentido de existencia de los poderes del Estado se centra en la persona como ser único que busca su realización plena.

Sin embargo, como todo cambio que busca romper con la realidad existente, el proceso de comprensión de la reforma constitucional producida en el 2011 no fue fácil de asimilar, pero sí oportuna para la vigencia de los derechos humanos, en particular de los derechos sociales como derechos fundamentales; pues como lo venía sosteniendo Cossío Díaz, dentro del siglo XX en virtud de la existencia de un partido hegemónico en el poder y de la complicidad de buena parte de los estudiosos del derecho constitucional para con el régimen, se dejó de estudiar a la Constitución como un fenómeno normativo (Cossío Díaz, 2012).

Esto ocasionó que, históricamente, a la Constitución se le entendiera como un documento político formal, cuya función principal era estructurar y limitar al poder político, y no como un documento vinculante y directamente aplicable para todos los poderes; de ahí que la Constitución estuviese desvinculada de toda fuerza normativa para ser exigida ante los jueces constitucionales. Sumado a ello, dentro de la teoría constitucional mexicana ha imperado una visión reduccionista de las disposiciones constitucionales de contenido social, por ello, a los derechos sociales se les ha considerado como derechos de segunda categoría, derechos económicamente caros, normas programáticas, o aspiraciones políticas realizables a voluntad del legislador; esto es, no considerados como verdaderos derechos fundamentales y por ende tampoco exigibles directamente ante los tribunales.

Esta problemática, común en varios sistemas constitucionales del mundo y no sólo en México, es lo que ha llevado a los juristas a preguntarse sobre el alcance que pueden tener las jurisdicciones constitucionales en la tutela de los derechos sociales fundamentales (salud, educación, vivienda y alimentación) y el rol que juega el derecho internacional de los derechos humanos en la determinación del contenido de estos derechos en la interpretación y argumentación constitucional.

Teniendo estos planteamientos descritos, el objetivo de este capítulo es determinar el papel que ha tenido el derecho internacional de los derechos humanos en la tutela de los derechos sociales a través de la justicia constitucional y, de esta forma, observar los avances que se han dado en el sistema jurídico mexicano.

La transición de los de los derechos sociales en el sistema jurídico mexicano

A partir de la idea asumida por la doctrina nacional de que la Constitución era un documento político, y debido a ello el proceso de producción normativa debía entenderse en función de esta, la doctrina nacional explicó que la Constitución y las normas sociales no eran sino el producto y materialización de los postulados de la Revolución. Ello dio margen para que durante el siglo XX el régimen presidencial usara a tales derechos “como una vía privilegiada para, por un lado, incorporarlos a los programas de campañas de los distintos presidentes de la República y, por el otro, para seguir insistiendo en el carácter social del Estado mexicano” (Cossío Díaz, 1998). Esta visión conllevó a que estos derechos estuvieran más en el discurso político que en el lenguaje de los derechos, irradiando con ello en la practicidad de éstos y su exigencia a través del juicio de amparo.

Así, el hecho de otorgarle poca eficacia a las normas constitucionales de contenido social ha ocasionado un perjuicio a una sociedad históricamente marcada por grandes desigualdades socioeconómicas. Pues la

insuficiente e inadecuada satisfacción de las necesidades básicas en materia de salud, educación, vivienda y alimentación ha conllevado a atentar contra la dignidad humana como principio y base fundamental de los derechos humanos, pues se deja en estado de indefensión a aquellas personas que por las condiciones precarias en las que se encuentran no pueden satisfacer por sí mismas las condiciones mínimas de vida, indispensables para su desarrollo integral.

Por otra parte, esta ineffectividad normativa señalada pone de relieve la displicencia que han mostrado los poderes ejecutivo y legislativo en la concretización de los derechos sociales. Pues son estos quienes, principalmente, por tener a su alcance los medios técnicos y el manejo del presupuesto tienen la obligación de materializarlos a través de leyes y políticas públicas, en donde se precisen los contenidos y alcances de tales derechos.

Ante este escenario, en donde los poderes públicos por los resultados mostrados son opacos en su actuar, se ha dicho, no sin razón, que “la Justicia puede y debe generar cambios sociales, cuando la política y los políticos se muestran impotentes o, simplemente, no están dispuestos a impulsarlos” (Sagues, 2016, pág. 201). Lo anterior es así, pues en toda democracia constitucional es imprescindible que los derechos fundamentales, como valores interrelacionados e inseparables que constituyen la esfera intangible del ser humano –lo cual representa no sólo aquello que está indisponible para los poderes públicos, sino también aquellas exigencias positivas que constituyen la base con la cual el ser humano busca alcanzar su plena realización–; precisan de todo un sistema de garantías institucionales y jurisdiccionales; esta última activable en última instancia cuando las garantías primarias –en manos del poder político–, resultan lesivas o inoperantes para la satisfacción de los derechos fundamentales.

Si bien este sistema garantista es el que hoy en día reclama el constitucionalismo actual, su arquitectura aún está en proceso de estructuración y entendimiento (Piña Gutiérrez, p.68). Pues como se ha venido señalando en líneas arriba, en México los derechos sociales y su protección jurisdiccional han tenido diversos obstáculos para ser materializados en la realidad. Sin embargo, bajo este contexto y teniendo como referente los cambios constitucionales de 2011 en materia de derechos humanos y juicio de amparo, se puso de relieve la necesidad de repensar el papel de la jurisdicción constitucional en la protección de los derechos sociales. Ello es así por dos razones. La primera, porque se incardinan al sistema jurídico nacional los estándares establecidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos, los cuales no sólo se vuelven vinculantes para todos los poderes públicos –incluido el Poder Judicial–, sino también porque pasan a formar parte del parámetro de control de regularidad constitucional. Y, segundo, porque todos los actos positivos y omisiones –teniendo en cuenta que por medio de omisiones se dan las principales violaciones a derechos sociales– quedan sujetos al escrutinio del poder judicial mediante el juicio de amparo. Por ello, teniendo como referente el modelo constitucional descrito, podemos señalar que hoy en día los derechos sociales son derechos justiciables, de ello no debe quedar duda, ello ya no es debatible.

Ahora bien, ¿cómo se fue dando este cambio en el escenario de la justicia constitucional?, en un principio se tenía presente que el juicio de amparo no era el mecanismo idóneo para garantizar los derechos sociales, ya sea por su construcción liberal, o bien porque se pensaba (erróneamente) que no había obligación alguna que exigirle al Estado en virtud de que tales derechos provenían más de la voluntad política de los gobiernos que de las obligaciones que estos tenían. Así, autores como Hernández Cruz y Juventino Castro en diversos trabajos, pero siguiendo la misma línea argumental, en virtud el tratamiento ambivalente que se había establecido para la protección de los derechos sociales en el constitucionalismo mexicano, proponía reformar los artículos 103 y 107 de la Constitución para ampliar el espectro tanto de los sujetos legitimados como de los efectos de las sentencias, y así crear el amparo social. Ello es así, pues en estos artículos, sostenía Juventino Castro, no se precisaba cómo defender los derechos sociales; ello, en virtud de que no se permitía encuadrar en las hipótesis normativas violaciones de derechos sociales, pues los titulares de estos y los alcances de las

sentencias tendrían efectos colectivos lo cual era incompatible con principios propios del juicio de amparo, tales como el de relatividad de la sentencia y el agravio personal y directo (Castro Castro, 2008).

Sin embargo, a pesar de las propuestas académicas para modificar el amparo tradicional, este cambio no llegó sino hasta las reformas constitucionales de 2011, la cual ha implicado no poca cosa, pues no sólo se trazaron las coordenadas a seguir por parte de todas las autoridades para alcanzar la mayor protección de los derechos fundamentales, sino también porque ha implicado transitar de una visión reduccionista y formalista a una visión garantista y progresista.

En virtud de este cambio de paradigma, en el foro académico se puso de relieve el tema de la exigibilidad y justiciabilidad de los derechos sociales en México. Así, teniendo presente este escenario, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales-México; organizaron conjuntamente el Foro Internacional sobre Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el marco de la reforma constitucional en derechos humanos en México; en donde académicos, jueces y sociedad civil en conjunto, tocaron puntos que permiten trazar las coordenadas del escenario constitucional de los derechos fundamentales. Así, en lo que aquí interesa, señalamos tres ideas principales. La primera, que los avances que han establecido los sistemas universal y regional de los derechos humanos en la concretización de las obligaciones y contenido de los derechos sociales son una fuente importante en la justiciabilidad de los derechos sociales. La segunda, que la justicia constitucional en México debe abreviar de la experiencia comparada –en este caso, la jurisprudencia de la Corte constitucional Colombia en la justiciabilidad de los derechos son un buen punto de referencia–, para garantizar tales derechos. La tercera, que los jueces constitucionales deben asumir un papel garante acorde con los postulados del constitucionalismo social. En suma, lo que en este foro se sostuvo, es que la exigibilidad y justiciabilidad de los derechos sociales es ya una realidad en México, en la cual se debía ir avanzando (Cervantes Alcayde, 2014).

Asimismo, a partir de lo anterior, empezaron a surgir investigaciones que estudiaron el tema de la exigibilidad de los derechos sociales a partir del juicio de amparo. Sirva de ejemplo la tesis de maestría presentada por Teresa Sánchez en FLACSO- México, en la cual se enfoca a demostrar que el juicio de amparo es el mecanismo idóneo y eficaz en la protección de los derechos de las personas desplazadas en Chiapas. Para ello, la autora hace un análisis de los tratados internacionales sobre derechos humanos, y de los cambios constitucionales de 2011 (Sánchez González, 2014). Pero el punto importante aquí, es el estudio comparado que la autora hace de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana respecto a la justiciabilidad de los desplazados en aquel país. Sin embargo, aquí cabe hacer una precisión, si bien el trabajo elaborado por la autora es preciso, pues el fenómeno de los desplazados en Colombia es uno de los casos más significativos de la Corte Constitucional Colombiana en cuanto a la protección del derecho a la vivienda, también es cierto que, en ese asunto, la Corte Colombiana utilizó una figura jurisprudencial denominada estado de cosas inconstitucional, la cual no encuentra parangón en la doctrina mexicana. Por ello, consideramos que aproximarse a la doctrina comparada sin tener en cuenta las peculiaridades de cada ordenamiento, podría llevarnos a maximizar los alcances del juicio de amparo.

Lo que queremos subrayar con lo anterior dicho, es que los alcances del juicio de amparo no deben medirse tomando como referente las experiencias de otros sistemas jurídicos, sino a partir de los elementos propios que presenta el ordenamiento jurídico mexicano y la articulación que los operadores jurídicos hacen de estos para avanzar en la justiciabilidad de los derechos sociales y así marcar una hoja de ruta a seguir en este complejo camino.

Los avances de la justiciabilidad de los derechos sociales: los pasos hacia un sistema garantista

En este punto, concretando el tema de nuestro análisis debemos preguntarnos ¿qué ha pasado con la reforma constitucional en materia de derechos humanos y juicio de amparo en relación con los derechos sociales en esta década?, en primer lugar, podemos mencionar que la conjugación del derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos ha representado un verdadero cambio a la hora de interpretar los derechos humanos, máxime que se rompe con la vieja idea de que los derechos individuales y los derechos sociales son distintos. Así, el nuevo andamiaje constitucional ha permitido que la Suprema Corte de Justicia de la Nación progresivamente pueda abordar de manera más integral el análisis que los derechos sociales requieren (Ferrer Mac-Gregor, 2021, pág. 324).

Este punto ha sido posible, como ya se ha precisado, gracias no sólo al contenido del artículo 1º constitucional, sino también a lo que dispone el artículo 1º de la ley de amparo, el cual menciona que el juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite por normas generales, actos u omisiones de autoridades que violen los derechos humanos reconocidos por la Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.

Este universo de lo justiciable a través del juicio de amparo a partido voltear a ver el desarrollo internacional que han tenido los derechos sociales en el contexto internacional y poder integrarlos al derecho nacional. Así, dentro de la práctica de la jurisdicción constitucional podemos encontrar ejemplos de cómo ha ido entendiendo la Suprema Corte de Justicia de la Nación este marco normativo de protección de los derechos humanos. Por lo que aquí interesa, analizaremos el desarrollo jurisprudencial que han tenido cuatro derechos que se adscriben a la categoría de derechos sociales fundamentales.

1. Derecho a la educación

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la nación ha precisado el alcance del derecho a la educación, al establecer, primero, que el carácter de derecho humano de éste deriva que la educación, como bien básico es indispensable para la formación de la autonomía de la persona y para ejercer el libre desarrollo de su personalidad (Tesis: 1a./J. 82/2017 (10a.)). Por otra parte, ha se establecido que el “derecho a la educación es un derecho social y colectivo el cual se entiende como una prerrogativa que tiene todo ser humano a recibir la formación, la instrucción, dirección o enseñanza necesarias para el desarrollo armónico de todas sus capacidades cognoscitivas, intelectuales, físicas y humanas” (1a. CLXVIII/2015 (10a.)). Así, para su efectividad, este derecho precisa de un conjunto de obligaciones, prohibiciones y acciones tales como la capacitación de las personas para participar en una sociedad libre, que debe impartirse por las instituciones o el Estado de forma gratuita y ajena a toda discriminación, en cumplimiento a las características de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad.

2. Derecho a la alimentación

El derecho a la alimentación es un derecho básico que busca satisfacer las necesidades básicas y la vida digna de las personas (Álvarez Magrigal, Silva Hernández, & Martínez Prats, 2021). Así, el núcleo esencial del derecho a la alimentación se garantiza cuando todo hombre, mujer, adolescente o niño tienen acceso físico y económico, en todo momento, a una alimentación adecuada, o bien, a los medios para obtenerla. d Así, el núcleo esencial de este derecho comprende los siguientes elementos: a) la disponibilidad de alimentos; y b) la accesibilidad a éstos. En ese sentido, la disponibilidad se refiere a la posibilidad que tiene el individuo de alimentarse directamente, o bien, a través de los sistemas públicos o privados de distribución, elaboración y comercialización, además de exigir que los alimentos tengan los nutrimentos adecuados para su correcto desarrollo físico y mental. Por otro lado, la accesibilidad implica el cumplimiento de los siguientes elementos: i) la accesibilidad económica, es decir, que los alimentos estén al alcance de las personas desde el punto de vista monetario, en condiciones que les permitan tener una alimentación suficiente y de calidad; y ii)

la accesibilidad social, la cual conlleva que los alimentos deben estar al alcance de todos los individuos, incluidos quienes se encuentren en alguna situación de vulnerabilidad. (2a. XCIV/2016 (10a.)).

3. Derecho a la vivienda

El derecho a la vivienda tuvo como origen el deseo de satisfacer una necesidad colectiva, también lo es que no puede limitarse a ser un derecho exclusivo de quienes son titulares de una vivienda popular o incluso carecen de ella; esto es, el derecho fundamental a una vivienda digna y decorosa protege a todas las personas y, por tanto, no debe ser excluyente. Ahora bien, lo que delimita su alcance es su contenido, pues lo que persigue es que los ciudadanos obtengan lo que debe entenderse por una vivienda adecuada, lo cual no se satisface con el mero hecho de que las personas tengan un lugar para habitar, cualquiera que éste sea; sino que para que ese lugar pueda considerarse una vivienda adecuada, debe cumplir necesariamente con un estándar mínimo ya que en caso contrario no se daría efectividad al objetivo perseguido por el constituyente permanente. De forma que lo que dispone el artículo 40. de la Constitución Federal constituye un derecho mínimo, sin que obste reconocer que los grupos más vulnerables requieren una protección constitucional reforzada y, en ese tenor, es constitucionalmente válido que el Estado dedique mayores recursos y programas a atender el problema de vivienda que aqueja a las clases más necesitadas, sin que ello implique hacer excluyente el derecho a la vivienda adecuada (1a. CXLVI/2014 (10a.)).

4. Derecho a la salud

El derecho a la protección de la salud es el derecho que mayor desarrollo a tenido desde la jurisprudencia constitucional. En lo aquí interesa, vasta señalar lo que ha dicho la Primera Sala de la Suprema Corte al respecto. Así, para esta Primera Sala, la protección de la salud es un objetivo que legítimamente puede perseguir el Estado, toda vez que se trata de un derecho fundamental reconocido en el artículo 40. constitucional, en el cual se establece expresamente que toda persona tiene derecho a la protección de la salud, el cual tiene una proyección tanto individual o personal, como una pública o social. Respecto a la protección a la salud de las personas en lo individual, el derecho a la salud se traduce en la obtención de un determinado bienestar general integrado por el estado físico, mental, emocional y social de la persona, del que deriva otro derecho fundamental, consistente en el derecho a la integridad físico-psicológica. De ahí que resulta evidente que el Estado tiene un interés constitucional en procurarles a las personas en lo individual un adecuado estado de salud y bienestar. Por otro lado, la faceta social o pública del derecho a la salud consiste en el deber del Estado de atender los problemas de salud que afectan a la sociedad en general, así como en establecer los mecanismos necesarios para que todas las personas tengan acceso a los servicios de salud. Lo anterior comprende el deber de emprender las acciones necesarias para alcanzar ese fin, tales como el desarrollo de políticas públicas, controles de calidad de los servicios de salud, identificación de los principales problemas que afecten la salud pública del conglomerado social, entre otras. (1a. CCLXVII/2016 (10a.)).

CONCLUSIONES

En el sistema jurídico mexicano los derechos sociales fundamentales han tenido una construcción asimétrica; en un primer momento (durante todo el siglo XX y la primera década del presente) fueron entendidos como derechos programáticos, carentes de eficacia jurídica ante los tribunales. De ahí que sean pocos los casos construidos desde la jurisprudencia constitucional sobre estos. En un segundo momento, iniciado a partir de las reformas constitucionales de 2011, el sistema mexicano da un viraje que permite considerar a los derechos sociales como verdaderos derechos fundamentales tutelables a través del juicio de amparo.

Así, esta serie de cambios han obligado a pensar y operativizar de manera distinta a los derechos fundamentales (constitucionales y convencionales), bajo una serie de directrices

hermenéuticas y base obligacional que deben guiar el actuar de los poderes del Estado. En este contexto, se acaba con el viejo paradigma de que los derechos sociales y los derechos de libertad son distintos y diferentes, pues el texto actual establece la integralidad de los derechos fundamentales, bajo los principios de universalidad, interdependencia, progresividad e indivisibilidad. Asimismo, queda fuera de toda duda de que los derechos sociales puedan ser protegidos por el juicio de amparo, pues ahora el radio de protección se amplía a los derechos de fuente internacional, sin establecer distinción alguna. Así, en esta década en la que ha transcurrido el cambio constitucional producido por las reformas de 2011, la justicia constitucional ha permitido otorgarles un efecto protector a los derechos sociales tales como el derecho a la salud, vivienda, alimentación y educación.

REFERENCIAS

- Álvarez Magrigal, O. D., Silva Hernández, F., & Martínez Prats, G. (2021). Seguridad y soberanía alimentaria. Revista Observatorio del deporte, 32-40.
- Castro Castro, J. (2008). Los derechos sociales en la Constitución de 1917. En E. Ferrer Mac-Gregor, & A. Zaldivar Lelo de Larrea, La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho (Vol. IV, pág. 905). México: UNAM.
- Cervantes Alcayde, M. e. (2014). ¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales?: debate abierto a propósito de la reforma constitucional en materia de derechos humanos. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Cossío Díaz, J. (1998). Los derechos sociales como normas programáticas y la comprensión política de la Constitución. En C. d. Diputados, Ochenta años de vida constitucional en México (pág. 296). México : UNAM, Cámara de Diputados, LVII Legislatura.
- Cossío Díaz, J. (2012). La teoría constitucional en México. En M. Carbonell, Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos (Quinta ed., pág. 472). México: Porrúa.
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2021). Los derechos sociales y su protección vía amparo tras las reformas constitucionales de 2011. En R. Sepúlveda, C. Pelayo Moller, G. Estrada Adán, M. Cervantes, & M.-C. Fuchs, Las reformas constitucionales de derechos humanos y amparo: a diez años de su promulgación (pág. 569). México: Tirant lo blanch, IIJ-UNAM, Konrad Adenauer Stiftung.
- Sagues, N. (2016). La constitución bajo tensión. México: Centro de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Sánchez González, S. T. (2014). El juicio de amparo como medio idóneo y eficaz para judiciarizar los derechos sociales (Caso de los desplazados en el Estado de Chiapas). México: Flasco tesis de maestría.
- Piña Gutiérrez, Jesús Antonio, "Los contornos de la justicia constitucional local en el ordenamiento jurídico mexicano, en Cucarella Galiana, Luis Andrés, (Coord.), Modernos Enfoques constitucionales, Colombia, Ediciones Nueva Jurídica, 2019.

CRITERIOS EMITIDOS POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

1. 1a. CCLXVII/2016 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Noviembre de, p. 895.
2. 1a./J. 82/2017 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, octubre de 2017, p.178.
3. 1a. CXLVI/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, abril de 2014, p.798.
4. 2a. XCIV/2016 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, septiembre de 2016, p. 836.
5. 1a. CLXVIII/2015 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, mayo de 2015, p. 425.

CAPÍTULO 14

VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES: PERSPECTIVA DE PROTECCIÓN EN MÉXICO

VIOLATIONS OF THE HUMAN RIGHTS OF CHILDREN AND ADOLESCENTS: PROTECTION PERSPECTIVE IN MEXICO

JUAN CARLOS ZURITA GUTIÉRREZ
Universidad Juárez Autónoma de Tabasco
jcarloszg@hotmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-7979-133X>

RESUMEN

Desde la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño (CDN) el 20 de noviembre de 1989 firmada y ratificada por la Asamblea General en su resolución 44/25, entrada en vigor por todos los países del mundo. México en el año de 1990 ratifica su compromiso con la protección de la infancia. A partir de entonces, comenzó una travesía para avanzar con relación a la promoción, protección y garantía de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes. Cabe señalar, que esta ratificación de la CDN ha sido uno de los pilares para crear la Ley General de los Derechos de niñas, niños y adolescentes promulgada en 2014 en nuestro país.

Palabras clave: *derechos humanos, normativa jurídica, México.*

INTRODUCCIÓN

A más de 30 años desde la promulgación de la CDN, en México se tiene un panorama más centrado en el reconocimiento y la defensa de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes, denotando así, un arduo trabajo tanto en nuestro país como de los Estados Parte de la Convención para respetar los cuatro principios fundamentales o rectores en los que se basan los derechos de las NNA. Estos cuatro principios básicos de la Convención de los Derechos del Niño son:

Principio de no discriminación: cuyo objetivo recae en la garantía de que todas y todos los infantes disfruten de sus derechos sin excepción alguna ni distinción por raza, color, sexo, religión, idioma, origen, impedimentos físicos o cualquier otra condición del menor, de sus padres o sus cuidadores.

Principio del interés superior del menor: indica que en todas las decisiones y actuaciones del Estado se primará y cumplirá con este principio para que todas las niñas, niños y adolescentes posean la garantía plena de sus derechos.

Principio de la vida, la supervivencia y el libre desarrollo: estos principios garantizan el derecho a vivir y la seguridad de no ser asesinados, así como también, en la medida de lo posible la salvaguardia de sus derechos económicos y sociales.

Principio de inclusión y participación: permite a los menores la protección para que todas y todos puedan expresarse libremente, a ser escuchados y a que se respete su criterio.

Violaciones de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes

La violación de los derechos humanos de los niños y jóvenes se ha convertido en un problema alarmantemente más grave, porque vivimos en un ambiente violento. Aun sin cifras exactas sobre la magnitud del problema, se visibiliza que su presencia es cada vez más evidente; es necesario difundir el conocimiento de esta situación en todos los ámbitos para prevenir, reconocer e iniciar de inmediato el abordaje jurídico y psicológico, y evitar consecuencias y efectos indebidos en las personas, especialmente en las niñas, niños y adolescentes.

La violación de los derechos humanos es un fenómeno que surge con los humanos y su vida en sociedad. Este es un problema omnipresente, ya que enmarca el abuso de menores, no como un mal de bienestar o privación, sino como una enfermedad social que se ha convertido en una lucha en la que los estados se preocupan. Estos no ocurren de forma aislada, sino que involucran muchos factores sociales, legales y psicológicos.

Hoy, los altos indicadores relacionados con la inseguridad y la violencia, tanto en México como en el resto del mundo, han visto un aumento alarmante y significativo, tema preocupante para los líderes mundiales y para los organismos internacionales como la Organización Mundial de la Salud (OMS), el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), la Organización de los Estados Americanos (OEA), la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO), entre otros. Estos organismos son los encargados de cuidar, proteger, garantizar y fomentar la prevención y promoción contra actos que vulneren la integridad física, psicológica, emocional, económica y otros derechos inherentes que posee el ser humano.

De acuerdo a datos publicados por la UNICEF, cerca de 300 millones de niñas y niños de 2 a 4 años de edad en el mundo están expuestos a violencia doméstica y disciplinas violentas, es decir, que 3 de cada 4 niños son víctimas de algún tipo de disciplina violenta por parte de sus cuidadores, de ellos, 6 de cada 10 son castigados por medios físicos (golpes, jalones, cachetadas, empujones, entre otros); y en el mundo 1 de cada 4 niños menores de 5 años, es decir, cerca de 176 millones de niños viven con una madre que es víctima de violencia de pareja (2017, p. 4).

De acuerdo con sus cuidadores, a nivel mundial más de 1,100 millones consideran que el castigo físico es necesario para criar o educar adecuadamente a los niños. Cabe mencionar que de estas cifras hay un gran porcentaje que representa a infantes cuyas edades oscilan entre cero a seis años. Con relación a esto, en el 2015, al menos 6 de cada 10 niñas, niños y adolescentes de 1 a 14 años experimentaron algún método

violento de disciplina, y 1 de cada 2 niños, niñas y adolescentes sufrieron agresiones psicológicas. (<https://www.unicef.org/mexico/protección-la-niñez-y-adolescencia>).

Las niñas, niños y adolescentes son personas inherentes a derechos y tienen derecho a una vida libre sin violencia, sin explotación o abuso de cualquier tipo, dentro o fuera de sus hogares. Tristemente, en México, el castigo corporal, las agresiones psicológicas y otras formas humillantes de trato se consideran normales y son ampliamente aceptadas, tanto como métodos de disciplina como de interacción cotidiana (UNICEF México, 2022). Sin embargo, las distintas formas que adopta la violencia en la infancia y la adolescencia dependerán del contexto donde se dé: en los hogares, las escuelas o la vía pública. Depende en igual medida al grupo de edad a la que va dirigida, y quien puede ejercerla, siendo en mucho de los casos, padres, madres, cuidadores y otras figuras de autoridad.

Lo preocupante de la violencia es su normalización y aceptación por parte de la víctima que, para aquellos casos que involucran a niñas, niños y adolescentes, pueden ser ellos quienes la ejercen entre sí. La UNICEF, para el año 2017, emite un informe que menciona que se identificaron alrededor de 18,300 niñas y niños migrantes en México, de los cuales más de 7 mil viajaban sin la compañía de un adulto. Posición que coloca a estos menores en situación de vulnerabilidad al no estar acompañado por un familiar o cuidador. En el peor de los casos, sufrir una violación de sus derechos sociales, económicos y culturales, al no prestarle la atención el Estado durante su libre tránsito (p. 6).

México es un país de tránsito, destino y retorno de miles de migrantes al año, la mayoría de ellos dejan sus hogares con la intención de llegar a Estados Unidos, huyendo de la violencia, la pobreza y la falta de oportunidades en sus países de origen. Durante su trayecto, niñas, niños y adolescentes migrantes son más vulnerables a riesgos como el hambre, las enfermedades, la detención, la extorsión, captura por el crimen organizado y la dificultad de hacer valer sus derechos; por lo

que se necesitan soluciones específicas para protegerlos, especialmente cuando viajan sin la compañía de un adulto (UNICEF, 2022).

De lo anterior se desprende claramente que los niños y jóvenes están expuestos a muchas formas de violencia, e incluso pueden perder la vida. La violencia en su contra se da en diferentes contextos como: escuelas, comunidades, sus centros de acogimiento y principalmente en sus hogares, ya que la mayoría de las violaciones a los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes que se cometen en su contra son perpetradas propiamente por sus seres queridos, convirtiéndolos en víctimas de maltrato y abuso. Por tanto, en México se asume que la cultura patriarcal en la sociedad aún prevalece y afecta a los más vulnerables.

El tipo de violencia más común es la violencia doméstica y se asocia con medidas disciplinarias violentas, negligencia u omisión, maltrato físico o psicológico y violencia emocional. Los adultos responsables del cuidado de los menores lo ven como una disciplina familiar, por lo que los principales maltratadores son los hermanos y los padres. Cabe señalar que estos niños pueden ser objeto de violencia sexual, ya que los niños en este estado vulnerable pueden ser abusados sexualmente por un miembro de la familia (padre, madre, hermanos) u otros parientes cercanos como tíos, abuelos o primos.

En efecto, Frías (2014) aborda el hecho de que la violencia doméstica entre niñas y niños en el hogar es vista como invisible, racional y natural. En cualquiera de los colectivos más vulnerables y desfavorecidos se encuentran los menores que se ven expuestos a la violencia en la infancia. Pero sí muestra la relación entre la experiencia y las diferentes estructuras. Sociológicamente, algunas poblaciones ven la violencia contra los niños no como una forma dañina de violencia, sino como una forma de imponer disciplina o, en su caso, aceptarla como una forma de educación tradicional (pp. 22-23).

Para los investigadores Acevedo et al. (2018), el reto radica en ejercer prácticas de crianza sin violencia, buscando la evolución en la forma de disciplinar a los hijos, de manera que sea más efectiva en la regulación

de la conducta nociva. En apego a, políticas instrumentadas que den garantías a la protección y defensa de los derechos individuales de niñas, niños y adolescentes. Promoviendo una cultura de paz, bienestar y una vida libre de violencia infantil (p. 45).

La observancia particular de Cerón, sugiere que para determinar un acto de maltrato debe considerarse a partir de criterios (parte objetiva) en lugar de darle mayor sentido a la parte conceptual (subjetiva) ya que se debe tener previsto características regionales, culturales, ideológicas, de hábitos y costumbres que de sustento a lo que se concibe como disciplina o educación (2018, pp. 95-96).

En México la gente es renuente a enfrentar este problema o las consecuencias que se derivan de su sufrimiento, porque no se participa en la denuncia de la conducta, ni se le da seguimiento hasta que se termina o concluya el proceso. Otro obstáculo que se ha observado es que se han realizado pocas investigaciones al respecto, razón por lo que no hay datos recientes y comparados con otros países para saber qué tan prevalente es este fenómeno.

La médica pediatra, Mascareñas (2014, p. 12), señaló que una de las violaciones a los derechos de los niños y jóvenes se debe a la falta de comprensión en muchos casos de los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño. Con mayor alusión a lo que indica el artículo 19 de esta Convención; que se refiere en particular, al deber del Estado en brindar protección y garantía ante cualquier tipo de maltrato, esté o no bajo el cuidado de sus padres o cualquier otra persona.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se pronuncia a favor de los derechos del niño, para evitar vulnerabilidad en los menores en cuestiones que abordan la violencia familiar, así tenemos la Tesis 2a. CXXXVI/2016 (10a.), DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES. LA LEY GENERAL RELATIVA RECONOCE LOS DERECHOS PARENTALES DE EDUCAR A LOS MENORES DE EDAD.

Cabe destacar, que cuando se comprueba que la educación por parte de los padres se torna en violencia familiar, el Estado esta obligado a brindar protección, para respetar la dignidad humana y garantizar la protección de la integridad personal del menor. Al respecto citamos la Tesis Aislada I.9o.P.174 P (10a.), Décima Época, núm. 2016128 VIOLENCIA FAMILIAR. NO SE JUSTIFICA EN NINGÚN CASO COMO UNA FORMA DE EDUCACIÓN O FORMACIÓN HACIA EL MENOR, PUES CUALQUIER ACTO DE VIOLENCIA RIÑE CON LA DIGNIDAD HUMANA Y EL DERECHO DEL NIÑO A SER PROTEGIDO EN SU INTEGRIDAD PERSONAL.

Políticas Públicas en materia de protección de derechos humanos

En cuanto a políticas públicas, los gobiernos desarrollan líneas de acción con la finalidad de mitigar problemas sociales y emergentes para otorgar un bienestar integral a la población en temas relevantes en economía, salud, medio ambiente, grupos vulnerables, entre otros.

En México, para evaluar estas políticas se aprobó el Programa Nacional de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes 2016-2018 (PRONAPINA), siendo este, el primer instrumento de política pública en materia de protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Bajo la regulación del Sistema Nacional de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes (SIPINNA). En su informe de avance y resultados 2020-2021 (pp.10-14), se midieron las políticas mediante acciones:

Acción 15: Coordinar la disponibilidad, accesibilidad y calidad de los servicios de atención a la niñez y adolescencia víctima de violencia.

Acción 16: Apoyar extraordinariamente a las Procuradurías de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes de los tres órdenes de gobierno, y asegurar la continuidad de sus servicios.

Acción 18: Difundir información que permita identificar y atender casos de violencia y abuso sexual contra niñas, niños y adolescentes.

El Interés Superior del Menor y sus alcances

En primera instancia, es necesario aludir el término menor de edad desde el punto de vista jurídico mexicano y en función de los compromisos internacionales firmados por México a través de convenios (convenciones, tratados o acuerdos). Las especialistas González Martín & Rodríguez Jiménez (2011, p. 57), abordan el término “menor” desde la óptica jurídica, expresando un concepto jurídico, el cual es delimitado en términos numéricos por un derecho positivo a fin de otorgar a las personas que lo cumplen determinados derechos y obligaciones tanto para la persona como para su entorno social y familiar.

Para De Verda y Beamonte (2016), esta concepción representa uno de los problemas dogmáticos recurrentes en el ámbito del derecho a la persona y esta la protección del menor estrechamente conectada con los derechos fundamentales (pp 133-135).

Carbonell (2004), hace énfasis al referirse que cuando se habla de derechos fundamentales, se está hablando de la protección mínima vital de cada individuo, con independencia de sus gustos personales, preferencias o cualquier otra característica que posea (p. 5).

Sin embargo, Rivero Hernández (2007) afirma que, “el menor es, ante todo, persona, en su acepción más esencial y trascendente; y no sólo en su dimensión jurídica (titular de derechos) sino también en su dimensión humana (ser que siente y piensa); más adelante cita que: “es una realidad humana en devenir, porque para él es tanto o más importante este devenir (su futuro) que su mera realidad actual. Si todo, y toda persona, cambia con el transcurso del tiempo, ello es más notorio y, sobre todo, más importante en el menor, para el que cada día que vive y pasa, le aproxima más a dejar de serlo, a su mayoría de edad y plenitud jurídica a que aspira” (pp. 158-159).

Dado que para muchas personas en la actualidad el término menor representa una forma de discriminación, en México con respecto a ello, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha emitido una tesis aislada constitucional NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES. DEBE ABANDONARSE EL TÉRMINO “MENORES” PARA REFERIRSE A ÉSTOS, A FIN DE RESPETAR EL PRINCIPIO DE SU INTERÉS SUPERIOR Y EL DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN, por lo que en todo momento se debe dirigir hacia los niños, niñas y adolescentes tal como se establece.

Así mismo, en lo concerniente al maltrato o violencia infantil, la Tesis 1a. XLIX/2020 (10a.), CASTIGO CORPORAL COMO MÉTODO DE DISCIPLINA. LOS MALTRATOS Y AGRESIONES FÍSICAS CONTRA MENORES DE EDAD, SEAN LEVES, MODERADOS O GRAVES, SON CONTRARIOS A SU DIGNIDAD HUMANA Y VULNERAN SU DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL, que tiene como primordial finalidad el garantizar y proteger la integridad física y psicológica de las niñas, niños y adolescentes, primando, ante todo, el interés superior del niño.

CONCLUSIÓN

Desde la promulgación de la Declaración de los Derechos Humanos en 1948, por la Asamblea de las Naciones Unidas, se permitió una nueva era en materia de derechos, donde el consenso internacional ha buscado el reconocimiento, la garantía y el control sobre violaciones a los derechos humanos, con mayor énfasis a las personas en situación de vulnerabilidad.

Con la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño, se ha procurado que los Estados Partes generen Políticas Públicas al interior de cada país, para reconocer, garantizar

y promover el respeto de los derechos fundamentales de los menores, considerando con estas acciones no solo la garantía de sus derechos, sino también tomar acciones para incrementar las capacidades y medir el impacto de las acciones adoptadas en el cumplimiento de los derechos humanos. A partir de esta Convención en México, se derivaron otras normas y leyes para garantizar el pleno desarrollo y disfrute de los derechos de estos niños, niñas y adolescentes; un ejemplo de ello, son el artículo 2º, párrafo segundo y tercero; así como el artículo 17 y 18 de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (2014), por lo que el Estado Mexicano está obligado a garantizar y salvaguardar los derechos de los niños ante cualquier situación que los afecte y vulnere.

Todas estas normativas y leyes han impacto no solo en el aspecto social o económico, sino en el jurídico de nuestro país, es a raíz de la importancia del interés superior del niño, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha emitido jurisprudencias para garantizar y primar en el disfrute de los derechos humanos y el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes. Ante cualquier asunto procesal que pueda afectar al niño, los jueces deberán hacer un escrutinio estricto y considerar la opinión de las niñas, niños y adolescentes para resolver el caso particular. Por lo anterior, es evidente la observancia del alcance que ha tenido el reconocimiento de los derechos de la infancia y la adolescencia desde la promulgación de la Convención de los derechos del niño, en donde las niñas, los niños y los adolescentes dejan de ser objetos de protección, pasando a ser concebidos como sujetos de derechos.

REFERENCIAS

- Acevedo, J., Castro, L. & De León, C. (2018). “Un reto contemporáneo: la disciplina infantil libre de violencia”. Revista de Trabajo Social, Escuela Nacional de Trabajo Social, UNAM. (11,12,13), 25-48. <http://revistas.unam.mx/index.php/ents/article/view/64167>
- Carbonell, M. (2004). “Los derechos fundamentales en México”, UNAM-CNDH, Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, serie doctrina jurídica núm., 185, consultado el 28 de junio de 2022. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/1408-los-derechos-fundamentales-en-mexico>
- Cerón, D. (2018). “Prevención del maltrato infantil en el ámbito familiar”. [Tesina licenciatura, Universidad Nacional Autónoma de México]. Repositorio Institucional. https://ru.dgb.unam.mx/handle/DGB_UNAM/TESo1000770897
- Convención Sobre Los Derechos Del Niño (1989, noviembre 20), adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, entrada en vigor: 2 de septiembre de 1990, Naciones Unidas. <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>
- De Verda y Beamonte, J. R. (2016). “Los derechos fundamentales de la personalidad como categoría única”, en Pérez Fuentes, Gisela María (Coord.), Temas Actuales de Estudios Jurídicos. Tirant lo Blanch.
- Frías S. M., (2014). “Ámbitos y formas de violencia contra mujeres y niñas: evidencias a partir de las encuestas”. Revista Acta sociológica, (65), consultado el 28 de junio de 2022. <http://revistas.unam.mx/index.php/ras/article/view/46663/42076>
- González, N. & Rodríguez, S. (2011). “¿Menor o niños, niñas o adolescentes?” un tópico a discutir. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, (5) consultado el 28 de junio de 2022. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3011/9.pdf>
- Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (2014, diciembre 4), publicada en el Diario Oficial de la Federación. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lgdnn/LGDNNA_orig_04dic14.pdf
- Mascareñas, L. (2014). “Identificación de transgresiones a los derechos del niño en un grupo de menores con sospecha de maltrato infantil”, [Tesis especialidad, UNAM] Repositorio institucional. <http://132.248.9.195/ptd2015/enero/0724834/0724834.pdf>
- Rivero, F. (2007). “El interés del menor”. Ed. Dykinson, 2da. Edición, consultado el 28 de junio de 2022. <https://books.google.com.mx/>

- Sistema Nacional de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, SIPINNA, (2021), Informe de avance y de resultados 2020-2021, Programa Nacional de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes 2020-2021 (PRONAPINNA). consultado el 28 de junio de 2022. https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/636316/Tercer_Informe_de_Avances_y_Resultados_Acciones_Indispensables_actualizado_Abril_2021.pdf
- Tesis: I.9o.P.1 CS (11a.). (2022, mayo). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Registro: 2024705
- Tesis 1a. XLIX/2020 (10a.). (2020, noviembre). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Registro: 2022436
- Tesis I.9o.P.174 P (10a.). (2018). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Registro: 2016128
- Tesis 2a. CXXXVI/2016 (10a.). (2017). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Registro: 2013386
- UNICEF México, (2021), “Protección a la niñez y adolescencia”, Página web oficial. Consultado el 28 de junio de 2022. <https://www.unicef.org/mexico/protección-la-niñez-y-adolescencia>.
- UNICEF México, (2017), “Informe Anual México”. Consultado el 28 de junio de 2022. <https://www.unicef.org.mx/Informe2017/Informe-Anual-2017.pdf>