



Julio-diciembre de 2018

DERECHOS (CONTROL DE CONVENCIONALIDAD)
HUMANOS DISCRIMINACION
Personas migrantes VIDAS
DISCAPACIDAD salud JUSTICIA territorial

métodhos, Revista Electrónica de Investigación Aplicada en Derechos Humanos de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF), año 8, núm. 15, julio-diciembre de 2018, es una publicación semestral editada por la CDHDF a través del Centro de Investigación Aplicada en Derechos Humanos (CIADH). Avenida Universidad 1449, colonia Pueblo Axotla, alcaldía Álvaro Obregón, 01030 Ciudad de México, tel.: 55 52295600, exts.: 2437 y 2208, <<http://cdhdfbeta.cd hdf.org.mx>>.

Reserva de Derechos al Uso Exclusivo núm. 04-2011-061509513000-203. ISSN 2007-2740, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Fecha de la última actualización: junio de 2018.

La finalidad de la revista es publicar temas de agenda e innovación en derechos humanos, para lo cual se recabarán artículos que reflejen los puntos de vista de personas investigadoras, docentes o estudiantes en la materia; por ello, las opiniones expresadas por las y los autores no reflejan la postura de la CDHDF. *métodhos* se dirige a las personas interesadas en el estudio, protección, promoción, difusión y defensa de los derechos humanos.

Los artículos que integran la revista *métodhos* son inéditos; son sometidos a un proceso de dictaminación mediante el sistema de arbitraje ciego por pares a través de dos árbitros especialistas en el campo que corresponda, y externos a la institución editora.

Comité Editorial: Eva Alcántara Zavala, Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Xochimilco (México); Karina Ansolabehere, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (México); María del Pilar Berrios Navarro, Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Xochimilco (México); José Alfonso Bouzas Ortiz, Instituto de Investigaciones Económicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (México); Francisco Javier Conde González, Centro de Investigación Aplicada en Derechos Humanos de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (México); Domitille Marie Delaplace, Centro de Investigación Aplicada en Derechos Humanos de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (México); Lawrence Salomé Flores Ayvar, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (México); Rubén Rabindranath García Clarck, Colegio de Humanidades y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma de la Ciudad de México (México); Isaí González Valadez, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México (México); Volga de Pina Ravest, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Sede México (México); Javier Urbano Reyes, Departamento de Estudios Internacionales de la Universidad Iberoamericana, Ciudad de México (México), y Miguel Ángel Vértiz Galván, Universidad Pedagógica Nacional (México).

Editor responsable: Francisco Javier Conde González. Editora adjunta: Domitille Marie Delaplace. Coordinación editorial: María del Rocío Galindo Ortega y Daniela Sánchez Monroy. Corrección de estilo y revisión de pruebas: Karina Rosalía Flores Hernández. Diseño y formación: Ana Lilia González Chávez y Gladys López Rojas. Cuidado de la edición: Karina Rosalía Flores Hernández. Desarrollo web: Jorge Cordero Pérez.

Para visualizar la versión completa de la Convocatoria y de la Política Editorial de la revista electrónica *métodhos* consulte la página web <<http://revistametodhos.cd hdf.org.mx>> y para el envío de artículos o mayor información comuníquese al teléfono 55 52295600, exts. 2437 y 2208, o escriba al correo electrónico <revistametodhos@cd hdf.org.mx>.

Indexada en:



La Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal autoriza a toda persona interesada el reproducir total o parcialmente el contenido e imágenes de la publicación, siempre que en su utilización se cite invariablemente la fuente correspondiente.

CONTENIDO

Presentación

Nashieli Ramírez Hernández

5

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

Violaciones de derechos humanos en retenes militares: el caso de Bonfilio Rubio Villegas

Violation of human rights in military checkpoints: the case of Bonfilio Rubio Villegas

Salvador Leyva Morelos Zaragoza

8

El juicio de amparo contra exclusiones legislativas: sobre la interrupción legal del embarazo en México

The *amparo*'s process against excluding legal structures: on the legal termination of pregnancy in Mexico

Gerardo Mata Quintero

29

El acceso a la educación superior como un derecho humano: comparación entre Argentina y México

Access to higher education as a human right: comparison between Argentina and Mexico

Josefina Patiño Salceda

54

El derecho a la salud de las personas migrantes en México: una revisión de la accesibilidad a través del Seguro Social y del Seguro Popular

The right to health of migrants in Mexico: a review of accessibility through Seguro Social and Seguro Popular

Mauro Pérez Bravo

78

Reseñas

Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. *Informe especial. Crecimiento urbano y derechos humanos en la Ciudad de México*. México: CDHDF/Seciti, 2018.

Roberto Muñoz Cruz

104

Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. *Informe especial. El estado que guarda la garantía de los derechos humanos de las personas damnificadas por el sismo de septiembre de 2017 en la Ciudad de México. Radiografía a un año del desastre*. México: CDHDF, 2018.

Mayra Ortiz Ocaña

112

Convocatoria

123

PRESENTACIÓN

núm. 15 Julio-diciembre de 2018

<http://revistametodhos.cdhdh.org.mx>

métodhos. Revista electrónica de investigación aplicada en derechos humanos constituye un baluarte por impulsar y difundir investigación especializada multidisciplinaria con enfoque de derechos humanos.

Una de las premisas de la investigación no sólo es producir conocimiento útil, confiable y actualizado, sino también contribuir con la sociedad a través de su amplia difusión y accesibilidad. Es así que la revista *métodhos* tiene el propósito ineludible de trabajar de una manera sólida y con excelencia en beneficio de la comunidad académica y de todas las personas interesadas y comprometidas con el respeto, protección, garantía y promoción de los derechos humanos.

Desde su primera edición en diciembre de 2011, la publicación periódica de los 15 primeros números de la revista *métodhos* ha sido posible gracias al acompañamiento e impulso de su Comité editorial, integrado por personas académicas y especialistas en investigación con perspectiva de derechos humanos; a los esfuerzos y constancia de su equipo coordinador, que garantiza la observancia de los estándares editoriales más altos; así como a las y los autores que han compartido sus trabajos, confiando en la calidad y excelencia de la revista.

El empeño y constancia de todas las personas involucradas en este proyecto editorial novedoso e inédito, es el que nos permite presentar en esta ocasión, el decimoquinto número.

Esta edición se integra con cuatro artículos y dos reseñas que abordan diversos tópicos de la agenda de derechos humanos, y aportan análisis rigurosos y profundos desde los estándares más altos de protección de los derechos humanos.

El primer artículo titulado “Violaciones de derechos humanos en retenes militares: el caso de Bonfilio Rubio Villegas”, de la autoría de Salvador Leyva Morelos Zaragoza, contribuye al respeto y la promoción de los derechos humanos al estudiar la coyuntura de militarización de la seguridad pública en México. Desde el estudio de un caso presenta una discusión normativa, especialmente a través de la aplicación de un *test* para validar la legalidad, la necesidad y la proporcionalidad de la restricción al derecho a la libre circulación, que con-

llevan los retenes militares y puestos de control, conforme a los criterios establecidos por distintas cortes e instituciones internacionales en materia de derechos humanos, así como por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. El autor nos pone en un contexto donde es necesario visibilizar no sólo la inconstitucionalidad de los retenes militares, sino también sus implicaciones en razón de la perpetración de violaciones a otros derechos humanos.

Enseguida, en el segundo artículo “El juicio de amparo contra exclusiones legislativas: sobre interrupción legal del embarazo en México”, su autor Gerardo Mata Quintero advierte que la mayoría de las leyes de salud del país no contempla la interrupción del embarazo como un servicio de salud, aún en aquellos casos previstos en las normas penales. El texto describe esta situación de exclusión legislativa, las problemáticas que se derivan de ella y su efecto en la violación de los derechos humanos de las mujeres. Con base en estos argumentos se propone y analiza el juicio de amparo como una posibilidad para el acceso a la justicia de las mujeres y como mecanismo para la transformación de las condiciones históricas de subordinación de este colectivo.

La tercera contribución de la autora Josefina Patiño Salceda, con el tema “El acceso a la educación superior como un derecho humano: comparación entre Argentina y México”, aborda un tema fundamental de la agenda de la educación superior en nuestro país: el acceso. Se analiza la accesibilidad a la educación superior como un derecho humano, a través de una comparación entre los sistemas de educación superior en México y Argentina. El análisis sustancioso pone en relieve la obligatoriedad que tiene el Estado en el cumplimiento del derecho humano a la educación, así como los retos identificados por organismos internacionales de protección, con el fin de mejorar la garantía del derecho humano a la educación superior en ambos países, siendo México el que debe generar mayores condiciones para hacer valer el disfrute de este derecho.

En el último artículo intitulado “El derecho a la salud de las personas migrantes en México: una revisión de la accesibilidad a través del Seguro Social y del Seguro Popular”, Mauro Pérez Bravo propone un análisis del ejercicio del derecho a la salud de las personas migrantes que transitan por México, particularmente a partir del elemento de accesibilidad de los servicios de salud en dos casos particulares: los servicios que proporcionan el Instituto Mexicano del Seguro Social y el programa del Seguro Popular. Se evidencian algunas de los limitantes que encuentran las personas migrantes en el ejercicio de ese derecho, y se proponen una serie de recomendaciones concretas para realizar mejoras en la normatividad aplicable.

Este número 15 cierra con las reseñas de dos obras editadas por la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal; la primera es sobre el *Informe especial. Crecimiento Urbano y Derechos Humanos en la Ciudad de México*, donde Roberto Muñoz Cruz subraya los aportes

de este documento al darle contenido a las obligaciones del Estado de respetar, proteger, promover y garantizar el derecho a la ciudad y apostar al diseño de políticas públicas para la gestión urbana con el enfoque de los derechos humanos. Algunos aspectos que subraya el autor e invita a profundizar son la desarticulación institucional que prevalece en materia de planeación, la falta de consulta a los pueblos originarios de la Ciudad de México, la prevalencia de los intereses políticos en torno al territorio de la ciudad y la desconfianza social que prevalece. Elementos que deben ponerse en relieve bajo la presencia de un evento sísmico como el ocurrido el 19 de septiembre de 2017, que es motivo para reflexionar y valorar la capacidad de respuesta preventiva con la que se planifica la capital del país.

La segunda reseña en torno al *Informe especial sobre el estado que guarda la garantía de los derechos humanos de las personas damnificadas por el sismo del 19 de septiembre de 2017 en la Ciudad de México*, es de Mayra Ortiz Ocaña, quien celebra que este análisis situacional reconozca que los desastres son una construcción social y que los Estados tienen la obligación de mitigar al máximo los daños que puedan generar estos eventos en las personas. Otro aspecto que se resalta es el abordaje de la situación de las personas damnificadas, como el desplazamiento forzado, aplicando los estándares más altos del derecho internacional para su protección. A partir de los resultados del proyecto Documenta desde Abajo 19s, la autora pone en relieve otros elementos para enriquecer el análisis, a saber: la identificación de violaciones en torno a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales; el enfoque diferenciado por razones económicas, de género y diferencias étnicas; y las obligaciones de progresividad y no regresividad. Lo anterior recalando que la ampliación de visión hacia más derechos y problemáticas busca contribuir al mejoramiento de la situación de las personas damnificadas.

Las aportaciones de las y los autores en este número 15 contribuyen indudablemente al análisis, discusión y reflexión en torno al ejercicio de los derechos humanos. Les agradezco haber compartido estas contribuciones académicas, así como a las personas especialistas que participaron en su revisión y dictaminación, y a nuestra comunidad de lectoras y lectores, deseando que estas aportaciones contribuyan a fortalecer la cultura de respeto a los derechos humanos en la Ciudad de México, en el país y en la región latinoamericana.

Nashieli Ramírez Hernández

Presidenta de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal

Violaciones de derechos humanos en retenes militares: el caso de Bonfilio Rubio Villegas

Violation of human rights in military checkpoints: the case of Bonfilio Rubio Villegas

Salvador Leyva Morelos Zaragoza*

Mecanismo Especial de Seguimiento para Nicaragua de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Managua, Nicaragua.
sleyvamz@gmail.com

Recibido: 18 de julio de 2018

Dictaminado: 4 de octubre de 2018

* Licenciado en Derecho por la Universidad Marista de Mérida (México) y maestro en Derecho Internacional de los Derechos Humanos (*legum magister cum laude*) por la Universidad de Notre Dame (Estados Unidos). Actualmente es especialista en terreno del Mecanismo Especial de Seguimiento para Nicaragua de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Es autor de diversas publicaciones sobre derechos humanos en México y el extranjero.

La opinión expresada en este texto es responsabilidad exclusiva del autor, por lo que no refleja necesariamente la postura de las instituciones en las que colabora.

Resumen

El presente trabajo aborda la naturaleza de los retenes militares a raíz de la presentación del caso Bonfilio Rubio Villegas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como restricción al derecho de circulación, a la luz de los estándares nacionales e internacionales en materia de derechos humanos, así como las consecuencias que éstos tienen en la afectación de otros derechos. Se sostiene que los retenes militares no cumplen con los requisitos de legalidad, necesidad y proporcionalidad que deben revestir todas las restricciones al derecho de circulación.

Palabras clave: derechos humanos, derecho de circulación, militarización.

Abstract

This work addresses the nature of military checkpoints, following the presentation of the Bonfilio Rubio Villegas case before the Inter-American Commission on Human Rights, as a restriction on the freedom of movement, in light of national and international human rights standards in the matter, as well as the consequences that military checkpoints have on other rights. It is sustained that military checkpoints do not comply with the requirements of legality, necessity and proportionality that all restrictions on the freedom of movement must have.

Keywords: human rights, freedom of movement, militarization.

Sumario

I. Introducción; II. Violación del derecho de circulación mediante el establecimiento de retenes militares: a) el requisito de legalidad, b) el requisito de necesidad y c) el requisito de proporcionalidad; III. Conclusión; IV. Bibliografía.

I. Introducción

El 20 de junio de 2009 Bonfilio Rubio Villegas, indígena nuaa originario de la comunidad de Tlatzala, fue ejecutado en un retén militar mientras se encontraba a bordo del autobús en el que viajaba, cerca de la ciudad de Huamuxtitlán, Guerrero, durante una “revisión de rutina”; a la fecha su muerte continúa impune.¹ Su caso fue presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) el 2 de enero de 2017 por parte del Centro de Derechos Humanos de la Montaña, Tlachinollan; el Centro de Derechos Humanos José María Morelos y Pavón, y la organización Robert F. Kennedy Human Rights.²

El caso del señor Bonfilio Rubio representa uno de tantos en los que las violaciones graves a los derechos humanos se han cometido en retenes militares, y éstas no son escasas ni recientes en México. No se debe olvidar que desde 2009 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) evidenció la forma en que el señor Rosendo Radilla Pacheco fue detenido frente a su hijo en un retén militar y posteriormente desaparecido de manera forzada, sin que hasta la fecha se conozca su paradero.³ Asimismo, entre 2006 y junio de 2018 la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) emitió por lo menos 13 recomendaciones dirigidas a distintas autoridades castrenses por violaciones graves a los derechos humanos cometidas en retenes militares o “puestos de control”. Las violaciones configuradas incluyen detenciones ilegales o arbitrarias; actos de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; desapariciones forzadas y/o ejecuciones extrajudiciales.⁴

¹ Tlachinollan, Centro de Derechos Humanos de la Montaña, “La ejecución extrajudicial de Bonfilio Rubio Villegas: otra historia de impunidad castrense”, Nota informativa, junio de 2012.

² Tlachinollan, Centro de Derechos Humanos de la Montaña, “ONG’s denuncian ante la CIDH ejecución extrajudicial de indígena nuaa por parte del ejército mexicano”, Comunicado del 12 de enero de 2017.

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Radilla Pacheco vs. México (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, Sentencia del 23 de noviembre de 2009, serie C, núm. 209, párrs. 124, 125 y 150.

⁴ Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Recomendación 77/2017, Caso de la detención arbitraria, desaparición forzada y ejecución arbitraria de V1, V2, V3 y V4, en el Poblado Control de Matamoros, Tamaulipas, México, 2017; Recomendación 11/2016, Caso de la detención arbitraria, desaparición forzada y ejecución arbitraria en agravio de V1 en Anáhuac, Nuevo León, México, 2016; Recomendación 10/2016, Caso de la detención arbitraria, retención y cateo ilegales, así como tratos crueles en agravio de V1, V2 y V3 en Piedras Negras, Coahuila, México, 2016; Recomendación 15/2013, Caso de detención arbitraria, retención ilegal y tortura en agravio de “V1” y retención ilegal en agravio de “V2”, por parte de elementos de la Secretaría de Marina en el estado de Veracruz, México, 2013; Recomendación 22/2011, Caso de privación de vida de V5 y atentados contra la integridad personal de V1, V2, V3 y V4, México, 2011; Recomendación 10/2011, sobre los hechos ocurridos en agravio de V1, V2, V3, V4, V5, V6 y V7, en el municipio de Apodaca, Nuevo León, México, 2011; Recomendación 8/2011, Caso de privación de la vida de V1 y retención ilegal en agravio de V2, en el municipio de Huamuxtitlán, Guerrero, México, 2011; Recomendación 50/2010, Caso de tortura de V1 y V2, México, 2010; Recomendación 43/2010, Caso del atentado a la vida de “V1”, México, 2010; Recomendación 36/2010, Caso de los hechos ocurridos en agravio de los menores Martín Almanza Salazar, Brayan Almanza Salazar, y otros, en el estado de Tamaulipas, México, 2010; Recomendación 48/2009, Caso de señor (omitido), en el municipio

El presente trabajo tiene como objetivo demostrar que los retenes militares o puestos de control constituyen una restricción al derecho de circulación carente de los requisitos de legalidad, necesidad y proporcionalidad, que a su vez deriva en otras violaciones a los derechos humanos. Para arribar a dicha conclusión se analizan cada uno de los requisitos mencionados conforme a los criterios nacionales e internacionales en materia de derechos humanos.

II. Violación del derecho de circulación mediante el establecimiento de retenes militares

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consagra el derecho de circulación en su artículo 11, cuya parte referente a los propósitos del presente trabajo establece que “[t]oda persona tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes”; dicha prerrogativa está subordinada a “las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa”, estableciendo como supuestos para ésta última “las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país”.⁵

Por su parte, el artículo 22, numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) señala que “[t]oda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales”.⁶ Los límites a las restricciones al derecho de circulación están enlistados en el artículo 22, numeral 3, siendo éstos los requisitos de legalidad, necesidad y proporcionalidad.⁷

de San Dionisio Ocotepéc, Tlacolula, en el estado de Oaxaca, México, 2009; Recomendación 35/2008, Caso de los señores Sergio Meza Varela y José Antonio Barbosa Ramírez, en Reynosa, en el estado de Tamaulipas, México, 2008; y Recomendación 34/2008, Caso del menor Víctor Alfonso de la Paz Ortega y del joven Juan Carlos Peñaloza García, en el municipio de Huetamo, en el estado de Michoacán, México, 2008.

⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (*Diario Oficial de la Federación*, última reforma del 15 de septiembre de 2017), artículo 11.

⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada y suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969, artículo 22, numeral 1.

⁷ “3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás”. Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 22, numeral 3, véase también, Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Andrade Salmón vs. Bolivia (Fondo, Reparaciones y Costas)”, Sentencia del 1 de diciembre de 2016, serie C, núm. 330, párr. 141.

La Corte IDH adoptó como propio el criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y estableció que las simples restricciones a la libertad de circulación no constituyen una hipótesis de privación a la libertad física, cuya diferencia es meramente de grado o de intensidad y no de naturaleza o de esencia, y que para definir tal diferencia es necesario efectuar un análisis en el caso concreto, teniendo en cuenta un conjunto de criterios como la naturaleza, la duración, los efectos y el modo de ejecución de la medida en cuestión.⁸

Sin embargo, en casos como *Andrade Salmón vs. Bolivia* (2016),⁹ *Liakat Ali Alibux vs. Surinam* (2014)¹⁰ o *Ricardo Canese vs. Paraguay* (2004),¹¹ la Corte Interamericana enfocó su análisis en las restricciones al derecho de circulación, en el marco de procesos penales que se instruían en contra de las víctimas en dichos casos, que por lo general no es el caso de las violaciones cometidas en los retenes militares o puestos de control. Ello no significa que las restricciones al derecho de circulación, aun cuando sean implementadas fuera del marco de procesos penales, no deban seguir el *test* establecido para aquéllas, es decir, cumplir con los requisitos de legalidad, necesidad y proporcionalidad, todos ellos dentro de una sociedad democrática, pues esto surge directamente del texto convencional del artículo 22, numeral 3, de la CADH. En razón de lo anterior, en el presente trabajo se efectúa el análisis de la restricción al derecho de circulación bajo dichos criterios.

a) El requisito de legalidad

No es claro el fundamento legal de los retenes militares y los puestos de control en México, y ello ha sido comprobado por instituciones internacionales en materia de derechos humanos. En 2002, tras su visita a México, el Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria de las Naciones Unidas observó, en cuanto a la relación entre operativos de seguridad y detención arbitraria,

⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, “Caso Guzzardi vs. Italia”, Sentencia del 6 de noviembre de 1980, núm. 7367/76, párrs. 92 y 93; “Caso Engel y otros vs. Países Bajos”, Sentencia del 8 de junio de 1976, serie A, núm. 22, párrs. 58 y 59; y “Caso Buzadji vs. Moldavia”, núm. 23755/07, Gran Sala, Sentencia del 5 de julio de 2016, párr. 104; citados en Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Andrade Salmón vs. Bolivia (Fondo, Reparaciones y Costas)”, párr. 144.

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Andrade Salmón vs. Bolivia (Fondo, Reparaciones y Costas)”, párrs. 138 al 150.

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, Sentencia del 30 de enero de 2014, serie C, núm. 276, párrs. 129 al 136.

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Ricardo Canese vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)”, Sentencia del 31 de agosto de 2004, serie C, núm. 111, párrs. 110 al 135.

la tolerancia de ciertas prácticas policiales que no tienen una base legal clara o precisa y que favorecen las detenciones arbitrarias, cuya mayoría parecen resultar del recurso frecuente a lo que se denomina *'revisión y vigilancia rutinarias'*, redadas con cierta periodicidad, bajo la apariencia de acciones preventivas contra la delincuencia en general, así como de arrestos basados en *'denuncias anónimas'* o en *'actitudes sospechosas'*, en la observación de un *'marcado nerviosismo'*, y sin que se notifique al interesado cuáles son las razones de su detención aunque, al mismo tiempo, se solicite su cooperación. La posible combinación de estas prácticas con la eventual campaña a favor de la *'tolerancia cero'* corre el riesgo de agravar los efectos nefastos de estas detenciones.¹² (El texto en cursiva es énfasis del autor.)

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha sido reacia en resolver sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los retenes militares.¹³ En 2007 la SCJN tuvo la oportunidad de pronunciarse al respecto –mas no lo hizo– en el amparo directo en revisión 498/2006, cuyo proyecto inicial pretendía, en palabras del ministro José Ramón Cossío Díaz

que el Pleno, en caso de que [el amparo directo en revisión] se estimara procedente el asunto, se pronunciara sobre un tema tan relevante como es el de los retenes carreteros, en virtud de que involucra a diversas fuerzas de seguridad pública e inclusive al ejército mexicano y tendría algunas consecuencias y algunos matices en la forma de interpretación de diversos preceptos constitucionales.¹⁴

El Pleno votó, por mayoría, por la improcedencia del amparo directo en revisión,¹⁵ y así se plasmó en la sentencia definitiva.¹⁶ Sin embargo, cabe rescatar algunos de los argumentos asentados por el ministro Cossío Díaz en su voto particular.¹⁷ En opinión del ministro, y en concordancia con los criterios de la Corte IDH y el TEDH antes señalados, cualquier acto administrativo encaminado a proteger la seguridad o salud públicas –como son los “retenes”–, que genere un acto de molestia, debe constar por escrito, ser emitido por la autori-

¹² Organización de las Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, E/CN.4/2003/8/Add.3, Los derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones de la tortura y la detención. Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria acerca de su visita a México, 17 de diciembre de 2002, 41 y 42.

¹³ Miguel, Carbonell, “La Corte y los retenes militares”, *El Universal*, 20 de abril de 2007.

¹⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Sesión Pública Ordinaria, celebrada el 17 de abril de 2007”, Tribunal en Pleno, versión taquigráfica: 3 y 4.

¹⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Sesión Pública Ordinaria, celebrada el 17 de abril de 2007”, 56.

¹⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Amparo directo en revisión 498/2006”, Sentencia del 17 de abril de 2007.

¹⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Voto particular que formula el ministro José Ramón Cossío Díaz en el amparo directo en revisión 498/2006”, Sentencia del 17 de abril de 2007.

dad competente, y estar debidamente fundado y motivado “de modo que se dé cuenta del motivo de su emisión y del tipo de actuaciones que su ejecución pueda implicar”.¹⁸

En cuanto a la instalación de retenes, señaló que el fin habilitante y las autoridades competentes de los mismos constituyen “la salvaguarda de la seguridad pública”, sin que sea admisible constitucionalmente “un criterio que propicie la proliferación y fortalecimiento de fenómenos que atenten gravemente contra los integrantes del cuerpo social, así como de cualquier otro que favoreciera la arbitrariedad de los órganos del Estado que, so pretexto de la seguridad pública, pudieran vulnerar las garantías individuales”, por lo que debe existir un equilibrio entre la defensa plena de las garantías individuales y seguridad pública al servicio de aquéllas.¹⁹ Enfatizó que

[L]a aplicación de los lineamientos dispuestos en los planes, programas o campañas correspondientes, por parte de las autoridades civiles o (excepcionalmente) militares competentes, deberá traducirse en la emisión de actos administrativos de autoridad que, por escrito, funden y motiven tanto la causa legal como el objetivo y los alcances de las actuaciones administrativas a realizar.²⁰

Seguidamente, el ministro Cossío Díaz se refirió a la *fundamentación, motivación y proporcionalidad* que debe revestir la implementación de los retenes. El requisito de que el acto administrativo conste por escrito precisa que “el resto de las condiciones que el mismo ha de cumplir deben ser conocidas por los ciudadanos que resentirán sus efectos”, dicha exigencia “permitirá a éstos conocer la fundamentación y la motivación legal del mismo y la autoridad de que proviene”. En cuanto a la *fundamentación*, señaló que ésta “deberá demostrar tanto la competencia de las autoridades emisoras como la de todas las involucradas en la ejecución del mismo”.²¹ Respecto a la *motivación*, puntualizó que los actos deben establecer la “causa, finalidad, modo de implementación y efectos previstos, todo lo cual permitirá trazar la adecuada correlación entre las normas jurídicas fundantes y el caso concreto”. Por último, en lo atinente a la *proporcionalidad* del acto, adujo que

¹⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Voto particular que formula el ministro José Ramón Cossío Díaz en el amparo directo en revisión 498/2006”, 18.

¹⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Voto particular que formula el ministro José Ramón Cossío Díaz en el amparo directo en revisión 498/2006”, 20 y 21.

²⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Voto particular que formula el ministro José Ramón Cossío Díaz en el amparo directo en revisión 498/2006”, 25.

²¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Voto particular que formula el ministro José Ramón Cossío Díaz en el amparo directo en revisión 498/2006”, 25 y 26.

será imprescindible para determinar si la molestia que se genera a los ciudadanos con la instalación de un puesto de revisión, constituye una medida necesaria para alcanzar los objetivos públicos relevantes, y para realizar esta determinación, la autoridad judicial que conozca del asunto deberá partir de lo que venga expresado en la motivación del acto. El Estado no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcionado, a costa de una afectación innecesaria de los derechos fundamentales. La autoridad que deba examinar la legalidad y constitucionalidad del acto deberá por lo tanto tener los elementos necesarios para determinar, por ejemplo, si el lugar en el que se instaló el retén se encuentra razonablemente determinado o si por el contrario la actuación de la autoridad administrativa estaba diseñada para afectar en realidad a una persona determinada, o si las autoridades públicas partieron de algún hecho objetivo que descarte evite calificar de arbitraria la actuación de la autoridad. La motivación del acto debe proporcionarle todos los elementos que necesita para hacer este tipo de comprobaciones.²²

El ministro Cossío Díaz concluye en su voto que

para que resulte constitucional el acto de molestia consistente en la implementación de un retén será necesario que el mismo se encuentre contemplado como instrumento o herramienta necesaria dentro de un plan, programa o campaña emitido por la autoridad administrativa en el cual se procure la protección de un determinado bien jurídico.²³

El TEDH ha tenido escasas oportunidades de pronunciarse respecto de la restricción del derecho de circulación en relación con la implementación de retenes. En el caso *Timishev v. Russia* (2005) el peticionario, una persona de la etnia Chechen, alegó una violación al artículo 2º del Protocolo núm. 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos,²⁴ al no per-

²² Suprema Corte de Justicia de la Nación, "Voto particular que formula el ministro José Ramón Cossío Díaz en el amparo directo en revisión 498/2006", 26 al 28.

²³ Suprema Corte de Justicia de la Nación, "Voto particular que formula el ministro José Ramón Cossío Díaz en el amparo directo en revisión 498/2006", 38.

²⁴ "Artículo 2. Libertad de circulación. 1. Toda persona que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular libremente por él y a elegir libremente su residencia. 2. Toda persona es libre de abandonar cualquier país, incluido el suyo. 3. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, el mantenimiento del orden público, la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de terceros. 4. Los derechos reconocidos en el párrafo 1 podrán igualmente, en ciertas zonas determinadas, ser objeto de restricciones que, previstas por la ley, estén justificadas por el interés público en una sociedad democrática". Protocolo núm. 4 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, modificado por el Protocolo núm. 11, Estrasburgo, 16 de septiembre de 1963, Roma, 4 de noviembre de 1950, y en los artículos 1 al 3 del Primer Protocolo adicional al Convenio, París, 20 de marzo de 1952, artículo 2º.

mitírsele el acceso a una de las regiones de Rusia, mediante un retén policiaco (*checkpoint*) establecido con base en la normativa policial.²⁵

El TEDH estableció que una restricción a la libertad de circulación debe estar prevista en la ley, perseguir uno o más de los fines legítimos contemplados en el tercer párrafo del artículo 2º antes citado, y ser necesaria en una sociedad democrática; cuando la restricción es aplicada únicamente en áreas particulares debe estar justificada en el interés de una sociedad democrática conforme al párrafo 4 del mismo artículo.²⁶

El gobierno de Rusia argumentó que la restricción fue impuesta para salvaguardar la seguridad pública,²⁷ conforme a la sección 11(22) de la Ley de Policía.²⁸ El TEDH señaló que no estaba obligado a decidir sobre si la situación política y social entre las dos regiones de Rusia al momento de los hechos requerían el establecimiento de retenes en una carretera federal, por lo que se limitó a resolver sobre las circunstancias específicas del caso –la legalidad de la restricción a la circulación del peticionario–, a lo que concluyó, basándose en la investigación hecha por el fiscal nacional, que la restricción no fue establecida conforme a la ley. Por ende, el tribunal decidió no analizar si la restricción era necesaria en una sociedad democrática.²⁹

En un caso similar, *Gartukayev v. Russia* (2005),³⁰ donde al peticionario también se le negó el paso entre dos regiones de Rusia mediante un retén (*checkpoint*), el TEDH declaró violado el artículo 2º del Protocolo núm. 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. A diferencia del caso anterior, la orden fue emitida por el ministro interior de Kabardino-Balkaria, sin embargo, el tribunal aplicó el mismo criterio y consideró que la orden emitida por el ministro interior no cumplió el requisito de legalidad, al no tener la calidad de *ley* conforme al sistema legal nacional.³¹

²⁵ European Court of Human Rights, “Case of Timishev v. Russia”, Judgment (Merits and Just Satisfaction), December 13th of 2005, Court (Second Section)55762/00, 55974/00, párrs. 24, 27 y 29.

²⁶ European Court of Human Rights, “Case of Timishev v. Russia”, párr. 37.

²⁷ European Court of Human Rights, “Case of Timishev v. Russia”, párr. 38.

²⁸ “La Sección 11(22) de la Ley de Policía provee que la policía puede restringir o prohibir temporalmente la circulación de vehículos o peatones en las calles o caminos, negar el acceso a áreas o lugar específicos, o requerir a las personas a permanecer en o retirarse de áreas o lugares específicos, para la protección de la salud, vida, o propiedad de los ciudadanos, o por estar llevando a cabo operaciones de investigación o búsqueda”. Texto original: “Section 11(22) of the Police Act provides that the police may temporarily restrict or prohibit the circulation of vehicles or pedestrians on the streets or roads, or refuse access to specific areas or places, or require people to remain in or leave specific areas or places, for the protection of citizens’ health, life or property or for carrying out investigative or search operations”. European Court of Human Rights, “Case of Timishev v. Russia”, párr. 32.

²⁹ European Court of Human Rights, “Case of Timishev v. Russia”, párrs. 39 al 41.

³⁰ European Court of Human Rights, “Case of Gartukayev v. Russia”, Judgment (Merits and Just Satisfaction), December 13th of 2005, Court (Second Section), 71933/01.

³¹ European Court of Human Rights, “Case of Gartukayev v. Russia”, párrs. 13, 18, 21 y 22.

Finalmente, en el caso *Gillan and Quinton v. The United Kingdom* (2010) el TEDH tuvo la oportunidad de analizar la legislación antiterrorista implementada en el Reino Unido, que facultaba a las autoridades policíacas a detener e inspeccionar a las personas de manera aleatoria, bajo una amplia gama de supuestos.³² La parte peticionaria en dicho caso alegó que la posibilidad de que las personas sean detenidas e inspeccionadas por la policía constituía una violación al derecho a la libertad y seguridad, al respeto a la vida privada y familiar, a la libertad de expresión y a la libertad de reunión y asociación.³³

Entre otras determinaciones, el TEDH evaluó si la interferencia alegada como violatoria de derechos humanos se realizó conforme a la ley (*in accordance with the law*), y concluyó que existía un claro riesgo de arbitrariedad, al garantizar una discreción tan amplia a la policía, la cual, además, según las estadísticas, se había utilizado con base en perfiles raciales.³⁴

Bajo este tenor y conforme a los estándares señalados, una vez que la CIDH admita el caso relativo a la ejecución extrajudicial del señor Bonfilio Rubio, corresponderá al Estado mexicano demostrar ante dicha Comisión que la implementación del retén militar que se estableció en el cruce de Santa Cruz, Huamuxtitlán, Guerrero, que estaba en funciones el 20 de junio de 2009, constó por escrito, fue emitido por la autoridad competente para ello y estuvo debidamente fundado y motivado, es decir, establecía cuál era el fin por el que se estableció, la metodología, las personas que intervendrían y las razones que ameritaba la implementación de una medida restrictiva del derecho a la circulación, no sólo del señor Bonfilio Rubio, sino de todas y todos los pasajeros y el conductor que se encontraban en el momento de su “revisión”.

b) El requisito de necesidad

A continuación se sostiene porqué la restricción al derecho de circulación a través de retenes militares y puestos de control, además de ser ilegal, es innecesaria. Lo anterior se asevera pues, tanto la CIDH como otros organismos internacionales en materia de derechos humanos han sido enfáticos, en lo general y específicamente respecto a México, en que los militares no deben realizar las funciones que corresponden a las autoridades civiles; la misma Constitución mexicana así lo establece en su artículo 21, el cual señala que “[l]as

³² European Court of Human Rights, “Case of Gillan and Quinton v. The United Kingdom”, Judgment (Merits and Just Satisfaction), January 12nd of 2010, Court (Fourth Section), 4158/05, párrs. 25 al 36.

³³ European Court of Human Rights, “Case of Gillan and Quinton v. The United Kingdom”, párrs. 49 y 54.

³⁴ European Court of Human Rights, “Case of Gillan and Quinton v. The United Kingdom”, párrs. 85 y 87.

instituciones de seguridad pública serán de carácter civil, disciplinado y profesional”,³⁵ y se considera debe leerse en relación con el artículo 129 constitucional, que establece que “[e]n tiempo de paz, ninguna autoridad militar puede ejercer más funciones que las que tengan exacta conexión con la disciplina militar”.³⁶

El caso del señor Bonfilio Rubio, –y muchos otros que han sido objeto de recomendaciones por parte de la CNDH (*supra*)– se enmarca en un contexto de militarización del Estado mexicano, en el cual, como ha determinado la CIDH, incluye

la atribución a las fuerzas armadas de roles que corresponderían a las fuerzas policiales civiles y el despliegue de operativos conjuntos entre las fuerzas armadas y las instituciones de seguridad estatales y municipales en distintas partes del país, han dado lugar a mayores violaciones de derechos humanos.³⁷

Tras su visita a México, en marzo de 2011, el Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias señaló que, tras la decisión del gobierno federal de 2006, en torno a desplegar a las fuerzas armadas para realizar labores de seguridad pública, constató que

las Fuerzas Armadas no se limitan a actuar como auxiliares de las autoridades civiles y a aceptar sus órdenes [...] sino que realizan tareas que corresponden exclusivamente a las autoridades civiles. Estas operaciones consisten en el despliegue de miles de militares en zonas urbanas o en puntos estratégicos como carreteras y *puestos de control* y el registro de casas, individuos y automóviles, en muchas ocasiones sin contar con una orden judicial dictada por una autoridad civil competente.³⁸ (El texto en cursiva es énfasis agregado del autor.)

Asimismo, notó cómo “[l]a lógica y entrenamiento del ejército y la policía son diferentes y por lo tanto los operativos militares desplegados en el contexto de la seguridad pública deben ser estrictamente restringidos y adecuadamente supervisados por autoridades civiles”. Además, señaló la falta de información en relación con “la existencia e implementación de mecanismos de supervisión del uso de la fuerza por elementos policiales y militares”.³⁹

³⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 21.

³⁶ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 129.

³⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 44/15, Situación de los derechos humanos en México, 31 de diciembre de 2015, 88.

³⁸ Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/19/58/Add.2, Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Adición. Misión a México, 20 de diciembre de 2011, 23.

³⁹ Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/19/58/Add.2, Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, 25 y 29.

El Grupo de Trabajo recomendó a México “considerar en el corto plazo el retiro de las fuerzas militares de las operaciones de seguridad pública y de la aplicación de la ley penal como una medida para prevenir las desapariciones forzadas”.⁴⁰ En su informe de seguimiento publicado en 2015, el Grupo de Trabajo reiteró su recomendación en el sentido de considerar “el retiro de las fuerzas militares de las operaciones de seguridad pública y aplicación de la ley penal”, y señaló que “la escasa reglamentación [sobre el uso de la fuerza por parte de algunas corporaciones civiles y militares] existente y la fuerza que se emplea sigue sin ajustarse necesariamente y en toda circunstancia a los estándares internacionales”.⁴¹

Es cierto que dichas medidas fueron recomendadas con un enfoque dirigido a la prevención del delito de desaparición forzada, pues ello es materia del mandato de dicho Grupo de Trabajo, sin embargo, ello no quiere decir que la fuente del problema, que la excesiva militarización resulte en otro tipo de delitos como detenciones arbitrarias o ilegales, ejecuciones extrajudiciales, desapariciones, tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Por su parte, tras la visita realizada entre abril y mayo de 2013, el relator especial de Naciones Unidas sobre las Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias celebró las declaraciones del entonces presidente Enrique Peña Nieto, en el sentido de que “las fuerzas armadas seguirán realizando una labor de seguridad pública hasta la aplicación de la nueva estrategia en materia de seguridad y justicia, la cual permitirá su retorno progresivo a los cuarteles”, sin embargo, también notó que era escasa la información sobre cómo se llevaría a la práctica.⁴² Asimismo, el relator observó que

es bien sabido que, en cualquier país, a los soldados que realizan labores policiales les cuesta mucho renunciar al paradigma militar. Por lo general, la forma en que han sido adiestrados hace que no sean aptos para mantener el orden público. El principal objetivo de un cuerpo militar es someter al enemigo valiéndose de la superioridad de su fuerza, mientras que el enfoque de derechos humanos, que debe ser el criterio para juzgar cualquier operación policial, se centra en la prevención, la detención, la investigación y el enjuiciamiento, y sólo contempla el uso de la fuerza como último recurso, permitiendo el recurso a la fuerza letal únicamente para evitar

⁴⁰ Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/19/58/Add.2, Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, 90 y 91.

⁴¹ Human Rights Council, A/HRC/30/38/Add.4, Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances. Addendum. Follow-up report to the recommendations made by the Working Group. Missions to Mexico and Timor Leste, 11 de septiembre de 2015, 25 y 28.

⁴² Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/26/36/Add.1, Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Sr. Christof Heyns. Adición. Misión a México, 28 de abril de 2014, 20.

la pérdida de vidas humanas. *El Relator Especial advierte que la aplicación de un enfoque militar al mantenimiento de la seguridad pública puede crear una situación en que la población civil se vea expuesta a toda una serie de atropellos.*⁴³ (El texto en cursiva es énfasis agregado del autor.)

Adicionalmente, el relator consideró que las múltiples quejas interpuestas ante la CNDH en contra de las fuerzas armadas evidencian “los riesgos que conlleva la asignación de tareas de protección de la seguridad pública a cuerpos militares”.⁴⁴ Es por dichas consideraciones que el relator recomendó a México adoptar “todas las medidas necesarias, con efecto inmediato, para que la defensa de la seguridad pública esté en manos de civiles y no de las fuerzas de seguridad militares”.⁴⁵

De las recomendaciones emitidas por las instituciones internacionales, se puede observar que, incluso en el extraño caso en que los retenes militares están legalmente establecidos conforme a los estándares internacionales y la normativa nacional, no son necesarios, pues no corresponde a las fuerzas castrenses llevar a cabo tareas de seguridad pública, las cuales recaen en la policía civil y otras autoridades. Si bien es cierto que el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias plantea la posibilidad de que las operaciones militares pueden ser llevadas a cabo en ciertos casos, éstos deben de ser estrictamente restringidos y adecuadamente supervisados por autoridades civiles, lo cual no ocurre en la mayoría de los casos, en donde los retenes militares actúan con plena “autonomía” y “discreción”, resultando en violaciones graves a los derechos humanos, que está por demás señalar que, en su mayoría, permanecen en la impunidad.

c) El requisito de proporcionalidad

Finalmente, aun en el inédito supuesto en el que el establecimiento de retenes militares estuviere acorde a los parámetros internacionales y nacionales con respecto a los requisitos de legalidad y necesidad, dicha restricción es a todas luces desproporcional.

⁴³ Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/26/36/Add.1, Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, 21.

⁴⁴ Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/26/36/Add.1, Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, 22.

⁴⁵ Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/26/36/Add.1, Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, 103.

Más de una docena de recomendaciones emitidas por la CNDH, así como otros casos documentados y reportados por medios de comunicación⁴⁶ demuestran la intrínseca relación entre la implementación de los retenes militares que realizan tareas de “supervisión”, “revisión”, o “inspección”, como medida de supuesta prevención de la comisión de delitos, y los derechos vulnerados, los cuales incluyen no solo el de circulación o tránsito, sino también –como se demostró *supra*– otros derechos como la vida, integridad y libertad personales. Debe tenerse en consideración, tal cual lo ha hecho la propia CIDH, la manera en que la “lucha contra el narcotráfico y la consecuente militarización de zonas del país ha resultado en varias ocasiones en un incremento de la violencia y de las violaciones a los derechos humanos”,⁴⁷ como lo ejemplifica la ejecución extrajudicial del señor Bonfilio Rubio, que resultó de una restricción a la libertad de circulación, ilegal, innecesaria y desproporcional.

A mayor abundamiento, en el caso *Gillan and Quinton v. The United Kingdom* (2010) referido líneas arriba, en el que TEDH analizó la legislación antiterrorista implementada en el Reino Unido al analizar el artículo 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos,⁴⁸ señaló que dicho precepto no regula únicamente la mera restricción de libertad de movimiento, lo cual corresponde al artículo 2º del Protocolo núm. 4 (no ratificado por el Reino Unido), y que para determinar si una persona fue privada de su libertad se debe analizar el caso concreto y tener en cuenta un amplio rango de criterios respecto al tipo de restricción, su duración, efectos y la manera de implementación. La diferencia entre la privación y la

⁴⁶ En 2010, dos jóvenes de 23 y 21 años de edad fueron ejecutados por elementos militares tras intentar evadir un “puesto de control” en el estado de Tabasco. Véase *UnivisiónNoticias*, “Ejército mexicano investiga muerte de dos jóvenes por eludir retén militar”, 16 de noviembre de 2010, y *Expansión*, “Militares disparan a 2 jóvenes por tratar de eludir un retén en Tabasco”, 17 de noviembre de 2010. Otro caso refiere a un adolescente de 15 años, quien habría muerto en el 2017 por los disparos efectuados por militares al vehículo en el que se encontraba, después de que el conductor de dicho auto “desobedeció la orden de detenerse en un retén”. Véase Luciano Campos Garza, “Un menor muere baleado presuntamente en retén militar en Nuevo León”, *Proceso*, 27 de marzo de 2017.

⁴⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.Doc.44/15, Situación de los derechos humanos en México, párrs. 88, 93 y 535.

⁴⁸ “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley: a) Si ha sido privado de libertad legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente; b) Si ha sido detenido o privado de libertad, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley; c) Si ha sido detenido y privado de libertad, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido; d) Si se trata de la privación de libertad de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente; e) Si se trata de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo; f) Si se trata de la detención o de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona para impedir su entrada ilegal en el territorio o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición”. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma, 4 de noviembre de 1950, artículo 5º.

restricción a la libertad consiste en el rango de grado o intensidad y no en la naturaleza o sustancia de la misma.⁴⁹

Así, dicho tribunal observó que en el caso concreto los peticionarios fueron detenidos e inspeccionados por la policía por no más de 30 minutos, periodo en el cual estuvieron completamente privados de cualquier libertad de movimiento. Agregó que se encontraron coaccionados a permanecer donde estaban, pues de lo contrario podrían ser arrestados, detenidos en la estación de policía y sujetos a cargos criminales.⁵⁰

Ahora bien, en el análisis del derecho a la vida privada y familiar, el TEDH recordó su jurisprudencia previa en cuanto a que “cualquier inspección realizada por autoridades en una persona interfiere con su vida privada”.⁵¹ Aplicando este principio al caso concreto, observó que las secciones 44 a la 47 de la Ley sobre Terrorismo de 2000 y el Código de Práctica permitían a policías uniformados a detener a cualquier persona dentro de un área geográfica autorizada, y revisar físicamente tanto a la persona como a cualquier cosa que trajera consigo; la negativa de someterse a la inspección podría sancionarse con prisión, multa o ambas;⁵² el TEDH determinó que el uso de poderes coercitivos establecidos en la legislación, que requieran que una persona se someta a una inspección detallada de su persona, ropa y pertenencias personales constituye una clara interferencia con el respeto a su vida privada. El hecho de que la inspección se realice en un lugar público no significa que lo anterior no sea aplicable, al contrario, la naturaleza pública de la inspección puede, en ciertos casos, agravar la interferencia, dado el elemento de humillación y vergüenza.⁵³ Adicionalmente, descartó la analogía presentada por el gobierno británico con las inspecciones realizadas en aeropuertos o edificios públicos, situaciones en las cuales la persona puede optar por no viajar o no entrar al edificio, mientras que en el caso planteado la persona puede ser detenida e inspeccionada en cualquier lugar, en cualquier momento, sin previo aviso y sin la posibilidad de decidir someterse o no la inspección.⁵⁴

Finalmente, cabe señalar que el TEDH expresó su desconcierto respecto a la evidencia y a las estadísticas que demuestran cómo a pesar de haberse realizado entre 33 177 y 117 278

⁴⁹ European Court of Human Rights, “Case of Gillan and Quinton v. The United Kingdom”, párr. 56.

⁵⁰ European Court of Human Rights, “Case of Gillan and Quinton v. The United Kingdom”, párr. 57.

⁵¹ Refiriéndose al caso Foka vs. Turquía (European Court of Human Rights, “Case of Foka v. Turkey”, Judgment (Merits and Just Satisfaction), June 24th of 2008, Court (Fourth Section), 28940/95, párr. 85, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló que: “any search effected by the authorities on a person interferes with his or her private life.” Citado en European Court of Human Rights, “Case of Gillan and Quinton v. The United Kingdom”, párr. 61.

⁵² European Court of Human Rights, “Case of Gillan and Quinton v. The United Kingdom”, párr. 62.

⁵³ European Court of Human Rights, “Case of Gillan and Quinton v. The United Kingdom”, párr. 63.

⁵⁴ European Court of Human Rights, “Case of Gillan and Quinton v. The United Kingdom”, párrs. 64 y 65.

inspecciones por año (de 2004 a 2008), si bien algunas resultaron en detenciones por otros crímenes, ninguna se relacionó con el delito de terrorismo, y que existía evidencia respecto a casos específicos en los que las personas detenidas estaban tan obviamente distanciadas de un perfil terrorista, que no existía la mínima posibilidad de que lo fuera, ni existía alguna otra razón que justificara la inspección.⁵⁵

Por su parte, el 22 de marzo de 2018, la SCJN resolvió dos acciones de inconstitucionalidad promovidas por la CNDH y el Instituto Nacional de Transparencia Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, en contra de diversos artículos del Código Nacional de Procedimientos Penales.⁵⁶

Vale la pena enunciar que las atribuciones conferidas por los artículos impugnados, por cierto declarados constitucionales, regulan actividades de la policía y no de los militares, máxime que la SCJN limitó su análisis a las situaciones enmarcadas en la investigación y persecución de delitos y no a la prevención de los mismos, la cual incluiría, por ejemplo, los retenes, las inspecciones preventivas en transporte público, puertos, aeropuertos, fronteras, y carreteras, y aquellas inspecciones o revisiones administrativas.⁵⁷ Sin embargo, cabe rescatar algunos de los argumentos esgrimidos por el más alto tribunal de la nación, los cuales podrían ser aplicables en el análisis de la implementación de retenes militares como restricción al derecho de circulación.

Uno de los varios aspectos analizados por la SCJN fue la “inspección de personas y de vehículos” prevista en diversos artículos del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) alegados de inconstitucionales, los cuales prevén

(iii) que dentro de las actuaciones en la investigación que no requieren autorización previa del juez de control, se contempla la inspección de personas y de vehículos; [...] (v) que la revisión consistirá en una exploración externa de la persona y sus posesiones; [...], y (vii) que solo si la persona no está dispuesta a cooperar o se resiste, se podrá realizar un registro forzoso.⁵⁸

En ese orden de ideas, la propia SCJN diferenció, como lo hicieron antes el ministro Cossío, el TEDH y la Corte IDH previamente, entre *privaciones definitivas a la libertad* y *afectaciones*

⁵⁵ European Court of Human Rights, “Case of Gillan and Quinton v. The United Kingdom”, párr. 84.

⁵⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Acción de inconstitucionalidad 10/2014 y su acumulada 11/2014”, Sentencia del 22 de marzo de 2018.

⁵⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Acción de inconstitucionalidad 10/2014 y su acumulada 11/2014”, párrs. 89 y 139.

⁵⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Acción de inconstitucionalidad 10/2014 y su acumulada 11/2014”, párr. 23.

momentáneas a la libertad, como lo son *los controles preventivos provisionales*, los cuales definió como

restricciones temporales al ejercicio de un derecho, las cuales no deben confundirse con una detención propiamente dicha, ya que no implican una privación del derecho de libertad personal, sino una afectación momentánea de la misma que deberá estar justificada por la autoridad y que [...] en muchos casos tiene como finalidad última la prevención, preservación o consecución de la seguridad pública.⁵⁹

Así, la SCJN reconoció que el control preventivo provisional también incide o afecta el goce de otros derechos, como el de propiedad, libre circulación o intimidad y se ubica en un nivel de “restricción temporal del ejercicio de un derecho”, que surge “cuando una persona se siente razonablemente obligada por la autoridad a obedecer sus órdenes expresas o implícitas, lo cual puede derivar en una ausencia de movimiento físico” y debe estar plenamente justificada, es decir, no cualquier autoridad puede limitar el ejercicio de la libertad ambulatoria “sin razones objetivas que sustenten tal afectación”; agregó que dicha restricción puede ser mayor o menor intrusiva, dependiendo del caso y las circunstancias concretas.⁶⁰

Ahora bien, para acreditar la existencia de la “suposición razonable” que debe justificar la afectación por la cual se realice el control preventivo provisional, la SCJN determinó que la autoridad “deberá señalar detenidamente cuál era la información –hechos y circunstancias– con la que contaba en ese momento para suponer que la persona en cuestión estaba cometiendo una conducta ilícita o, por el contrario, si el registro o revisión fue autorizada libremente por el posible afectado”. En cuanto al primer supuesto –la creencia de la comisión de un delito–, la información proporcionada por la autoridad debe ser razonable y objetiva, es decir, suficiente para que cualquier persona objetiva hubiese llegado a la misma determinación.⁶¹ Ello se relaciona también con los criterios de legalidad y necesidad analizados anteriormente.

La SCJN concluyó que las características de los controles provisionales preventivos, como lo son la inspección de vehículos y personas, derivan de las facultades de la policía en materia de seguridad pública, con la finalidad de prevenir e investigar delitos, y preservar la

⁵⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Acción de inconstitucionalidad 10/2014 y su acumulada 11/2014”, párrs. 65 y 66.

⁶⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Acción de inconstitucionalidad 10/2014 y su acumulada 11/2014”, párrs. 69 y 73 al 77.

⁶¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Acción de inconstitucionalidad 10/2014 y su acumulada 11/2014”, párrs. 78 al 80.

seguridad y orden públicos, y proceden, invariablemente, únicamente cuando existe una “sospecha razonable”.⁶²

En 2016 la CNDH promovió una nueva acción de inconstitucionalidad⁶³ ante la SCJN, en contra de diversas disposiciones del Código de Justicia Militar y del Código Militar de Procedimientos Penales, la cual se encuentra pendiente de resolución.⁶⁴ Dentro de las normas alegadas como inconstitucionales se encuentran artículos técnicamente idénticos a los impugnados en la trámite de la acción de inconstitucionalidad antes referida, los cuales también prevén inspecciones a personas y vehículos sin autorización judicial.⁶⁵

III. Conclusión

Bajo los criterios, tanto nacionales como internacionales antes analizados, se puede concluir que la implementación de retenes militares o puestos de control constituyen una restricción al derecho de circulación inconforme con los requisitos de legalidad, necesidad y proporcionalidad, que han sido establecidos por distintas cortes e instituciones internacionales en materia de derechos humanos, así como por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Además, en la práctica, la implementación de dicha restricción ha derivado en otras violaciones a los derechos humanos, muchas de ellas consideradas como graves (ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas y tortura), lo cual ha sido ampliamente documentado por organizaciones nacionales y se refleja en las recomendaciones emitidas por la CNDH.

La CIDH podrá analizar por primera vez, en el caso del señor Bonfilio Rubio Villegas, la naturaleza de la restricción al derecho de circulación, en el contexto de militarización en que vive México, impuesta mediante la implementación de retenes militares y puestos de con-

⁶² Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Acción de inconstitucionalidad 10/2014 y su acumulada 11/2014”, párrs. 81 y 82.

⁶³ Comisión Nacional de los Derechos Humanos, “Demanda de acción de inconstitucionalidad 46/2016, promovida por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos”, 15 de junio de 2016.

⁶⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Expediente: 46/2016, Acción de Inconstitucionalidad”, <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=200404> (Fecha de consulta: 10 de julio de 2018).

⁶⁵ Se trata de los artículos 129, fracción VII; 247, fracciones III y V, 264 y 286 del Código Militar de Procedimientos Penales, citados en Comisión Nacional de los Derechos Humanos, “Demanda de acción de inconstitucionalidad 46/2016, promovida por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos”, 20, 26, 27 y 29. Asimismo, sobre el análisis relativo a las inspecciones en personas y vehículos, 97 al 102.

trol, a la luz de los estándares interamericanos, de derecho comparado y de otros sistemas regionales de derechos humanos como el europeo y se estima que podrá arribar a la misma conclusión que aquí se presenta.

Finalmente, se espera que la SCJN aproveche la oportunidad presentada por la CNDH mediante la acción de inconstitucionalidad 46/2016, para realizar un análisis constitucional a la par del control de convencionalidad y declare la inconstitucionalidad del establecimiento de los retenes militares. La militarización de México ha costado un exceso de vidas y es momento de ponerle un fin. Los organismos nacionales e internacionales han tenido y tienen de nuevo las oportunidades para establecer criterios contundentes y claros que terminen con este mal que ha aquejado a tanto a México ya por demasiado tiempo.

iv. Bibliografía

- Campos Garza, Luciano. "Un menor muere baleado presuntamente en retén militar en Nuevo León". *Proceso*, 27 de marzo de 2017.
- Carbonell, Miguel. "La Corte y los retenes militares". *El Universal*, 20 de abril de 2007.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II.Doc. 44/15. Situación de los derechos humanos en México, 31 de diciembre de 2015.
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Recomendación 77/2017, Caso de la detención arbitraria, desaparición forzada y ejecución arbitraria de V1, V2, V3 y V4, en el Poblado Control, de Matamoros, Tamaulipas. México, 2017.
- _____. Recomendación 11 /2016, Caso de la detención arbitraria, desaparición forzada y ejecución arbitraria en agravio de V1, en Anáhuac, Nuevo León. México, 2016.
- _____. Recomendación 10/2016, Caso de la detención arbitraria, retención y cateo ilegales, así como tratos crueles en agravio de V1, V2 y V3 en Piedras Negras, Coahuila. México, 2016.
- _____. Recomendación 15/2013, Caso de detención arbitraria, retención ilegal y tortura en agravio de "V1", y retención ilegal en agravio de "V2", por parte de elementos de la Secretaría de Marina en el estado de Veracruz. México, 2013.
- _____. Recomendación 22/2011, Caso de privación de vida de V5 y atentados contra la integridad personal de V1, V2, V3 y V4, 29. México, 2011.
- _____. Recomendación 10/2011, Caso sobre los hechos ocurridos en agravio de V1, V2, V3, V4, V5, V6 y V7, en el municipio de Apodaca, Nuevo León. México, 2011.
- _____. Recomendación 8/2011, Caso de privación de la vida de V1 y retención ilegal en agravio de V2, en el municipio de Huamuxtlán, Guerrero. México, 2011.
- _____. Recomendación 50/2010, Caso de tortura de V1 y V2. México, 2010.
- _____. Recomendación 43/2010, Caso del atentado a la vida de "V1". México, 2010.

- _____. Recomendación 36/2010, Caso de los hechos ocurridos en agravio de los menores Martín Almanza Salazar, Brayan Almanza Salazar, y otros, en el estado de Tamaulipas. México, 2010.
- _____. Recomendación 48/2009, Caso de señor (omitido), en el municipio de San Dionisio Ocoatepec, Tlacolula, en el Estado de Oaxaca. México, 2009.
- _____. Recomendación 35/2008, Caso de los señores Sergio Meza Varela y José Antonio Barbosa Ramírez, en Reynosa, en el estado de Tamaulipas. México, 2008.
- _____. Recomendación 34/2008, Caso del menor Víctor Alfonso de la Paz Ortega y del joven Juan Carlos Peñalosa García, en el municipio de Huetamo, en el estado de Michoacán. México, 2008.
- _____. “Demanda de acción de inconstitucionalidad 46/2016, promovida por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos”, 15 de junio de 2016.
- Consejo de Derechos Humanos. A/HRC/19/58/Add.2. Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias. Adición. Misión a México, 20 de diciembre de 2011.
- _____. A/HRC/26/36/Add.1. Informe del Relator Especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Sr. Christof Heyns. Adición. Misión a México, 28 de abril de 2014.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *Diario Oficial de la Federación*, última reforma publicada el 15 de septiembre de 2017.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. Aprobada y suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969.
- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma, 4 de noviembre de 1950.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Caso Radilla Pacheco vs. México (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. Sentencia del 23 de noviembre de 2009, serie C, núm. 209.
- _____. “Caso Andrade Salmón vs. Bolivia (Fondo, Reparaciones y Costas)”. Sentencia del 1 de diciembre de 2016, serie C, núm. 330.
- _____. “Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. Sentencia del 30 de enero de 2014, serie C, núm. 276.
- _____. “Caso Ricardo Canese vs. Paraguay (Fondo, Reparaciones y Costas)”. Sentencia del 31 de agosto de 2004, serie C, núm. 111.
- European Court of Human Rights. “Case of Timishev v. Russia”, Judgment (Merits and Just Satisfaction), December 13th of 2005, Court (Second Section), 55762/00, 55974/00.
- _____. “Case of Gartukayev v. Russia”, Judgment (Merits and Just Satisfaction), December 13th of, 2005, Court (Second Section), 71933/01.

- _____. "Case of Gillan and Quinton v. The United Kingdom", Judgment (Merits and Just Satisfaction), January 12nd of 2010, Court (Fourth Section), 4158/05.
- Expansión*. "Militares disparan a 2 jóvenes por tratar de eludir un retén en Tabasco", 17 de noviembre de 2010.
- Human Rights Council. A/HRC/30/38/Add.4, Report of the Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances. Addendum. Follow-up report to the recommendations made by the Working Group. Missions to Mexico and Timor Leste, 11 September 2015.
- Protocolo núm. 4 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales que reconoce ciertos derechos y libertades además de los que ya figuran en el Convenio y en el primer Protocolo adicional al Convenio, modificado por el Protocolo núm. 11, Estrasburgo, 16 de septiembre de 1963.
- Organización de las Naciones Unidas, Consejo Económico y Social. E/CN.4/2003/8/Add.3, Los Derechos Civiles y Políticos, en Particular las Cuestiones de la Tortura y la Detención, Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria acerca de su visita a México (27 de octubre a 10 de noviembre de 2002), 17 de diciembre de 2002.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. "Sesión Pública Ordinaria, celebrada el 17 de abril de 2007", Tribunal en Pleno, versión taquigráfica.
- _____. "Amparo directo en revisión 498/2006". Sentencia del 17 de abril de 2007.
- _____. "Voto particular que formula el ministro José Ramón Cossío Díaz en el amparo directo en revisión 498/2006". Sentencia del 17 de abril de 2007.
- _____. "Acción de Inconstitucionalidad 10/2014 y su acumulada 11/2014", Sentencia del 22 de marzo de 2018.
- _____. "Expediente: 46/2016, Acción de inconstitucionalidad". <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=200404> (Fecha de consulta: 10 de julio de 2018).
- Tlachinollan, Centro de Derechos Humanos de la Montaña. "La ejecución extrajudicial de Bonfilio Rubio Villegas: otra historia de impunidad castrense". Nota informativa, junio de 2012.
- _____. "ONG's denuncian ante la CIDH ejecución extrajudicial de indígena Naua por parte del Ejército mexicano", Comunicado del 12 de enero de 2017.
- UnivisiónNoticias*. "Ejército mexicano investiga muerte de dos jóvenes por eludir retén militar", 16 de noviembre de 2010.

El juicio de amparo contra exclusiones legislativas: sobre la interrupción legal del embarazo en México

The *amparo's* process against excluding legal structures: on the legal termination of pregnancy in Mexico

Gerardo Mata Quintero*

Profesor en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Autónoma de Coahuila. Saltillo, Coahuila
gerardo.mata@predoc.uam.es

Recibido: 10 de noviembre de 2018

Dictaminado: 3 de diciembre de 2018

* Licenciado en Derecho y maestro en Derecho con acentuación en derechos humanos por la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Autónoma de Coahuila. Doctorando en Derecho, gobierno y políticas públicas por la Universidad Autónoma de Madrid. Ha colaborado en espacios de docencia, investigación, litigio y asesoría en materia de derechos humanos.

La opinión expresada en este texto es responsabilidad exclusiva del autor, por lo que no refleja necesariamente la postura de las instituciones en las que colabora.

Resumen

En México la interrupción del embarazo configura un delito. Sin embargo, todas las legislaciones penales admiten por lo menos una causa de exclusión del delito de aborto. A pesar de ello, la mayoría de las leyes de salud del país no contemplan la interrupción del embarazo como un servicio de salud, aún en aquellos casos previstos en las normas penales. En este trabajo se sostiene que esta forma de control sobre los cuerpos de las mujeres, constitucionalmente configura una exclusión legislativa derivada del régimen jurídico de salud, que se coloca en uno de los ejes de dominación estructural y que lesiona una serie de derechos humanos, dos de los cuales constituyen normas de *ius cogens*. A partir de este análisis, y desde una perspectiva de garantismo crítico, se discuten las posibilidades del juicio de amparo contra este tipo de exclusiones legislativas.

Palabras clave: juicio de amparo; exclusión legislativa; interrupción del embarazo; garantismo crítico; dominación.

Abstract

Abortion is a crime in Mexico. However, all criminal codes of the country admit at least one exclusion cause. Notwithstanding, most of the public health acts do not contemplate abortion as a health service, even in those cases foreseen as exclusion causes in criminal law. In this paper it is argued that this kind of control on women's bodies, constitutionally constitutes an excluding legal structure derived by the legal health regime, which is located in structures of dominance and that violates several human rights, two of which are *ius cogens* norms. From this analysis, and from a perspective of critical *garantismo*, the possibilities of *amparo's* process against excluding legal structures are discussed.

Key words: amparo's process; legislative exclusion; abortion; critical *garantismo*; domination.

Sumario

I. Introducción; II. La cuestión constitucional de la interrupción legal del embarazo (ILE): una exclusión legislativa; III. La exclusión en materia de ILE como violación a derechos; IV. El amparo frente a estructuras legales excluyentes; V. Bibliografía.

I. Introducción

La polarización en torno a la interrupción del embarazo es evidente, aunque genera menos escocor en ciertos grupos cuando ésta ya no se entiende como una decisión libre sino, en el mejor de los casos, como una necesidad. Prueba de ello es que todos los códigos penales del país reconocen por lo menos una causa de justificación o licitud, como lo es el peligro de muerte o los riesgos para la salud física o mental, o por razones socioeconómicas, entre otras. Así, en ninguno de los ordenamientos penales la interrupción del embarazo es una conducta prohibida de manera absoluta en todos los casos y las condiciones. No obstante este reconocimiento penal unánime, hay una brecha que es imperioso salvar: la mayoría de las leyes que regulan los servicios de salud en nuestro país –salvo la Ciudad de México– no contemplan como servicio público de salud el acceso a los métodos y procedimientos de interrupción legal del embarazo (ILE), ni aún en los casos en que ésta no constituye un delito por actualizarse alguna de las causas de exclusión¹ que señala la legislación penal que corresponda.

Este trabajo parte del reconocimiento que se hace en los ordenamientos penales de supuestos en los cuales no se actualiza el delito de aborto, para centrarse en la situación actual en la que se ha excluido a las mujeres de la protección de las leyes de salud en materia de interrupción del embarazo, lo que es una manifestación de un problema de opresión de dimensiones estructurales que ha tenido como resultado la invisibilización de las mujeres, como cuerpo sexuado con particularidades y necesidades específicas socializadas, y así poder revalorizar el juicio de amparo como producto de la exigencia de acceso a la justicia, y el rol del Poder Judicial en un sistema constitucional de aspiraciones garantistas, como instrumentos que contribuyan a la subversión de las estructuras de poder que producen y reproducen la posición inferiorizada de las mujeres y con ello se proporcionen elementos relevantes para la transformación de estas situaciones de exclusión y opresión cuando encuentran su fundamento expreso o tácito en la ley.

¹ En términos de las teorías del delito es discutible si aquellas hipótesis constituyen la falta de uno de los elementos permanentes del tipo penal, que es la *lesividad* a un bien jurídico, lo que presupone la existencia de ese bien, dado que, para ciertas posturas, la vida del embrión no es un bien a tutelar coercitivamente, y por lo tanto no se verifica la *tipicidad englobante*; también se excluye la tipicidad en las causales de peligro de muerte o de afectación grave a la salud de la mujer embarazada; en ambas situaciones, configuradas como causas de licitud, al ni siquiera pasar el examen de tipicidad, se impide hacer un análisis de la antijuridicidad. Otras posturas aceptan la tipicidad de la conducta, pero niegan que sea ésta también antijurídica, al actualizarse una causa de justificación, como la necesidad justificante ante el riesgo de muerte o daño grave a la salud, o el ejercicio de uno o varios derechos. En fin, también se ha comprendido que ante un estado de necesidad exculpante no se puede exigir a la mujer ajustarse a la norma, y en tanto causa de inculpatibilidad se excluye el elemento de culpabilidad. En cualquiera de los casos, al no actualizarse alguno de los elementos mencionados se excluye la configuración del delito de aborto. Véase Eugenio Raúl Zaffaroni, *Derecho penal. Parte general* (México: Porrúa, 2005), 483-94, 506-7, 631-6, 641 y 747-52.

El objetivo principal de este texto no es discutir la estipulación del aborto como delito, pues intenta mostrar que aún en aquellos casos en que existe en los ordenamientos penales supuestos en los que no se configura el delito, se ejerce un control sobre los cuerpos de las mujeres al excluirles de la protección de las leyes de salud en materia de interrupción del embarazo, lo cual se corresponde con el *sistema de género colonial moderno*² a través del derecho y del Estado.³

El problema se deja ver de inicio: a pesar de que interrumpir legalmente el embarazo no es un delito –por así establecerlo la legislación penal–, se excluye su previsión como servicio de salud de los ordenamientos jurídicos en el país, situación que lesiona una serie de derechos fundamentales de las mujeres. La cuestión que se presenta tendrá relación con las posibilidades de resistencia que se decida atribuir al juicio de amparo y con el papel del Poder Judicial frente a este tipo de exclusiones legislativas.

Ya la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) nos proporciona elementos importantes que guiarán las posiciones a confrontar. Por un lado, la Segunda Sala sostiene la improcedencia del juicio de amparo contra omisiones legislativas, en tanto que el efecto de la sentencia concesoria sería obligar al Poder Legislativo a emitir una ley con carácter general, violándose así el principio de relatividad de las sentencias de amparo.⁴ Por otro lado, en un análisis más profundo, y aunque distinguiendo entre omisiones y exclusiones legislativas, la Primera Sala sostiene que ninguna de ellas, como acto reclamado, actualiza *per se* la improcedencia del juicio de amparo;⁵ para el primero de los supuestos ya ha ordenado la emisión de una norma frente a una omisión legislativa absoluta,⁶ mientras que para el segundo, a pesar de reconocer que estas exclusiones pueden tener su raíz en profundas estructuras de dominación y opresión contra determinados grupos o personas, se limita a restituir a cada individuo en el goce de sus derechos violados, sea ordenando una interpretación conforme de la ley,⁷ o bien determinando su inconstitucionalidad,⁸ pero sin transformar la situación de

² María Lugones, “Colonialidad y género”, *Tabula Rasa*, núm. 9 (julio-diciembre 2008): 73-101.

³ Para un primer acercamiento a los ámbitos de disputa por el control de los cuerpos, las subjetividades, el trabajo, la naturaleza, el conocimiento y la autoridad en el sistema moderno-colonial. Véase Aníbal Quijano, “Colonialidad del poder y clasificación social”, *Journal of world-systems research*, vol. VI, 2, parte I, (verano-otoño 2000): 342-86.

⁴ SCJN, Segunda Sala, tesis aislada 2a. VIII/2013, “Omisión legislativa. Es improcedente el juicio de amparo en su contra, conforme al artículo 73, fracción XVIII, de la ley de la materia, en relación con el artículo 107, fracción II, párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, *Semanario Judicial de la Federación*, décima época, t. II (febrero 2013): 1164.

⁵ SCJN, Primera Sala, tesis aislada 1a. LVIII/2018, “Juicio de amparo indirecto. Es procedente contra omisiones legislativas”, *Semanario Judicial de la Federación*, décima época, t. II (junio 2018): 965.

⁶ SCJN, Primera Sala, “Amparo en revisión 1359/2015”, Decisión del 15 de noviembre de 2017.

⁷ SCJN, Primera Sala, “Amparo en revisión 581/2012”, Decisión del 5 de diciembre de 2012.

⁸ SCJN, Primera Sala, “Amparo en revisión 152/2013”, Decisión del 23 de abril de 2014.

exclusión a través de la única solución que permite corregirla: logrando la inclusión en la ley de los grupos y personas indebidamente excluidas.

Si bien muy recientemente la Primera Sala ha dado ya un paso importante reconociendo la posibilidad de combatir omisiones legislativas a través del juicio de amparo –lo cual, vale decirlo, genera una abierta contradicción con el criterio de la Segunda Sala–, hasta el momento no se ha logrado hacer patente la necesidad de replantear los esquemas ya construidos y utilizados –de corte liberal e individualista–, frente a las estructuras legales que excluyen la existencia legítima de personas, grupos y colectivos sub-alterizados en situaciones de opresión.

Así las cosas, el texto se estructurará en tres apartados. De inicio, se identificará en el ámbito constitucional mexicano la exclusión de las mujeres de la protección legal de los ordenamientos de salud en tanto no incluyen métodos y procesos para la práctica de la ILE; en el apartado siguiente se referirá la problemática derivada de esta exclusión como violación a distintos derechos humanos de las mujeres; y la última parte analizará los retos en el acceso a la justicia de las mujeres, a través del juicio de amparo, frente a problemas estructurales de exclusión legislativa, concluyendo en una propuesta de reposicionamiento del amparo y del Poder Judicial, de forma que ofrezcan aportes para la transformación de las condiciones de subordinación e invisibilización.

II. La cuestión constitucional de la interrupción legal del embarazo (ILE): una exclusión legislativa

Sólo en cuatro estados del país se contempla la interrupción del embarazo como un servicio público en sus respectivas normativas en materia de salud;⁹ y a pesar de la modificación de la norma NOM-046-SSA2-2005 para regular administrativamente el acceso al aborto exclusivamente cuando el embarazo sea producto de una violación sexual,¹⁰ la Ley General de Salud no contempla la ILE como un servicio de salud en los demás casos. Esta situación puede ser leída como una omisión legislativa, o bien como una exclusión legislativa.

⁹ Primero, la Ciudad de México en 2007. Las legislaciones de los estados de Baja California Sur y Tlaxcala apuntan sólo algunos lineamientos mínimos para realizar la ILE. La Ley de Salud para el Estado de Tamaulipas apenas la menciona en dos de sus disposiciones, pero no la desarrolla propiamente.

¹⁰ En particular la modificación en 2016 al punto 6.4.2.7 de la norma. No debe dejar de considerarse que, al ser una norma oficial, no trasciende al ámbito administrativo. Además, se han documentado algunos casos en los que la norma ha sido ineficiente para facilitar el acceso al aborto; al respecto véase Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE), *Violencia sin interrupción* (México: GIRE, 2017), 79-85.

Lo que se sostiene es que se está frente a una exclusión legislativa implícita de las mujeres respecto de la protección legal de los servicios de salud que son regulados a través de las leyes de salud. Con esto se subraya que no es una omisión legislativa, es decir, no se trata del “no ejercicio de [las] competencias o facultades, tanto de carácter obligatorio, como de índole potestativo”,¹¹ como lo ha planteado la SCJN al estudiar el tema de las omisiones. Lo anterior es así en razón de que no es que los congresos federales y locales hayan dejado de ejercer su facultad de regular los servicios de salud a partir de lo mandado por el artículo 4º, cuarto párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM). Esa competencia, que es de carácter obligatorio, ya ha sido ejercida por los órganos legislativos al expedir las leyes de salud, las cuales, según una fórmula reiterada de redacción del artículo 1º, señalan que tienen por objeto la protección de la salud y el establecimiento de las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud. Asimismo, se regula la prestación de los servicios de salud en sus respectivos ámbitos competenciales. Por lo tanto, no se puede decir que se trata de una omisión absoluta o relativa, si la competencia legislativa de los congresos se ha ejercido a través de la emisión de las respectivas leyes de salud, que han creado una red de instituciones, procedimientos y servicios, como los de atención materno-infantil y planificación familiar.

En cambio, la calificación constitucionalmente adecuada para este estado de cosas es el de exclusión legislativa. A pesar de que pudiera llegar a confundirse esta figura con la de la omisión legislativa, lo cierto es que son distintas en su naturaleza: la exclusión implícita se actualiza, según ha determinado la Primera Sala de la SCJN, cuando existe un “régimen jurídico [que] tácitamente excluye de su ámbito de aplicación a un determinado grupo”.¹² La diferencia sustancial es ésta: cuando se reclama una omisión total o parcial, el motivo de la queja es que existiendo la obligación de crear un régimen jurídico específico, éste no ha sido creado, y por lo tanto se ha incumplido el deber; de forma distinta, al plantearse una exclusión tácita, se parte del presupuesto de que ya existe un régimen jurídico determinado, pero que éste adolece de un problema de inconstitucionalidad al excluir de forma injustificada de su ámbito material, simbólico, personal, temporal o territorial de aplicación a un cierto grupo de personas.

¹¹ SCJN, Pleno, “Controversia constitucional 14/2005”, Decisión del 3 de octubre de 2005. Recientemente confirmado: SCJN, Primera Sala, tesis aislada 1a. XVIII/2018, “Tipos de omisiones como actos de autoridad para fines del juicio de amparo”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, t. I (marzo 2018): 1107.

¹² SCJN, Primera Sala, “Amparo en revisión 416/2010”, Decisión del 8 de septiembre de 2010.

El régimen jurídico que establece las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud se encuentra ya desarrollado en las propias leyes de salud, que implican primordialmente aquellos derivados de la atención médica, la atención materno-infantil, los de planificación familiar, la salud mental y la protección social. El Poder Legislativo no incurre en una omisión de regular estos servicios. Sin embargo, al hacerlo excluye de protección jurídica integral las necesidades específicas de las mujeres que desean acceder a la ILE cuando se encuentran en alguna de las causas que excluyen el delito de aborto, y en las cuales es indiscutible, por virtud del principio *favor libertatis*, que se está frente a un derecho de libertad, dado que, al no estar prohibido por ley, está jurídicamente permitido.

La Primera Sala de la SCJN ha sido cuidadosa en discernir entre una omisión legislativa y una exclusión normativa implícita. Toda la jurisprudencia constitucional relativa al matrimonio entre personas del mismo sexo se ha desarrollado en ese sentido. La base que hace posible identificar la exclusión no está, según la Sala, en que una persona homosexual pueda o no contraer matrimonio, puesto que no existe una prohibición expresa para ello, y cualquier persona, sin importar su orientación sexual, puede casarse en el país; por lo tanto, la pregunta no sólo es *quién* puede acceder al régimen matrimonial, sino *qué* es lo que tiene permitido hacer: resulta así claro que una persona homosexual no tiene la protección legal para acceder al matrimonio cuando lo que busca es casarse con otra persona de su mismo sexo.¹³

Tampoco aquí se argumenta que las mujeres se encuentran frente alguna prohibición expresa de acceder a los servicios de salud que provee el Estado; no es la cuestión el *quiénes*, puesto que es innegable que cualquier mujer puede beneficiarse de las prestaciones de salud, sino lo determinante es *qué* es lo que pueden válidamente hacer cuando ocurren ante las instituciones y el personal de salud: lo que la ley asegura es un servicio integral de protección de salud durante el embarazo y después del nacimiento, mientras que las mujeres que desean interrumpir su embarazo, incluso encontrándose en alguna hipótesis de no prohibición penal, no tienen asegurado su derecho de recibir atención y asistencia médica adecuada, en condiciones de seguridad, calidad y gratuidad para acceder a la ILE.

La exclusión implícita en el régimen regulatorio de servicios de salud en el Estado en torno a la ILE, es por lo tanto simbólica con efectos materiales, reforzándose así jurídicamente

¹³ SCJN, Primera Sala, "Amparo en revisión 581/2012", 33; SCJN, Primera Sala, tesis jurisprudencial 1a./J. 84/2015, "Matrimonio entre personas del mismo sexo. Las normas civiles que definen la institución del matrimonio como la que se celebra entre un solo hombre y una sola mujer, contienen una distinción con base en una categoría sospechosa", *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, l. 25, t. I (diciembre 2015): 186.

una compleja red de estereotipos basados en el sexo-género, es decir, una categoría sospechosa, que implica un rol primordial de las mujeres como madres y como “instrumentos reproductivos”,¹⁴ puesto que precisamente lo que no se les asegura es su derecho al disfrute del más alto nivel posible de bienestar físico, mental y social, cuando es su libre decisión abortar legalmente por ubicarse en una hipótesis de exclusión del delito. Así se hace evidente el *qué* es jurídicamente protegido por el régimen regulatorio de servicios de salud: se deja claro el valor que el poder público da únicamente a las mujeres que aceptan para sí la maternidad, al proveer de servicios de salud para la gestación, el embarazo y el cuidado materno-infantil; y, por el contrario, lo que es reprochado como indigno al quedar excluido de protección, como lo es la interrupción del embarazo como un rechazo del *papel de madre* bajo cualquier circunstancia. Parafraseando a la Primera Sala cuando explica el trasfondo de la exclusión del régimen matrimonial,¹⁵ aquí se puede válidamente sostener: la razón por la cual las *mujeres que desean abortar* no han gozado de la misma protección que las *mujeres que desean procrear* no es por descuido del órgano legislativo, sino por el legado de severos prejuicios que han existido tradicionalmente en su contra y por la discriminación histórica.

De este modo es como ha prevalecido en los ordenamientos de salud una versión patriarcal de lo que implica ser mujer, que como tal la única especificidad posible, y que por ello es la única que merece protección legal, es la de ser madre. Fuera de esta sola particularidad avalada, la mujer no existe como tal, sino que queda subsumida en -invisibilizada por- la categoría “neutral” de persona. De otra forma no podría explicarse el hecho de que incluso en los supuestos de licitud o justificación marcados por la legislación penal no se haya incluido a las mujeres en la expectativa de gozar de un servicio de salud para la ILE en la ley de salud, lo que sería el reconocimiento de una especificidad distinta a la de ser madre. Esto sucede al menos desde que los órganos legislativos han reconocido en la legislación penal algunas causas de exclusión del delito de aborto, por lo que el problema de exclusión persiste y se actualiza de momento a momento, hasta que se logre la inclusión de las personas indebidamente apartadas de la protección legal.

¹⁴ Así lo ha considerado el Comité de Derechos Humanos (CDH) de Naciones Unidas en relación con las legislaciones que penalizan el aborto y que no prevén el acceso a servicios de salud pública que aseguren la interrupción del embarazo: CDH, Comunicación 2324/2013, Amanda Jane Mellet v. Ireland, CCPR/C/116/D/2324/2013, 31 de marzo de 2016, párr. 7.11.

¹⁵ SCJN, Primera Sala, tesis jurisprudencial 1a./J. 46/2015, “Matrimonio entre personas del mismo sexo. No existe razón de índole constitucional para no reconocerlo”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, l. 22, t. 1 (septiembre 2015): 253.

III. La exclusión en materia de ILE como violación a derechos

El hecho de que los poderes legislativos hayan previsto legalmente la no actualización del delito de aborto en ciertas circunstancias, y excluido simultáneamente del desarrollo normativo la regulación del acceso a la ILE, en cumplimiento de su obligación positiva de garantizarlo en aquellos casos que prevén los códigos penales, conlleva la vulneración de distintos derechos fundamentales, por lo menos: los derechos a la igualdad y no discriminación, a la salud, a la protección de la integridad personal y al libre desarrollo de la personalidad, vida privada y proyecto de vida de las mujeres, particularmente en casos de cuerpos y sujetos marcados por otras relaciones y expresiones de poder como la raza, la clase o la discapacidad. Aquí se explican tres de ellas, por ser importantes para el argumento que se intenta construir en este trabajo: las violaciones al derecho a la salud, al derecho a la no discriminación y al derecho a la protección de la integridad personal.

En lo que interesa a este trabajo, el Estado tiene la obligación de proteger el derecho a la salud reproductiva frente a la injerencia de terceros y a garantizarlo mediante la adopción de medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole.¹⁶ El derecho a la salud debe interpretarse de manera que permita reconocer dentro del mismo los derechos reproductivos de las mujeres,¹⁷ y como tal debe cumplir con los principios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.¹⁸ Hay, entonces, una obligación especial de garantizar este derecho a las mujeres, concretamente, mediante el establecimiento de servicios adecuados de salud reproductiva.¹⁹ Así, los “derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y decidir libremente respecto a estas cuestiones, sin verse sujeta a la coerción, la discriminación y la violencia”.²⁰ El derecho a la salud, incluida la salud sexual y reproductiva, exige servicios de salud, incluidos los servicios de aborto legal, que estén disponibles y que sean accesibles, aceptables y de buena calidad.²¹

¹⁶ Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), E/C.12/2000/4, Observación General 14. *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud* (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 11 de agosto de 2000, párr. 33.

¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), “Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, Sentencia del 28 de noviembre de 2012, serie C, núm. 257, párr. 146; Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), Recomendación General 24. La mujer y la salud, 1999, párrs. 21 y 31 inciso b.

¹⁸ Comité DESC, E/C.12/2000/4, Observación General 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, párr. 12.

¹⁹ Comité CEDAW, Recomendación General 24, párrs. 21 y 31, b.

²⁰ Organización de Naciones Unidas, A/CONF.177/20/Rev.1, Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer. Beijing, 4 a 15 de septiembre de 1995, párr. 96.

²¹ Comité DESC, E/C.12/2000/4, Observación General 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, párrs. 8-12.

En tal línea, se asegura que la capacidad de la mujer para controlar su propia fecundidad y, por lo tanto, para decidir de forma libre y segura con respecto a algo tan importante como su maternidad, es indispensable para poder planificar su propia vida, de acuerdo con sus opciones, convicciones y deseos. La decisión de convertirse o no en madre es de tal importancia que corresponde única y exclusivamente al ámbito de la vida privada de la mujer,²² el cual “se caracteriza por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública”.²³ Bajo esta importante consideración, también se configura una vulneración al derecho a la salud de las mujeres cuando los ordenamientos penales no reconocen el peligro de muerte y/o afectación grave a la salud de las mujeres embarazadas como causa excluyente del delito de aborto.²⁴

Desde el momento en que el Poder Legislativo ha excluido de la protección de los servicios de salud a las mujeres embarazadas se está negando el ejercicio libre de la decisión personal que corresponda a cada mujer para elegir si quiere o no convertirse en madre; la cuestión es que en caso de que decida no hacerlo, se falta al deber de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a una maternidad libre de toda forma de coacción, aún la indirecta. La maternidad debe ser una opción libre y segura para toda aquella mujer que así lo decida, conforme a su propio proyecto de vida. Estas mujeres ya se encuentran protegidas por la legislación de salud, cuando ésta prevé los servicios de salud materno-infantil. En contraposición, las mujeres que eligen no ser madres quedan excluidas de la protección legal que ofrecen las normas de salud, al no reconocerles la ILE como un servicio de salud y ante la falta de lineamientos y programas específicos para garantizar su accesibilidad.

Por otra parte, de conformidad con el derecho a la igualdad y la no discriminación “no es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza”.²⁵ La idea básica aquí es que la exclusión normativa de prever en la normativa de salud los mecanismos, procedimientos y modalidades de la ILE de conformidad con los supuestos señalados en el ordenamiento penal, la cual por sí misma es discriminatoria por razón de género, pero también tiene como efecto generar situaciones de discriminación interseccional.

²² *Mutatis mutandis*, Corte IDH, “Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, párr. 143.

²³ Corte IDH, “Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas)”, Sentencia del 24 de febrero de 2012, serie C, núm. 239, párr. 162.

²⁴ En 24 estados se prevé el peligro de muerte, pero sólo en 15 la afectación a la salud. Véase Grupo de Información en Reproducción Elegida, A. C., *Maternidad o castigo. La criminalización del aborto en México* (México: GIRE, 2018), 14.

²⁵ Corte IDH, “OC-4/84, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización”, Opinión consultiva del 19 de enero de 1984, serie A, núm. 4, párr. 55.

Lo anterior se puede explicar tomando en cuenta que quedar embarazada es algo que sucede en la medida en que se es mujer y que está implícito en el potencial de fertilidad de las mujeres,²⁶ por lo que la exclusión de este tipo de servicios de salud afecta únicamente a este grupo de sujetos por razón de su sexo-género. En otras palabras, la exclusión que impide desarrollar legislativamente los mecanismos y procedimientos para acceder a la interrupción legal del embarazo como servicio de salud se configura como discriminatoria debido a que la falta en el acceso afecta solamente a un grupo determinado de personas por su sexo-género.

Pero no sólo ello, sino que esta exclusión sufrida es un tanto más reprochable considerando que el embarazo pone a la mujer en una específica condición de salud que, aunque temporal, implica la necesidad de adoptar diferentes medidas de carácter médico que abarquen cuestiones de salud física, psicológica y emocional de la mujer. Al igual que el sexo y género, la condición de salud de las personas es una de las categorías sospechosas respecto de las cuales no es admisible crear situaciones discriminatorias. Por lo tanto, la exclusión de las mujeres embarazadas situadas en alguno de los supuestos que contempla la legislación penal para acceder a la interrupción de su embarazo como un servicio de salud es *per se* discriminatoria por razón de sexo, género y condición de salud.

Luego, esta exclusión legislativa, que es *per se* discriminatoria, además tiene la capacidad de crear situaciones de discriminación, precisamente como efecto de la exclusión misma y genera un impacto desproporcionado cuando se conjugan múltiples categorías en un mismo sujeto.²⁷ Así, este efecto discriminador derivado de la exclusión genera este impacto diferenciado que es desproporcionado en aquellas mujeres cuando, además, son personas menores de edad, o cuentan con algún tipo de discapacidad que afecte su voluntad, o se encuentran en una condición social de exclusión o situación económica de bajos recursos.²⁸

De esta manera, el que se excluya a estas mujeres embarazadas, que además se ubiquen en alguna de las condiciones mencionadas u otra análoga, de gozar de la interrupción de su embarazo como servicio de salud tiene un impacto aún más severo que las coloca en una particular situación de vulnerabilidad. Esta exclusión configura un efecto de discriminación

²⁶ Tamar Pitch, *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad* (Madrid: Trotta, 2003), 82.

²⁷ Véase Corte IDH, "Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación *in vitro*") vs. Costa Rica (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)", párrs. 286-87.

²⁸ Precisamente por razones médicas y circunstancias socioeconómicas diferenciadas, el CDH encontró discriminatoria la prohibición penal del aborto y la falta de servicios de salud para la interrupción del embarazo en Irlanda: CDH, Comunicación 2324/2013, *Amanda Jane Mellet v. Ireland*, párrs. 7.10-7.11.

interseccional,²⁹ en el que todas estas características de sexo, género, condición de salud, edad, discapacidad, condiciones sociales o económicas, etc., se entrelazan de forma desproporcionada.

La integridad personal es el bien jurídico cuya protección se pretende con la prohibición absoluta de la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes -malos tratos. Por lo tanto, ambos tipos de vulneraciones -la tortura y los malos tratos- constituyen una infracción al derecho a la integridad personal, por lo que es de enfatizarse que, cualquiera que sea su naturaleza, ambos comportamientos están estrictamente prohibidos.³⁰

Se ha comenzado a reconocer que los malos tratos infligidos a mujeres que solicitan servicios de salud reproductiva pueden causar enormes y duraderos sufrimientos físicos y emocionales, provocados por motivos de género, tal como resulta de la denegación del acceso a servicios autorizados de salud como el aborto y la atención posaborto.³¹ El Comité de Naciones Unidas contra la Tortura se ha mostrado preocupado por el hecho de que las restricciones en el acceso al aborto, como la denegación de tratamiento médico o la restricción en el acceso al aborto voluntario en casos de violación, resulta en graves daños que perjudican gravemente la salud física y mental de las mujeres, y constituyen actos crueles e inhumanos,³² prohibidos en todas sus formas. En la misma línea, el Comité de Derechos Humanos ha sostenido que la negativa por parte de las autoridades a practicar la interrupción del embarazo en los casos de no punibilidad previstos por la legislación penal o la omisión del Estado de garantizar el derecho a la interrupción del embarazo en tales supuestos, constituyen malos tratos³³ por el dolor, la angustia y el sufrimiento físico y moral que implican.³⁴

De esta manera se logra sustentar que los obstáculos en la práctica de la ILE constituyen al menos malos tratos prohibidos por el derecho internacional. Para estos fines no debe perderse de vista que la exclusión de la regulación de la interrupción del embarazo es el primer obstáculo y, algunas veces, el más determinante al momento en que las mujeres

²⁹ Corte IDH, "Caso Gonzáles Lluy y otros vs. Ecuador (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)", Sentencia del 1 de septiembre de 2015, serie C, núm. 298, párr. 290.

³⁰ Corte IDH, "Caso Cantoral Benavides vs. Perú (Fondo)", Sentencia del 18 de agosto de 2000, serie C, núm. 149, párr. 95.

³¹ CDH, A/HRC/22/53, Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes, Sr. Juan E. Méndez, 1 de febrero de 2013, párr. 46.

³² Comité de Naciones Unidas contra la Tortura, CAT/C/PER/CO/4, Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 19 de la Convención. Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura. Perú, 25 de julio de 2006, párr. 23.

³³ CDH, Comunicación 1153/2003, K.L. vs. Perú, 24 de octubre de 2005, párr. 6.3.

³⁴ CDH, Comunicación 1608/2007, L.M.R. vs. Argentina, 29 de marzo de 2011, párr. 9.2.

desean acceder a este servicio de salud. Es decir, los obstáculos que pudieren presentarse posteriormente derivan, en estos casos, directamente de la falta de regulación legislativa que fije y garantice el acceso efectivo a esta práctica. Por lo que la exclusión significa una violación al derecho a la integridad física, psicológica y moral de las mujeres, por cuanto genera tratos crueles, inhumanos y degradantes.

Ahora bien, la infracción del derecho a la integridad personal es una clase de violación que tiene diversas “connotaciones de grado” y que abarca desde los malos tratos hasta la tortura, cuyas secuelas físicas y psíquicas varían de intensidad según los factores endógenos y exógenos³⁵ que converjan en cada caso concreto. Entonces, la diferencia entre la tortura y los malos tratos será de grado e intensidad en los elementos que los constituyan, y no en relación con otras cuestiones ajenas como la acumulación de hechos o el lugar en que el acto se realiza.³⁶ Por lo tanto, para determinar si un acto constituye tortura o malos tratos, las características personales de la víctima deben ser tomadas en cuenta al momento de calificar la infracción, ya que tales características pueden cambiar la percepción de la realidad del individuo, y por ende, incrementar el sufrimiento y el sentido de humillación cuando son sometidas a ciertos tratamientos.³⁷ De esta forma, se ha podido precisar que, en ciertas circunstancias provocan “sentimientos profundos de angustia y vulnerabilidad”, lo que constituye por sí mismo un acto de tortura.³⁸

Es bajo esta óptica que, dependiendo de las características personales y las circunstancias particulares de las mujeres que deseen interrumpir su embarazo legalmente y que se ven impedidas a hacerlo debido a la exclusión legislativa a que son sujetas, se puede afirmar que la angustia moral sufrida ante esta situación puede llegar a ser de una gravedad tal que sea considerada como tortura psicológica. Debido a lo anterior, se sostiene que la exclusión de las mujeres embarazadas que quieren acceder a la interrupción de su embarazo cuando se encuentren en algunas de las causas que señala la legislación penal, como un servicio de salud accesible, asequible, de calidad, y en condiciones seguras, vulnera el derecho a la integridad personal en razón de que constituye un trato cruel, inhumano y degradante, y en determinadas circunstancias puede llegar a configurar un acto de tortura, con independencia de la existencia o no de lesiones físicas para ello. Esto significa que se está frente a

³⁵ Corte IDH, “Caso Loayza Tamayo vs. Perú (Fondo)”, Sentencia del 17 de septiembre de 1991, serie C, núm. 33, párr. 57.

³⁶ Corte IDH, “Caso Rosendo Cantú y otra vs. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”, Sentencia del 31 de agosto de 2010, serie C, núm. 216, párr. 118.

³⁷ Corte IDH, “Caso Ximenes Lopes vs. Brasil (Fondo, Reparaciones y Costas)”, Sentencia del 4 de julio de 2006, serie C, núm. 149, párr. 127.

³⁸ Corte IDH, “Caso Torres Millacura vs. Argentina (Fondo, Reparaciones y Costas)”, Sentencia del 26 de agosto de 2001, serie C, núm. 229, párrs. 85.8.

una violación de una norma imperativa, cuyo incumplimiento es inexcusable por parte del Estado.

Precisamente por lo anterior es que, por un lado, la Relatoría sobre la tortura ha recomendado que “[l]os Estados cuya legislación nacional autorice los abortos en diversas circunstancias deberán velar por la disponibilidad real de los servicios sin consecuencias adversas para la mujer o el profesional de la salud”,³⁹ y por otro lado, la SCJN ha indicado que una forma adecuada de reparar las violaciones al derecho a la salud se da al “establecer un marco normativo adecuado que regule la prestación de servicios de salud, estableciendo estándares de calidad para las instituciones públicas y privadas, que permita prevenir cualquier amenaza a la integridad personal en dichas prestaciones”.⁴⁰

IV. El amparo frente a estructuras legales excluyentes

Toda vez que las leyes de salud excluyen tácitamente las necesidades particulares de las mujeres de forma que puedan ser atendidas a través de servicios de salud ciertos, específicos, seguros y de calidad, en los casos en que desean ejercer su libertad de decisión por ubicarse en alguno de los supuestos contemplados en la legislación penal, el remedio lógico que permita resarcir la vulneración a los derechos arriba argumentados es, sin lugar a dudas, la inclusión de las mujeres como sujetos autónomos de derecho en la protección que ofrece la ley de salud a sus situacionalidades concretas, en particular a través de la regulación de los procedimientos, métodos y lineamientos que posibiliten y aseguren la interrupción legal del embarazo. Y es que cuando la opresión se materializa como invisibilización, traduciéndose en un rechazo de la existencia legítima y pública, la estigmatización sólo puede ser combatida reivindicando la visibilidad⁴¹ de las excluidas.

Para lograr esta inclusión es necesaria la actuación del Poder Legislativo, al cual le corresponde no solamente la facultad, sino también la obligación de desarrollar legislativamente los mandatos constitucionales a través de la creación, modificación, derogación o adición de actos normativos. Sin embargo, es evidente que los órganos legislativos han excluido históricamente a las mujeres de la protección legal específica relativa al servicio de interrupción de su embarazo en los casos contenidos en la legislación penal. Esto adquiere

³⁹ CDH, A/HRC/22/53, Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes, párr. 90.

⁴⁰ SCJN, Primera Sala, tesis 1a. CCCXLIII/2015, “Derecho a la salud. Algunas formas en que las autoridades deben reparar su violación”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, l. 24, t. 1 (noviembre 2015): 969.

⁴¹ Pierre Bourdieu, *La dominación masculina* (Barcelona: Anagrama, 2000): 144.

aún más fuerza tomando en cuenta que desde 1983 se estableció el derecho a la salud en la Constitución Política federal y la correlativa obligación constitucional de garantizar por ley el acceso a servicios de salud (artículo 4º, cuarto párrafo), así como la incorporación al derecho interno del Protocolo de San Salvador y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) en 1981, que incluyen el derecho a la salud.

Frente a esta clara exclusión legislativa, en la que las mujeres como sujetos de derechos fundamentales y sus necesidades específicas desligadas de una concepción de dominación masculina no tienen cabida en la protección legal que ofrecen las leyes de salud, es imperativo que el Poder Judicial se tome los *derechos en serio*⁴² y haga valer su naturaleza contramayoritaria,⁴³ de forma que se garantice su pleno goce y ejercicio. En ese sentido, también la Suprema Corte ha sostenido el criterio según el cual la libertad de configuración legislativa con que cuentan los congresos locales se encuentra limitada y constreñida por los mandatos constitucionales y los derechos humanos protegidos por nuestro régimen constitucional,⁴⁴ en especial por los derechos a la igualdad y a la no discriminación.⁴⁵ Así, en este esquema constitucional garantista al Poder Judicial se le asigna el doble papel “consistente en la garantía de los derechos fundamentales de todos así como de la legalidad de los poderes públicos”.⁴⁶

Sin embargo, la Judicatura carece de legitimación constitucional y de habilitación legal para emitir normas de carácter general por sí misma, pero también lo es que se ha convertido, por su carácter constitucional de “institución de garantía”,⁴⁷ en un “lugar de visibilidad [...], un lugar donde sujetos, de otro modo excluidos de los tradicionales lugares institucionales, consiguen hacer sentir su voz”.⁴⁸ También lo es que, a pesar de contar con otras facultades, como la declaratoria general de inconstitucionalidad, éstas actúan en sentido negativo, es decir, afectan la validez y vigencia de los dispositivos normativos sobre los cuales se ejerce,

⁴² Ronald Dworkin, *Los derechos en serio* (España: Ariel, 1977), 223.

⁴³ Se recomienda: Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Madrid: Trotta, 1995): 66, 334, 543 y 593-601.

⁴⁴ SCJN, Pleno, tesis jurisprudencial P./J. 11/2016, “Libertad de configuración legislativa de los congresos estatales. Está limitada por los mandatos constitucionales y los derechos humanos”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, l. 34, t. I (septiembre 2016): 52.

⁴⁵ SCJN, Primera Sala, tesis jurisprudencial 1a./J. 45/2015, “Libertad configurativa del legislador. Está limitada por los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación que operan de manera transversal”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, t. I (junio 2015): 533.

⁴⁶ Luigi Ferrajoli, *Democracia y garantismo* (Madrid: Trotta, 2010), 214-15.

⁴⁷ Luigi Ferrajoli, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, t. 1, (Madrid: Trotta, 2011), 831.

⁴⁸ Stefano Rodotà, *Repertorio di fine di secolo* (Roma-Bari: Laterza, 1992), 171-3.

pero no habilitan, en sentido positivo, para *crear* los mecanismos necesarios que garanticen un derecho, por lo que es fundamental accionar al Poder Legislativo.

De lo anterior se obtiene que la exclusión de las mujeres y de sus necesidades específicas vulnera sus derechos fundamentales, lo cual únicamente puede ser remediado logrando su inclusión como sujeto de derecho en la normatividad de salud a través de la acción legislativa de los congresos. Para ello será fundamental que los tribunales de amparo, como órganos garantes de derechos, conminen a los poderes legislativos a que realicen, dentro de sus propios ámbitos de competencias y de acuerdo con sus propios procedimientos y regulaciones, todas aquellas medidas necesarias y suficientes con el fin de alcanzar la inclusión de las mujeres en la protección de las leyes de salud en relación con la ILE, bajo estándares de asequibilidad, accesibilidad, seguridad y calidad, al menos en los supuestos que contemple la ley penal.

Un replanteamiento de la esfera pública como éste, y en particular del entendimiento de la separación de poderes, tiene como fundamento la centralidad de las personas y de sus derechos en el espacio público y privado, a través de la preservación de un ámbito vedado a la acción política y de mercado, como lo es la “esfera de lo indecible”⁴⁹ o el “territorio, de frontera, ante la que se detiene la potencia del principio mayoritario”.⁵⁰ Dentro de este ámbito los márgenes de decisión política y administrativa de las instituciones de gobierno quedan constreñidos y estrictamente limitados por la garantía efectiva de los derechos fundamentales, cuya protección no puede dejar de decidirse, ni aún por consenso mayoritario o unánime.⁵¹ Así, la función judicial será democrática no en la medida en que deje a la arbitrariedad legislativa vulnerar los derechos de las mujeres, como se ha demostrado arriba, sino asegurando que la insuprimible discrecionalidad del órgano legislativo se encause a eliminar las indebidas exclusiones de una parte importante de sujetos titulares esenciales y originarios de la soberanía nacional, en cuyo beneficio se instituye todo poder público –esencia del artículo 39 de la CPEUM–, posibilitando su inclusión plena a través de la protección y garantía de sus derechos.

⁴⁹ Ferrajoli, *Principia iuris*, 775.

⁵⁰ Norberto Bobbio, *Teoría general de la política* (Madrid: Trotta, 2009), 479.

⁵¹ También la Corte Interamericana ha sostenido que “la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de las mayorías, es decir, a la esfera de lo ‘susceptible de ser decidido’ por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un ‘control de convencionalidad’ [...], que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial”: Corte IDH, “Caso Gelman vs. Uruguay (Fondo y Reparaciones)”, Sentencia del 24 de febrero de 2011, serie C, núm. 221, párr. 239.

Pero no se trata de una mera posición teórica, aun cuando esté evidentemente comprometida con una perspectiva garantista de la Constitución, sino que también encuentra asidero en las obligaciones constitucionales y convencionales asumidas por el Estado mexicano. El artículo 1º, tercer párrafo, de la Carta Magna impone las ineludibles obligaciones generales a cargo de todas las autoridades del país en materia de derechos fundamentales, en el ámbito de sus competencias. En concreto, al Poder Legislativo le corresponde la obligación de proteger el derecho a la salud a través de la emisión de las normas de salud, pero al hacerlo creó un régimen manifiestamente excluyente de las mujeres que necesitan acceder a un servicio seguro y de calidad para la ILE en los supuestos contemplados por las legislaciones penales, y que por ello no se encuentran protegidas. Esta situación activa la obligación de garantía prevista en el mismo artículo 1º, tercer párrafo, así como en el artículo 2º de la Convención Americana de Derechos Humanos y en los artículos 2.2 tanto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como del PIDESC, de acuerdo con la cual cuando los derechos contenidos en estos instrumentos no estén ya garantizados por disposiciones legislativas, como en este caso, el Estado debe adoptar cualquier medida que fuere necesaria para hacer efectivos tales derechos y libertades, lo cual incluye las medidas judiciales.

Igualmente, según el propio artículo 1º, tercer párrafo, el Estado tiene el deber de prevenir las violaciones a los derechos de las personas. Este deber, que es presupuesto por la obligación de garantía, “abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos”. De esta manera, al Estado en su conjunto le corresponde el deber de prevenir que los derechos de las mujeres sin acceso a un servicio legal de interrupción de su embarazo dejen de ser violados por quedar excluidas sus necesidades de la protección que ofrece la normatividad de salud. El Poder Judicial también tiene a su cargo la satisfacción de este deber, que le exige un comportamiento adecuado para afrontar este tipo de exclusiones legales.

La pregunta que surge frente a esta posición no será si una sentencia concesoria del amparo tendrá o no efectos generales, sino si existe justificación constitucional de que, en estas situaciones, los tenga. Por ello, al principio de relatividad contenido en el artículo 107, fracción II, primer párrafo, de la Constitución Política debe dársele una interpretación⁵² funcional de acuerdo con los fundamentos de la propia Constitución y del derecho convencional, y no una interpretación categórica y cerrada, como si fuese una mera regla.

⁵² Esto ha sido ya resuelto por la Primera Sala para el caso de las omisiones legislativas absolutas: SCJN, Primera Sala, tesis aislada 1a. XXI/2018, “Principio de relatividad. Su reinterpretación a partir de la reforma constitucional de 10 de junio de 2011”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, t. I (marzo 2018): 1101. Este criterio deriva de lo resuelto en: SCJN, Primera Sala, “Amparo en revisión 1359/2015”, 24-30.

Debe tomarse en cuenta que la naturaleza del principio de relatividad es la de un *principio directivo*, en tanto se caracteriza como una expectativa genérica e indeterminada, no de hechos sino de resultados.⁵³ O bien, utilizando una distinción más común, no se trata de una regla, sino de un principio que, al ser optimizable, puede ser cumplido en diferente grado⁵⁴ por carecer de supuestos de hecho que hagan concebible su inobservancia.⁵⁵ De esta manera, se puede reconocer que el mandato de relatividad no admite una aplicación categórica, sino que su respeto⁵⁶ debe funcionalizarse de conformidad con los fundamentos y fines de la constitución.

De acuerdo con lo anterior, el principio de relatividad quedará modulado en función de las particulares necesidades del caso concreto que deba cubrir el objeto y fin del juicio de amparo, que es la protección real y efectiva de los derechos fundamentales de todas las personas.⁵⁷ Este planteamiento no implica un desconocimiento del artículo 107, fracción II, primer párrafo, de la Constitución Política, sino que busca su funcionalización a partir de las características de las violaciones a los derechos argumentadas y demostradas en el juicio de amparo, de forma que éste sea un recurso judicial verdaderamente efectivo.

En consonancia con esto, la SCJN ya ha reconocido la necesidad de tomar en consideración la dimensión de las estructuras que permiten, facilitan, promueven o alientan el agravio sufrido por la parte quejosa para atribuirle a la sentencia de amparo no solamente *efectos restitutivos, sino también fundamentalmente trasformativos y sustantivos*, de forma que se posibilite la *manera más efectiva de reparación* que no sólo señale la “violación específica por parte de una autoridad y la cambie, sino que también busque disuadir un cambio de conducta en la sociedad y de potenciales actores, mejorando las relaciones socialmente establecidas, en aras de cumplir con las obligaciones de respeto y garantía, reconocidas en el artículo 1º constitucional”.⁵⁸ Frente a situaciones estructurales también la Corte Inte-

⁵³ Luigi Ferrajoli, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *Doxa*, núm. 34 (2012). Una distinción similar entre *directrices* y *principios en sentido estricto* en Manuel Atienza, *El derecho como argumentación. Conceptos de la argumentación* (Barcelona: Ariel, 2006), 168-9.

⁵⁴ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: CEPC, 2012), 86 y 91.

⁵⁵ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil* (Madrid: Trotta, 1995), 149.

⁵⁶ Sobre la diferencia entre *aplicar* y *respetar*, generalmente la primera asociada a las reglas y la segunda a los principios: Manuel Atienza y Juan Ruíz Manero, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos* (Barcelona: Ariel, 1996).

⁵⁷ La SCJN sostiene que “mantener la interpretación tradicional de dicho principio [de relatividad] en muchos casos acabaría frustrando la finalidad sustantiva del juicio de amparo: la protección de todos los derechos fundamentales”. SCJN, Primera Sala, tesis aislada 1a.XXI/2018, “Principio de relatividad. Su reinterpretación a partir de la reforma constitucional de 10 de junio de 2011”, 1101.

⁵⁸ Estas fueron las consideraciones de la Primera Sala para justificar su cambio de criterio respecto de la forma de reparar la discriminación legislativa implícita en el Código Civil de Oaxaca que establece la figura del matrimonio. Primero, la

americana ha enfatizado la *vocación transformadora* que deben tener las reparaciones, “de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo”.⁵⁹

Son dos las consideraciones que pueden sustentar la necesidad de perseguir efectos sustantivos que transformen las relaciones sociales que permiten y promueven la exclusión de las mujeres en el libre control de su propio cuerpo al no reconocérseles jurídicamente la protección y garantía legal que pretende ofrecer la normatividad en materia de salud, en relación con la interrupción de su embarazo en los casos dispuestos por la ley penal.

La primera es la relativa a las profundas y extendidas relaciones de poder y dominación que sitúan a las mujeres en una posición estructural de inferioridad, en la que el derecho, y en especial en su versión penal, no es sólo un instrumento que prohíbe o censura conductas de manera neutral, sino que es en sí mismo un discurso generativo⁶⁰ de expectativas sexuadas. Es por ello que tanto las prescripciones penales en relación con la interrupción del embarazo, así como su exclusión en el ámbito de la salud, es una más de las expresiones de la condición hegemónica del sujeto masculino-blanco desde el derecho, que reproduce, refuerza y prescribe un modelo sexuado de *buena* y *mala* mujer. Es evidente que será mala mujer toda aquella que niegue para sí el *instinto natural* a ser madre, y precisamente por ser una desviación es que debe inhibirse a través de la amenaza y de la fuerza coactiva del poder punitivo del Estado, y tampoco puede contar con la sanción oficial de reconocimiento público bajo la protección de las leyes de salud. La proyección implícita es la del cuerpo femenino no como un sujeto de derecho, autónomo y valioso por sí mismo, sino como objeto que merece tutela solo en cuanto contenedor de una “persona en potencia”, que cumple una función reproductora, por lo que solamente aquellos fines médicos encaminados a proteger el contenido y la función de la mujer quedan comprendidos en las normas de salud, mientras que cualquier otro queda excluido en tanto reprochable e indigno.

La segunda consideración se refiere al estatus imperativo de las prohibiciones de violación a dos de los derechos vulnerados por la exclusión combatida, que son el de igualdad y no discriminación⁶¹ y el de no ser objeto de tortura o malos tratos.⁶² Así, tanto el derecho a la

Sala ordenó la interpretación conforme de aquella disposición, y después consideró que la mejor forma de reparación era declarar su inconstitucionalidad: SCJN, Primera Sala, “Amparo en revisión 152/2013”, 211-14.

⁵⁹ Corte IDH, “Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”, Sentencia del 16 de noviembre de 2009, serie C, núm. 205, párr. 450.

⁶⁰ Pitch, *Un derecho para dos*, 257.

⁶¹ Corte IDH, “Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas)”, párr. 79.

⁶² Corte IDH, “Caso Torres Millacura vs. Argentina (Fondo, Reparaciones y Costas)”, párr. 84; Asamblea General, A/RES/67/161, Resolución sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 20 de diciembre de 2012;

igualdad y no discriminación como la prohibición absoluta de toda forma de tortura y malos tratos, como normas internacionales de *ius cogens*, son normas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto que no admiten acuerdo en contrario, que sólo pueden ser modificadas por otras normas ulteriores de derecho internacional general que tengan el mismo carácter,⁶³ y que son oponibles *erga omnes*. De esta manera, es incuestionable el carácter especial que revisten ambas normas, así como la particular protección que merecen derivada de su estatus fundamental.

A partir de esta consideración se puede decir que la violación de estas categorías imperativas debe acarrear consecuencias jurídicas específicas, y en la misma medida merecen una reparación adecuada e idónea que permita corregir las situaciones o, como en este caso, las estructuras dentro de las cuales se comete.⁶⁴ Así, la oponibilidad *erga omnes* de estas normas incluye al Poder Legislativo, que no escapa a su cumplimiento a través del ejercicio legislativo; por la misma razón, el Poder Judicial está vinculado a garantizar su respeto mediante la protección constitucional. En este sentido, el Estado mexicano y sus instituciones y poderes públicos están imposibilitados para invocar disposiciones de derecho interno que obstaculicen el cumplimiento irrestricto de estas normas imperativas.⁶⁵

La conjunción de ambas consideraciones, tanto la relativa al problema de dimensiones estructurales de dominación y exclusión en perjuicio de las mujeres, como la relacionada con el estatus imperativo de las normas que prescriben la igualdad y la no discriminación y prohíben las violaciones a la integridad personal, funcionan como elementos imprescindibles que justifican la necesidad de dotar de efectos a la sentencia de amparo que sean capaces de transformar sustancialmente la realidad de las relaciones de poder dentro de las cuales se inserta la exclusión legislativa para acceder a servicios de salud que materialicen la libre decisión de las mujeres para interrumpir legalmente su embarazo. Buscar un mero

CDH, A/HRC/22/53, Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes, párr. 82.

⁶³ Este es el tratamiento jurídico que el derecho internacional atribuye a las normas de *ius cogens*, de acuerdo con el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) de 1969 y el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (CVDTEOI) de 1986. Ambas convenciones, que codifican normas consuetudinarias de derecho internacional general, han sido además firmadas y ratificadas por el Estado mexicano.

⁶⁴ También la SCJN ha invocado el carácter imperativo de las normas de *ius cogens*, como el derecho a la no discriminación, para sostener sus argumentaciones en este sentido: SCJN, Primera Sala, "Amparo en revisión 152/2013", 212.

⁶⁵ Tanto el artículo 27 de la CVDT como el artículo 27.1 de la CVDTEOI estatuyen que: "[u]n Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado". Si esta prescripción opera respecto del cumplimiento del derecho convencional -el derecho nacido de los tratados internacionales- con mayor razón e intensidad lo hará en relación con el derecho internacional imperativo -las normas inderogables de *ius cogens*.

efecto restitutorio de la sentencia implicaría tanto desconocer el problema estructural, como minar la fuerza imperativa de las normas de *ius cogens*.

De esta manera, se justifica la necesidad de buscar efectos reparadores que trasciendan a la afectación individual para contribuir a la corrección de las relaciones de dominación a las que se somete permanentemente a las mujeres, a través de la inclusión en ley de la regulación de la ILE, de forma que se garantice la protección de sus derechos violentados como consecuencia de la exclusión impugnada. Reconocer esta posibilidad, como argumentado antes, no entra en conflicto con el principio de relatividad ni con el principio de división de poderes, sino que, por el contrario, los optimiza mediante su aplicación funcional de conformidad con los fundamentos y los fines mismos del Estado constitucional: la protección de las personas y de sus derechos fundamentales. Así, la relatividad de la sentencia de amparo quedará modulada a partir de las particularidades del caso concreto, teniendo como referencia las necesidades específicas, las violaciones aducidas y la generalidad o estructuralidad de las vulneraciones mismas.

En contraste, una aplicación categórica del principio de relatividad significaría un obstáculo insalvable que afectaría la accesibilidad al juicio de amparo, y por tanto su efectividad, frente a este tipo de violaciones que implican la exclusión de la protección legal de un grupo o categoría de personas y cuya única forma de resarcir y de transformar, en cierta manera, la realidad de opresión en la que se ubican es a través de su inclusión en el régimen legal que les excluye manifiestamente. Por lo tanto, vincular los efectos generales de la modificación o adición legal que permitiere la inclusión de las personas indebidamente excluidas, con la (im)procedencia del juicio de amparo equivaldría a excluir, a su vez, a estas personas del acceso a la justicia al no contar con un recurso que pueda establecer la violación a sus derechos y disponer los medios para su resarcimiento integral. Así, esta posición categórica que impide, en todos los casos, conocer los méritos de una acción de amparo basándose ya no en los requisitos de admisibilidad, sino en los posibles efectos de la sentencia que se dicte en el juicio, lo convierte en un “recurso ilusorio” para combatir las violaciones a los derechos que se originan en estructuras –jurídicas, políticas, sociales– excluyentes, configurándose así un “cuadro de denegación de justicia”⁶⁶ para los grupos afectados, perpetuando las relaciones de dominación.⁶⁷

⁶⁶ Corte IDH, “Caso Tribunal Constitucional vs. Ecuador (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, Sentencia del 28 de agosto de 2013, serie C, núm. 268, párr. 228.

⁶⁷ Tal como ha resultado del amparo en revisión 598/2017 resuelto el 25 de octubre de 2018 por el Tribunal Colegiado en materias Administrativa y Civil del Octavo Circuito, el cual, ante un planteamiento como el aquí sostenido, ha considerado que este tipo de afectaciones a los derechos, a pesar de ser constitucionalmente relevantes, “no son

De lo anterior, se sigue que al aceptar una interpretación funcional del principio de relatividad que permita su modulación en el caso concreto lograría sustentar la idoneidad del juicio de amparo como un recurso efectivo *capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido*,⁶⁸ es decir, que se traduce en la posibilidad real de materializar la protección del derecho reconocido mediante la aplicación idónea de un pronunciamiento judicial⁶⁹ que provea toda aquella medida necesaria para garantizar el pleno goce de los derechos violados.

Así las cosas, y tomando en consideración: la obligación constitucional de regular los servicios de salud, la manifiesta exclusión legislativa del Poder Legislativo de las mujeres como beneficiarias de la interrupción legal de su embarazo, la naturaleza vinculante de los derechos fundamentales y, con ellos, del Poder Judicial como institución de garantía, la impenetrable esfera de lo indecible, incluso para el Poder Legislativo, conformada por los derechos humanos, así como la obligación de protegerlos y garantizarlos y el deber de prevenir su violación; es que se vislumbra la pertinencia de una interpretación funcional del principio de relatividad que permita su modulación en el caso concreto a partir de la necesidad de darle efectos trasformativos y sustantivos a la sentencia de amparo que permita afrontar los problemas estructurales que ubican a ciertas personas o grupos de personas excluidas en un plano de subordinación e inferioridad por no contemplarse la protección legal de sus necesidades y particularidades, lo cual puede ser especialmente grave cuando se afecten derechos protegidos por normas imperativas cuya vulneración no es posible justificar de forma alguna.

En conclusión, esta interpretación funcional, que debe preferirse bajo el esquema de la interpretación más favorable,⁷⁰ permitirá reconocer la efectividad del juicio de amparo como recurso de protección judicial, al posibilitar, una vez reunidos los requisitos de admisibilidad, determinar la violación a derechos humanos, así como disponer de todas las medidas necesarias y suficientes, incluidas las que deba desarrollar el Poder Legislativo, que contribuyan a la corrección de las estructuras que amparan, alientan o permiten la vulneración de esos derechos, lo cual será expresión inmediata y concreta del principio *pro persona* como base para el reconocimiento de las personas y de sus derechos en el universo jurídico.

adecuadas para dirimirse en sede jurisdiccional a través del juicio de amparo" (82), perdurando así la denegación de justicia.

⁶⁸ Corte IDH, "Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (Fondo)", Sentencia del 29 de julio de 1988, serie C, núm. 4, párr. 166.

⁶⁹ Corte IDH, "Caso Furlan y familiares vs. Argentina (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)", Sentencia del 31 de agosto de 2012, serie C, núm. 246, párr. 209.

⁷⁰ Al respecto véase Gerardo Mata Quintero, "El principio pro persona: la fórmula del mejor derecho", *Cuestiones Constitucionales*, núm. 39 (julio-diciembre 2018): 28.

v. Bibliografía

- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: CEPC, 2012.
- Asamblea General. A/RES/67/161. Resolución sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, 20 de diciembre de 2012.
- Atienza, Manuel. *El derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*. Barcelona: Ariel, 2006.
- _____, y Juan Ruíz Manero. *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel, 1996.
- Bobbio, Norberto. *Teoría general de la política*. Madrid: Trotta, 2009.
- Bourdieu, Pierre. *La dominación masculina*. Barcelona: Anagrama, 2000.
- Comité contra la Tortura. CAT/C/PER/CO/4. Examen de los informes presentados por los Estados Partes en virtud del artículo 19 de la Convención. Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura, 25 de julio de 2006.
- Comité de Derechos Humanos. A/HRC/22/53. Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes. Sr. Juan E. Méndez, 1 de febrero de 2013.
- _____. Comunicación 1153/2003, K.L. vs. Perú, 24 de octubre de 2005.
- _____. Comunicación 1608/2007, L.M.R. vs. Argentina, 29 de marzo de 2011.
- _____. Comunicación 2324/2013, Amanda Jane Mellet v. Ireland, 31 de marzo de 2016, CCPR/C/116/D/2324/2013.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación General 24. La mujer y la salud, 1999.
- Comité sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. E/C.12/2000/4. Observación General 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, 11 de agosto de 2000.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas)". Sentencia del 24 de febrero de 2012, serie C, núm. 239.
- _____. "Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación *in vitro*") vs. Costa Rica (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)". Sentencia del 28 de noviembre de 2012, serie C, núm. 257.
- _____. "Caso Cantoral Benavides vs. Perú (Fondo)". Sentencia del 18 de agosto de 2000, serie C, núm. 149.
- _____. "Caso Furlan y familiares vs. Argentina (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)". Sentencia del 31 de agosto de 2012, serie C, núm. 246.
- _____. "Caso Gelman vs. Uruguay (Fondo y Reparaciones)". Sentencia del 24 de febrero de 2011, serie C, núm. 221.
- _____. "Caso Gonzáles Lluy y otros vs. Ecuador (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)". Sentencia del 1 septiembre de 2015, serie C, núm. 298.

- _____. "Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)". Sentencia del 16 de noviembre de 2009, serie C, núm. 205.
- _____. "Caso Loayza Tamayo vs. Perú (Fondo)". Sentencia del 17 de septiembre de 1991, serie C, núm. 33.
- _____. "Caso Rosendo Cantú y otra vs. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)". Sentencia del 31 de agosto de 2010, serie C, núm. 216.
- _____. "Caso Torres Millacura vs. Argentina (Fondo, Reparaciones y Costas)". Sentencia del 26 de agosto de 2001, serie C, núm. 229.
- _____. "Caso Tribunal Constitucional vs. Ecuador (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)". Sentencia del 28 de agosto de 2013, serie C, núm. 268.
- _____. "Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (Fondo)". Sentencia del 29 de julio de 1988, serie C, núm. 4.
- _____. "Caso Ximenes Lopes vs. Brasil (Fondo, Reparaciones y Costas)". Sentencia del 4 de julio de 2006, serie C, núm. 149.
- _____. "OC-4/84 Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización". Opinión consultiva del 19 de enero de 1984, serie A, núm. 4.
- Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. España: Ariel, 1977.
- Ferrajoli, Luigi. "Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista". *Doxa*, núm. 34 (2012).
- _____. *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2010.
- _____. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995.
- _____. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Madrid: Trotta, 2011.
- Grupo de Información en Reproducción Elegida. *Maternidad o castigo. La criminalización del aborto en México*, México: GIRE, 2018.
- _____. *Violencia sin interrupción*. México: GIRE, 2017.
- Lugones, María. "Colonialidad y género". *Tabula Rasa*, núm. 9 (julio-diciembre 2008): 73-101.
- Mata Quintero, Gerardo. "El principio pro persona: la fórmula del mejor derecho". *Cuestiones Constitucionales*, núm. 39 (julio-diciembre 2018): 201-28.
- Organización de Naciones Unidas. A/CONF.177/20/Rev.1. Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer. Beijing, 4 a 15 de septiembre de 1995.
- Pitch, Tamar. *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*. Madrid: Trotta, 2003.
- Quijano, Aníbal. "Colonialidad del poder y clasificación social". *Journal of world-systems research*, vol. VI, 2, parte I (verano-otoño 2000): 342-86.
- Rodotà, Stefano. *Repertorio di fine di secolo*. Roma-Bari: Laterza, 1992.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno. "Controversia constitucional 14/2005". Decisión del 3 de octubre de 2005.

- _____. Pleno. Tesis jurisprudencial P./J. 11/2016. "Libertad de configuración legislativa de los congresos estatales. Está limitada por los mandatos constitucionales y los derechos humanos". *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, l. 34, t. I (septiembre 2016).
- _____. Primera Sala. "Amparo en revisión 416/2010". Decisión del 8 de septiembre 2010.
- _____. Primera Sala. "Amparo en revisión 581/2012". Decisión del 5 de diciembre de 2012.
- _____. Primera Sala. "Amparo en revisión 152/2013". Decisión del 23 de abril de 2014.
- _____. Primera Sala. "Amparo en revisión 1359/2015". Decisión del 15 de noviembre de 2017.
- _____. Primera Sala. Tesis aislada 1a. CCCXLIII/2015. "Derecho a la salud. Algunas formas en que las autoridades deben reparar su violación". *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, l. 24, t. 1 (noviembre 2015).
- _____. Primera Sala. Tesis aislada 1a. XVIII/2018. "Tipos de omisiones como actos de autoridad para fines del juicio de amparo". *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, t. I (marzo 2018).
- _____. Primera Sala. Tesis aislada 1a. XXI/2018. "Principio de relatividad. Su reinterpretación a partir de la reforma constitucional de 10 de junio de 2011". *Semanario Judicial de la Federación*, décima época, t. I (marzo 2018).
- _____. Primera Sala. Tesis aislada 1a. LVIII/2018. "Juicio de amparo indirecto. Es procedente contra omisiones legislativas". *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, t. 2 (junio 2018).
- _____. Primera Sala. Tesis jurisprudencial 1a./J. 45/2015. "Libertad configurativa del legislador. Está limitada por los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación que operan de manera transversal". *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, t. I (junio 2015).
- _____. Primera Sala. Tesis jurisprudencial 1a./J. 46/2015. "Matrimonio entre personas del mismo sexo. No existe razón de índole constitucional para no reconocerlo". *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, l. 22, t. I (septiembre 2015).
- _____. Primera Sala. Tesis jurisprudencial 1a./J. 84/2015. "Matrimonio entre personas del mismo sexo. Las normas civiles que definen la institución del matrimonio como la que se celebra entre un solo hombre y una sola mujer, contienen una distinción con base en una categoría sospechosa". *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, l. 25, t. I (diciembre 2015).
- _____. Segunda Sala. Tesis aislada 2a. VIII/2013. "Omisión legislativa. Es improcedente el juicio de amparo en su contra, conforme al artículo 73, fracción XVIII, de la ley de la materia, en relación con el artículo 107, fracción II, párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos". *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, t. 2 (febrero 2013).
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Derecho penal. Parte general*. México: Porrúa, 2005.
- Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 1995.

El acceso a la educación superior como un derecho humano: comparación entre Argentina y México

Access to higher education as a human right: comparison between Argentina and Mexico

Josefina Patiño Salceda*

Profesora investigadora de la Universidad Pedagógica Nacional
Ciudad de México
josas897@gmail.com

Recibido: 11 de noviembre de 2018

Dictaminado: 6 de diciembre de 2018

* Doctora en Educación por la Universidad Autónoma del Estado de Morelos. Realizó estancia posdoctoral en el Instituto de Investigaciones sobre la Universidad y la Educación de la Universidad Nacional Autónoma de México. Es candidata del Sistema Nacional de Investigadores y profesora investigadora de la Universidad Pedagógica Nacional, Unidad 096. Ha realizado varios estudios sobre las políticas de posgrado en México.

La opinión expresada en este texto es responsabilidad exclusiva de la autora, por lo que no refleja necesariamente la postura de las instituciones en las que colabora.

Resumen

El objetivo de este artículo es analizar el acceso a la educación superior como un derecho humano, a través de una comparación entre los Sistemas de Educación Superior (SES) argentino y mexicano. Se analiza el alcance del derecho humano a la educación superior a través del marco normativo internacional y las observaciones de los comités y relatores especiales de las Naciones Unidas en la materia. Con base en el análisis normativo y la conducta estatal se identifica que tanto Argentina como México han adoptado el derecho humano a la educación superior en sus normativas, no obstante, en la práctica se muestra que México cuenta con muchos desafíos respecto a la garantía de este derecho en condiciones de igualdad de oportunidades, pues en 2014 se observó que más de 70% de la matrícula de educación superior estaba compuesta por personas que pertenecían a los dos quintiles de ingresos más altos, en cambio, las personas de los dos quintiles de ingresos más bajos eran menos de 14%. Ambos países deben atender las observaciones hechas recientemente por los comités de las Naciones Unidas para mejorar la garantía del derecho humano a la educación superior, no obstante, es México el país que debe generar mayores condiciones para hacer valer el disfrute de este derecho.

Palabras clave: acceso a la educación; derechos humanos; derecho a la educación; educación superior; igualdad de oportunidades.

Abstract

The purpose of this article is to analyze access to higher education as a human right by comparing the Argentine and Mexican higher education system (HES). The scope of the human right to higher education is analyzed by means of the international regulatory framework and observations by United Nations special rapporteurs on the matter. Based on regulatory analysis and state conduct, both Argentina and Mexico have adopted the human right to higher education in their regulations, however, in practice, Mexico shows itself to face many challenges regarding the guarantee for this right under equal opportunity conditions. In 2014, it was seen that more than 70% of the higher education enrolment was formed by people who belonged to the two highest income quintiles, while less than 14% of the people were in the two lowest income quintiles. Both countries must heed observations made recently by United Nations committees in order to improve the guarantee for the human right to higher education. Nevertheless, Mexico is the country that should generate better conditions to enforce the enjoyment of this right.

Key words: access to education; human rights; right to education; higher education; equal opportunities.

Sumario

I. Introducción; II. Metodología; III. El derecho a la educación superior en la normativa internacional de derechos humanos; IV. Marcos normativos y mecanismos para el acceso a la educación superior en Argentina y México; V. Los SES argentino y mexicano; VI. Discusión y conclusiones; VII. Bibliografía.

I. Introducción

Antes de las elecciones presidenciales de 2018 en México, uno de los candidatos –Andrés Manuel López Obrador, hoy presidente de la república a partir del 1 de diciembre de 2018– prometió acceso universal a la educación superior en México.¹ Tal promesa provocó intensos debates en redes sociales, en algunos de ellos hubo comparaciones entre el Sistema de Educación Superior (SES) de Argentina y México, poniendo de ejemplo al primero sobre el segundo.² Entre la discusión se encontraba el rechazo o la defensa del *mérito* académico como determinante del acceso, pero no se advirtió la defensa del acceso a la educación superior como un derecho humano.

Aunado a lo anterior, se identificó que Argentina y México presentan conductas que impactan el acceso a la educación superior. En el caso argentino, en 2016 se redujeron las becas, afectando el acceso a estudios de doctorado, posdoctorado y la carrera de investigador dependiente del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas;³ en el mismo año, en México se aprobó un recorte de 23% al presupuesto para el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (Conacyt), hecho que provocó la reducción de las becas de posgrado en sus tres niveles.⁴ Las diferencias entre Argentina y México son usualmente conocidas y la similitud de decisiones que afectan a la Educación Superior (ES) permite suponer que un análisis comparativo entre estos países brindará una visión más clara y profunda sobre estos sistemas.

En este artículo se busca ir más allá de la discusión que surgió en México a principios de 2018 y se propone como objetivo general analizar el acceso a la educación superior como un derecho humano, a través de una comparación entre los SES argentino y mexicano.

¹ Jorge Javier Romero Vadillo, “El dilema de la educación superior”, *Sin embargo*, 29 de marzo de 2018, <https://www.sinembargo.mx/29-03-2018/3402174> (Fecha de consulta: 5 de octubre de 2018).

² Contribuyeron con estos debates: Alma Maldonado, “¿Educación superior para todos? Muchas dudas, pocas respuestas”, *Nexos* (mayo 2018), <https://educacion.nexos.com.mx/?p=1253>; Juan Carlos Yáñez, “Educación superior gratuita en México”, *El diario de la educación*, 19 de septiembre de 2018, <http://eldiariodelaeducacion.com/blog/2018/09/19/educacion-superior-gratuita-en-mexico/>; Blanca Heredia, “Repensando el acceso a la universidad”, *Educación Futura*, 11 de abril de 2018, <http://www.educacionfutura.org/repensando-el-acceso-a-la-universidad-i/> (Fecha de consulta: 5 de octubre de 2018).

³ Pablo Nahuel Di Napoli, “La educación superior en Argentina (Parte 1)” Leticia Pogliagli y Nahel Di Napoli, *xI Curso Interinstitucional del Seminario de Educación Superior en la UNAM*. [Video], 5 de noviembre de 2017, https://www.youtube.com/watch?v=zMlql7Vuj_w&feature=youtu.be (Fecha de consulta: 10 de diciembre de 2017).

⁴ Sergio Andrade Ochoa, “Ciencia en México y reducción de becas Conacyt”, *Animal político*, 26 de abril de 2017, <http://www.animalpolitico.com/blogueros-zoon-peaton/2017/04/26/ciencia-mexico-la-reduccion-becas-conacyt/> (Fecha de consulta: 5 de enero de 2018).

II. Metodología

Para realizar el estudio se utilizó el método comparativo de datos cualitativos y cuantitativos. Se partió de la perspectiva analítica del derecho internacional de los derechos humanos, para lo cual se retomaron tres niveles de análisis propuestos por Jongitud Zamora para abordar el derecho a la educación: 1) el normativo, 2) la interpretación autorizada de las normas internacionales hechas por los comités de cada marco normativo y 3) la conducta del Estado respecto a la aplicación del derecho.⁵ Con estos tres niveles de análisis se buscó responder a tres preguntas: ¿cuál es el alcance del derecho humano a la educación superior en el marco normativo internacional?, ¿cómo se interpreta este derecho por los comités especializados de las Naciones Unidas? y ¿cuál es la conducta de dos Estados nacionales respecto a la aplicación de este derecho?

Para contestar la primera pregunta se revisó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y el Protocolo de San Salvador,⁶ documento adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, además se analizó la interpretación del derecho a la educación superior que han hecho los comités de las Naciones Unidas, encargados de la vigilancia de la aplicación de los tratados internacionales; después se hizo una revisión del derecho humano a la educación superior en los marcos normativos nacionales, los mecanismos de acceso que operan en cada país, así como las fuentes de financiamiento de las que se dispone; posteriormente se efectuó el análisis de los SES argentino y mexicano con base en algunos indicadores sobre acceso, Índice de Desarrollo Humano, eficiencia terminal y la distribución de la matrícula por sector de sostenimiento; finalmente se discute el tema y se presentan algunas conclusiones. Así, el artículo se divide en tres apartados que corresponden a los tres niveles de análisis comentados.

⁵ Jaqueline del Carmen Jongitud Zamora, "El derecho humano a la educación superior", *Revista de la Educación Superior*, vol. 46, núm. 182 (mayo 2017): 46-47. Esta autora menciona un cuarto nivel de análisis relativo a: 4) "la orientación de la evolución de los acuerdos", cuyo abordaje rebasa el alcance del presente artículo, por lo que no se abordará en esta ocasión. No está por demás mencionar que este cuarto nivel de análisis se refiere a los instrumentos emitidos por los organismos especializados sobre la educación superior. Por ejemplo: *La Recomendación relativa a la condición del personal docente de enseñanza superior* y *La Declaración de la conferencia regional de educación superior en América Latina y el Caribe*.

⁶ Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, "Protocolo de San Salvador", aprobado y suscrito por la Asamblea General de las Naciones Unidas, El Salvador, 27 de noviembre de 1988, artículo 13, numeral 3, inciso c.

III. El derecho a la educación superior en la normativa internacional de derechos humanos

En este apartado se hace una breve revisión de algunos documentos normativos del derecho a la educación superior para discutir cuál es su alcance. Se sabe que el derecho a la educación básica es una obligación de los Estados que así lo establecen en sus normativas y además suscriben los tratados internacionales, esto significa que son los responsables de garantizar el derecho a la educación desde preescolar hasta media superior, esto es claro para la educación obligatoria, pero no así para la educación superior.

a) Reconocimiento del derecho a la educación superior

Uno de los primeros documentos que reconocieron de forma explícita el derecho a la educación superior fue la Declaración Universal de Derechos Humanos –aceptada y proclamada en 1948–, en la cual se señala que:

Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.⁷

Como puede observarse en la cita anterior, la parte que se refiere a la educación superior menciona el derecho igual para todos en función de los *méritos*. En 1966 esta perspectiva se amplía con el establecimiento del PIDESC al señalar que: “La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita”.⁸ En 1988 esta misma perspectiva fue adoptada en el artículo 13, numeral 3, inciso c del Protocolo de San Salvador,⁹ documento adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José de Costa Rica.

⁷ Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, París, 10 de diciembre de 1948, artículo 26, numeral 1.

⁸ Pacto Internacional de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales, aprobado por la Asamblea General, Nueva York, 16 de diciembre de 1966, artículo 13, numeral 2, inciso c.

⁹ Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, “Protocolo de San Salvador”, artículo 13, numeral 3, inciso c.

En 1998, la primera relatora del Derecho a la Educación designada por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), Katarina Tomaševski, sugirió que los Estados nacionales debían garantizar la *accesibilidad* a la educación dando prioridad inmediata y completa a la educación primaria, para enfocarse de manera gradual a los demás niveles educativos. La accesibilidad, entendida como una de las cuatro características del derecho a la educación propuestas por Tomaševski debe garantizarse bajo dos principios: la no discriminación y la gratuidad,¹⁰ no obstante, desde el enfoque de derechos humanos¹¹ se ha discutido poco sobre la aplicación de estos dos principios para la educación superior.

Por lo anterior, se entiende que la normativa internacional del derecho humano a la educación superior establece tres asuntos básicos que corresponden al Estado: *a)* crear todos los medios apropiados para hacer efectiva la aplicación del derecho, *b)* implantar de manera progresiva la gratuidad y *c)* hacer accesible la educación superior igualmente para todas las personas sobre la base de la capacidad de cada una.¹² De acuerdo con el análisis de Jongitud Zamora, el contenido del derecho a la educación superior fue interpretado por los comités especializados de las Naciones Unidas a través de sus observaciones, en particular de la Observación General 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, manifestando lo siguiente:

Tabla 1. Interpretación del contenido del derecho a la educación superior

Contenido	Interpretación de los comités y relatores especiales de las Naciones Unidas
Medios apropiados para hacer efectiva la aplicación del derecho	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Normas para proteger y garantizar el derecho en ámbitos públicos y privados. ▪ Generar recursos que permitan la invocación del derecho ante los tribunales. ▪ Elaborar y aplicar un plan nacional para dar seguimiento al suministro del derecho, así como realizar la valoración de lo que falta por hacer. ▪ Financiar al máximo al sistema para garantizar el derecho a la educación, dando prioridad a la educación primaria sin desatender el avance progresivo de la educación superior.
Implantación progresiva de la gratuidad	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Adopción de medidas deliberadas, concretas y efectivas para avanzar en la garantía del derecho. ▪ La gratuidad es entendida como sin coste alguno. ▪ La gratuidad debe incentivar el disfrute del derecho, especialmente en los sectores en mayor situación de vulnerabilidad y desprotección.

¹⁰ Alfonso Ruiz, Mónica Yerena, Josefina Patiño, Juan Carlos Robles y Zaira Magaña, "El derecho a la educación de niños, niñas y adolescentes en México, una valoración sobre su cumplimiento", *Red por los derechos de la infancia en México*. México: Redim, 2018. [En edición].

¹¹ En estudios sobre política educativa en México se destaca un amplio número de investigadores que discuten y abogan por la educación superior pública, algunos de ellos son: Eduardo Ibarra Colado, Adrián Acosta Silva, Manuel Gil Antón, y Adrián de Garay.

¹² Jongitud Zamora, "El derecho humano a la educación superior", 49.

Tabla 1. Interpretación del contenido del derecho a la educación superior (*continuación*)

Contenido	Interpretación de los comités y relatores especiales de las Naciones Unidas
Accesibilidad sobre la base de la capacidad de cada uno	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Sistema de ingreso en el cual todas las personas tengan condiciones de equidad e igualdad para participar del derecho, es decir: <i>a)</i> asegurar que las condiciones socioeconómicas de las personas no se conviertan en un factor de desigualdad ni un obstáculo de igualdad en las oportunidades de acceso; <i>b)</i> entender la educación superior como un bien público y social, <i>c)</i> el mérito o la capacidad se entienden como un asunto de interdependencia con otros derechos, se debe interponer la responsabilidad de formar a un profesionalista, que a su vez requiere de conocimientos mínimos para su formación y posterior ejercicio profesional, contribuyendo con su quehacer a la aplicación de otros derechos, como el derecho a la salud, por ejemplo. ▪ Sistema de ingreso en condiciones de igualdad y no discriminación por motivos de edad, género, estado civil, discapacidad, etcétera. Esto implica medidas concretas como: <i>a)</i> un sistema de becas, <i>b)</i> mayores recursos para grupos tradicionalmente desatendidos, <i>c)</i> acciones afirmativas para favorecer a grupos en condiciones de vulnerabilidad y <i>d)</i> implantación de ajustes razonables para garantizar el acceso a la educación.

Fuente: Elaboración propia con base en Jongitud Zamora, "El derecho humano a la educación superior", 47-49. Las interpretaciones anteriores derivan del Comité DESC en 1990, 1999 y 2009, así como de los informes de los relatores especiales del Derecho a la Educación de la ONU en 2011, 2012 y 2013.

Respecto a la accesibilidad en función del mérito, hay que señalar que este contenido se ha malinterpretado haciendo uso del mérito mediante "exámenes de admisión a la educación superior [que] no son otra cosa que mecanismos para administrar la escasez".¹³

En torno a la aplicación del derecho se ha observado que el reconocimiento de la educación superior como un derecho humano ha avanzado paulatinamente, dado que de 1970 a 2014 aumentó de 10 a 29% de Estados nacionales, este último porcentaje se compone de 36 Estados, 18 reconocen y garantizan el derecho a la educación superior, además de que cuentan con mecanismos para hacerlo exigible y otros 18 que además aseguran la gratuidad de la educación superior.¹⁴

b) Observaciones para Argentina y México por parte de los comités de la ONU

ARGENTINA

En 2018, en las observaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) al Estado argentino se reconoció el compromiso de éste para garantizar un gasto so-

¹³ Romero Vadillo, "El dilema de la educación superior", <https://www.sinembargo.mx/29-03-2018/3402174> (Fecha de consulta: 5 de octubre de 2018).

¹⁴ Jongitud Zamora, "El derecho humano a la educación superior", 48.

cial de 6% del Producto Interno Bruto (PIB), pero manifestó su preocupación por los posibles recortes en el gasto social para la educación en el marco de medidas de ajustes estructurales. De igual manera subrayó la necesidad de impulsar la educación inclusiva que garantice el acceso a las personas con discapacidad y la educación intercultural bilingüe.¹⁵

Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés) reconoció la elevada tasa de alfabetismo (98%) entre las mujeres y los hombres de más de 15 años en Argentina, pero también externó su preocupación por la insuficiente representación de las mujeres en disciplinas dominadas tradicionalmente por los hombres, como las matemáticas, la ingeniería y las nuevas tecnologías de la información.¹⁶

MÉXICO

En el caso de México, el relator especial sobre el Derecho a la Educación de la ONU, emitió su informe en el cual destacó que México cuenta con una gran oferta de educación superior universitaria y tecnológica, que es orgullo de Latinoamérica. No obstante, externó su preocupación dado que aún no se ha logrado la obligación de destinar 8% del PIB a la educación, tal como lo establece la Ley General de Educación.¹⁷

El relator especial consideró que las exclusiones de las oportunidades educativas en México tienen destinatarios muy precisos, que se pueden resumir en una frase: “las poblaciones pobres reciben una educación pobre”. Para ilustrar esta situación, señaló que ni 1% de la población indígena que ingresa a primaria logra entrar a la universidad, a diferencia de 17% de la población nacional. Por otro lado, reconoció que las universidades interculturales tienen una gran demanda en los sitios donde funcionan, lo cual prueba que los pueblos indígenas responden a las oportunidades que se les presentan, por lo que consideró que la creación de estas universidades es uno de los principales aciertos del Estado mexicano y constituye un proyecto educativo estratégico que busca promover la formación de profesionales comprometidos con el desarrollo económico, social y cultural de los pueblos indígenas.¹⁸

¹⁵ Comité DESC, E/C.12/2018/SR.36 y 37, Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico a la Argentina. Observación General 61. Educación, 12 de octubre de 2018.

¹⁶ Comité CEDAW, CEDAW/C/ARG/CO/7, Observación General 28. Educación, 25 de noviembre de 2016.

¹⁷ Asamblea General del Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/14/25/Add.4. Marco legal interno y políticas nacionales y estatales. Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, Sr. Vernor Muñoz. Adición. Misión a México, 8 al 18 de febrero de 2010.

¹⁸ Asamblea General del Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/14/25/Add.4. Marco legal interno y políticas nacionales y estatales.

Por su parte, el Comité DESC emitió observaciones al Estado mexicano en las que se advierte una especial preocupación por las condiciones de acceso y permanencia en el sistema educativo de grupos de población en situaciones de particular vulnerabilidad y marginación, como personas indígenas, personas con discapacidad, en condiciones de pobreza, migrantes, mujeres, familiares de personas desaparecidas y personas desplazadas por la violencia generalizada.¹⁹

En sus observaciones a México, emitidas en julio de 2018, el Comité CEDAW externó su preocupación sobre las barreras estructurales en el acceso de las mujeres a la educación universitaria de alta calidad, debido a las escasas asignaciones presupuestarias, la infraestructura escolar deficiente, la escasez de material didáctico y la falta de docentes cualificados, especialmente en comunidades indígenas y zonas rurales. El Comité recomendó al Estado mexicano combatir los estereotipos discriminatorios y las barreras estructurales que impidan a las adolescentes proseguir sus estudios después de la enseñanza secundaria y alentar su matriculación en disciplinas como la ciencia, la tecnología, la ingeniería y las matemáticas.²⁰

Con base en la revisión anterior puede observarse que el reconocimiento de la educación superior como un derecho humano garantizado de manera efectiva por el Estado está reflejado en la normativa internacional del derecho a la educación y en la interpretación de los comités y relatores especiales de la ONU, no obstante, este reconocimiento y su aplicación por parte de los Estados ha avanzado de manera paulatina. Asimismo, fue posible notar que las observaciones de los comités para México implican mayores retos en comparación con los que fueron señalados para Argentina.

IV. Marcos normativos y mecanismos para el acceso a la educación superior en Argentina y México

En este apartado se hace una revisión de las leyes nacionales sobre la educación superior, de los mecanismos de acceso que operan en cada país, así como de las fuentes de financiamiento. Así se podrá observar que los procedimientos de admisión y selección para ingresar a la ES son muy distintos en Argentina y en México, en el primero existe una ley que permite el tránsito libre entre educación secundaria y terciaria; mientras en México existen procesos

¹⁹ Comité DESC, E/C.12/2018/SR.2 y 3, Observaciones finales sobre los informes finales quinto y sexto combinados de México, Observación General 55, Desplazados internos, 29 de marzo de 2018.

²⁰ Comité CEDAW, CEDAW/C/MEX/CO/9, Observación General 37. Educación, 25 de julio de 2018.

de selección que incluyen la aplicación de exámenes cuyo resultado determina en gran medida el acceso a las instituciones.

ARGENTINA

En Argentina la educación superior comprende “instituciones de educación superior no universitaria, sean de formación docente, humanística, social, técnico-profesional o artística; [e] instituciones de educación universitaria, que comprende universidades e institutos universitarios”.²¹ En el artículo 7º de la Ley de Educación Superior se establece que:

Para ingresar como alumno a las instituciones de nivel superior, se debe haber aprobado el nivel medio o el ciclo polimodal de enseñanza. Excepcionalmente, los mayores de 25 años que no reúnan esa condición podrán ingresar siempre que demuestren, a través de evaluaciones que las provincias, la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires o las universidades en su caso establezcan, que tienen preparación y/o experiencia laboral acorde con los estudios que se proponen iniciar, así como aptitudes y conocimientos suficientes para cursarlos satisfactoriamente.²²

En el artículo 13 de la dicha ley se establece como un derecho del estudiante el acceso a la educación superior sin ningún tipo de discriminación, con posibilidades de obtención de becas, créditos u otros apoyos para garantizar la igualdad de oportunidades para el acceso y la permanencia en el sistema. Posteriormente, en 2015 se aprobó la Ley de Implementación Efectiva de la Responsabilidad del Estado en el nivel de Educación Superior núm. 27.204, la cual modificó algunos artículos e incluyó dos nuevos, el artículo 2º *bis* que establece la gratuidad de los estudios en todas las instituciones que dependen del financiamiento estatal y el artículo 7º,²³ que señala que todas las personas que aprueben la educación secundaria podrán ingresar a la educación superior.²⁴ Aunque la ley no había sido reglamentada antes de marzo de 2016, se reconoce que los cambios y las nuevas incorporaciones a ésta reflejan lo que ya sucedía en la mayoría de las Instituciones de Educación Superior (IES), a pesar de

²¹ Ley de Educación Superior de Argentina No. 24.521 del 7 de agosto de 1995 (*Boletín Oficial*), artículo 1º.

²² Ley de Educación Superior de Argentina No. 24.521, artículo 7º.

²³ La ley incluye excepciones cuando los aspirantes no terminan la educación secundaria en el tiempo establecido. Entre las excepciones también se encuentra el cobro de carreras ofertadas en la modalidad de enseñanza a distancia o virtual y los programas postítulo para los graduados del nivel *no universitario* que desean obtener el grado de licenciatura.

²⁴ Ana García de Fanelli, *Informe nacional: Argentina. Educación Superior en Iberoamérica. Informe 2016* (Argentina: Univer-sia-Cinda, 2016), https://www.researchgate.net/publication/311510219_Informe_Nacional_Argentina (Fecha de consulta: 5 de octubre de 2018).

ello, algunos datos reflejan un crecimiento importante de la matrícula en el sector privado.²⁵ Una posible explicación a este fenómeno es la inexistencia de restricciones en el acceso a la educación superior pública en Argentina, no obstante, el primer ciclo de las carreras funge como filtro para la permanencia de los estudiantes en las instituciones;²⁶ en la Universidad de Buenos Aires (UBA) la inscripción a la carrera está condicionada a la aprobación de todas las asignaturas del primer ciclo.²⁷

Con respecto al financiamiento, se observa que el gobierno argentino ofrece siete tipos de becas para estudios *universitarios* y *no universitarios*, tres más para posgrado y una de éstas con especial interés en temas prioritarios de ciencia y técnica. Entre los siete tipos de beca se encuentran la Universitaria-Ingreso para estudios de pregrado y grado o de profesorado terciario; la Universitaria-Sociales y Salud para estudios de pregrado y grado en estas dos áreas de conocimiento; la Universitaria-Ciencia y Técnica, para estudiar carreras de ingeniería, ciencias aplicadas, naturales, exactas, ciencias básicas y enfermería; Universitaria-Energía YPF para estudiantes con interés en la industria energética, ciencias de la tierra y del ambiente, y la Universitaria-Enfermería destinada para estudios de enfermería, incluso en el Instituto de Gestión Técnica Superior de gestión privada. Las otras dos becas son para realizar estudios de formación docente, una se denomina Formación docente-compromiso docente y la otra Formación docente-pueblos originarios.²⁸

De las becas mencionadas, todas, excepto dos (Universitaria-Energía YPF y la Formación docente-Compromiso docente) ofrecen prioridad a estudiantes con pertenencia a una comunidad de pueblos originarios o estudiantes con algún tipo de discapacidad. Cabe señalar que de las tres becas para posgrado, ninguna ofrece prioridad a grupos en situación de vulnerabilidad.

MÉXICO

En México el nivel de tipo superior es el que se imparte después de bachillerato o sus equivalentes, se compone de licenciatura, educación normal, especialidad, maestría y docto-

²⁵ Marcela Mollis, "Las reformas de la educación superior en Argentina para el nuevo milenio". *Revista da Avaliação da Educação Superior*, vol. 13, núm. 2 (junio 2018): 520.

²⁶ Leticia Pogliagli, "La educación superior en Argentina (Parte I), Leticia Pogliagli y Pablo Nahuel Di Napoli, XI Curso Interinstitucional del Seminario de Educación Superior en la UNAM". [Video] https://www.youtube.com/watch?v=zMIqI7Vuj_w&feature=youtu.be (Fecha de consulta: 10 de diciembre de 2017).

²⁷ Ana García de Fanelli, *Informe nacional: Argentina. Educación Superior en Iberoamérica. Informe 2016*, <http://www.cinda.cl/wp-content/uploads/2016/11/ARGENTINA-Informe-Final.pdf> (Fecha de consulta: 5 de octubre de 2018).

²⁸ Gobierno de Argentina, "Argentina beca", <http://argentinabeca.educacion.gob.ar/> (Fecha de consulta: 10 de enero de 2017).

rado.²⁹ La Ley General de Educación establece lineamientos para la educación obligatoria, indicando que para el nivel superior son las propias instituciones las que establecen sus leyes. No obstante, a partir de 2011 en el artículo 1º de la Constitución Política federal se estableció que todas las personas se beneficiarán de los derechos humanos reconocidos en ella y de los tratados internacionales suscritos por México; dado que este país firmó el PIDESC y el Protocolo de San Salvador, ambos se convierten en normativa exigible al Estado mexicano. Al respecto ya se cuenta con registro de un caso en el estado de Michoacán de Ocampo, en la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, donde una estudiante acudió a la autoridad para exigir la aplicación del derecho a la educación superior gratuita.³⁰

En México hay una gran diversidad en cuanto a los procesos de selección utilizados para ingresar a la educación superior, pero la mayor parte de universidades públicas y privadas con mayor matrícula aplican el Examen Nacional de Ingreso a la Educación Superior (EXANI II) diseñado por el Centro Nacional de Evaluación de la Educación Superior. Adicionalmente, las instituciones pueden decidir si aplican entrevistas, si toman en cuenta otros exámenes, el promedio del nivel previo, etcétera. En el sector privado existen instituciones que han sido denominadas *de absorción de demanda* en las que no existe un procedimiento *formal y estricto* para el ingreso de los aspirantes. Las universidades federales ubicadas en la zona metropolitana de la Ciudad de México aplican un examen único. Estas instituciones y otras públicas también utilizan otros criterios para otorgar ventajas a los estudiantes que cursaron el nivel previo en su propio sistema, por ejemplo, en la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) se aplica el *pase reglamentario*. El costo de las cuotas en la educación superior mexicana es muy variable, el rango se encuentra entre 0 y 18 000 pesos por semestre (900 dólares estadounidenses aproximadamente).³¹

En este país existen tres tipos de financiamiento para cursar los estudios de educación superior: el financiamiento familiar, préstamos bancarios y programas de becas federales o estatales para beneficiarios específicos. Entre los federales se encuentra la Beca manutención -antes llamada Programa Nacional de Becas para la Educación Superior-,³² destinada para estudios de técnico superior universitario y licenciatura en instituciones públicas, la beca se otorga a estudiantes de familias “cuyo ingreso sea menor o igual a cuatro sala-

²⁹ Ley General de Educación de México del 13 de julio de 1993 (*Diario Oficial de la Federación*, última reforma del 19 de enero de 2018) artículo 37º.

³⁰ Jongitud Zamora, “El derecho humano a la educación superior”, 52-54.

³¹ Elia Marum Espinosa, *Informe nacional: México. Educación Superior en Iberoamérica. Informe 2016*, Universia-Cinda, 1-52. <http://www.cinda.cl/wp-content/uploads/2016/11/MEXICO-Informe-Final.pdf> (Fecha de consulta: 28 de noviembre de 2017).

³² Otorgada por la Coordinación Nacional de Becas de Educación Superior de la Secretaría de Educación Pública (SEP).

rios mínimos per cápita mensuales".³³ Entre los financiamientos estatales se encuentran becas o créditos en los estados de Tamaulipas, Yucatán y Campeche. Entre las acciones afirmativas para apoyar el acceso a la educación superior también se están las becas para madres jefas de familia y jóvenes mexicanos con vocación científica que otorga el Conacyt; las becas que otorga el Programa de Fortalecimiento Académico para Indígenas financiado por Conacyt, el Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas y algunas instituciones públicas otorgan becas a estudiantes con discapacidad.³⁴

Con base en esta revisión se observa que mientras en Argentina el acceso a la educación superior es universal y se encuentra reconocido en la ley, en el caso de México operan mecanismos meritocráticos en las instituciones públicas para administrar la escasez de espacios. Este último caso es emblemático dado que, a pesar de que el Estado mexicano ratificó los instrumentos internacionales relativos al derecho a la educación, solamente se tiene registro de un caso que hizo valer su derecho ante los tribunales correspondientes.

V. Los SES argentino y mexicano

El objetivo de este apartado es comparar a los SES argentino y mexicano, con especial énfasis en la distribución de la matrícula pública-privada, utilizando datos generales y específicos para observar con mayor profundidad el funcionamiento de los sistemas. La información analizada aquí se divide en: *a)* datos generales de cada país, *b)* indicadores sobre acceso y resultados de la educación superior y *c)* composición de la matrícula público-privada, distinguiendo entre pregrado, grado y posgrado.

a) Datos generales de cada país

Al 2017, Argentina contaba con una población de 44 271 041 habitantes;³⁵ este país está dividido en 23 provincias y la ciudad autónoma de Buenos Aires, capital de la república. El sistema de gobierno es representativo, republicano y federal.³⁶ A enero de 2017, México

³³ Marum Espinosa, *Informe nacional: México. Educación Superior en Iberoamérica. Informe 2016*, Universia-Cinda, 16.

³⁴ Marum Espinosa, *Informe nacional: México. Educación Superior en Iberoamérica. Informe 2016*, 16.

³⁵ Datosmacro.com, "Argentina-población", <https://datosmacro.expansion.com/demografia/poblacion/argentina> (Fecha de consulta: 3 de noviembre de 2018).

³⁶ Gobierno de Argentina, "El país", <https://www.argentina.gob.ar/pais> (Fecha de consulta: 5 de diciembre de 2017).

contaba con una población de 123 518 279 habitantes.³⁷ El país se divide en 32 entidades federativas y la Ciudad de México, su capital. El sistema de gobierno es democrático, representativo y federal. Es importante notar que México concentra alrededor del triple de población que Argentina en un territorio menos extenso, de manera que el primero concentra 63 habitantes por kilómetro cuadrado mientras que Argentina apenas cuenta con 13 habitantes por kilómetro cuadrado.

Argentina es un país que ofrece mayores condiciones para lograr la escolarización de su población en comparación con México, esto se deduce de los datos que presenta el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), pues mientras que en Argentina el promedio de años de educación que reciben las personas de 25 años en adelante es de 9.8, en México es de 8.5. Aunque en apariencia, la diferencia entre el promedio de años de educación que se recibe en México y Argentina no es tan grande, sí hay una diferencia importante en los indicadores nacionales si se analiza el Índice de Desarrollo Humano, compuesto por tres dimensiones: *vida larga y saludable, conocimientos y nivel de vida digno*. Con los resultados de este índice Argentina se ubica en el grupo de países con *Desarrollo humano muy alto*, mientras que México se ubica en el siguiente grupo de países con *Desarrollo humano alto*.³⁸ Argentina ocupa el lugar 49 y México el 71 de un total de 187 países para los que se realizó el cálculo.³⁹

b) Algunos indicadores sobre el acceso a la ES

En cuanto a cobertura de educación superior, Argentina registra 60%, este indicador es uno de los más altos en América Latina, mientras que México apenas alcanza 30%, lo que significa que en este país siete de cada 10 jóvenes entre 19 y 23 años no tienen acceso a la educación superior.⁴⁰

Otros indicadores que se relacionan con el acceso a la educación superior son *la población urbana que cuenta con estudios de educación superior completa*; así como la *asistencia escolar*

³⁷ Conapo, "República mexicana: Indicadores demográficos, 2010-2050 en Datos de proyecciones. Estimaciones y proyecciones de la población por entidad federativa", http://www.conapo.gob.mx/es/CONAPO/Proyecciones_Datos (Fecha de consulta: 5 de diciembre de 2017).

³⁸ Los países se agruparon en cuatro categorías: *Desarrollo humano muy alto, alto, medio y bajo*.

³⁹ Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe sobre Desarrollo Humano 2014. Sostener el progreso humano: Reducir vulnerabilidades y construir resiliencia* (Nueva York, 2014), <http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr14-summary-es.pdf> (Fecha de consulta: 9 de enero de 2017).

⁴⁰ Adrián Acosta Silva, "El futuro de la educación superior en México", *Revista Iberoamericana de Educación Superior*, vol. v, núm. 13 (marzo 2014): 11.

en áreas urbanas por los quintiles de ingreso per cápita del hogar del estudiante. De acuerdo con los datos que se presentan en la tabla 2, el porcentaje de población urbana entre 25 y 65 años con educación superior completa es mayor en Argentina que en México. Los datos sobre la asistencia escolar por quintil de ingreso per cápita del hogar permiten notar que el SES mexicano logra un porcentaje muy bajo de asistencia escolar de la población más pobre en comparación con el argentino, en congruencia con este dato, el SES mexicano presenta cifras ligeramente mayores de asistencia escolar de la población más rica, en comparación con el argentino.

A pesar de los malos resultados del SES mexicano en los rubros anteriores, la *eficiencia terminal* es mejor que la del SES argentino. Como se puede ver en la tabla 2, el problema es mayor en el sector público que en el privado, esto podría estar fuertemente relacionado con la condición de aprobar todas las materias del primer ciclo para poder lograr el registro en las carreras del sector público.

Tabla 2. Algunos indicadores de resultados de los SES argentino y mexicano

Indicadores	Argentina		México	
	Población urbana con educación superior completa entre 25 y 65 años (Argentina, 2014) entre 25 y 64 años (México, 2015)	20%		16%
Asistencia escolar en áreas urbanas por quintiles de ingreso per cápita del hogar, en el grupo de 20 a 24 años (2014)	31.3 % (más pobre)	52.5% (más rico)	17.3% (más pobre)	54.2% (más rico)
Eficiencia terminal	30.0%		73%	
	Pública 27.1%	Privada 42.2%	Pública 78%	Privada 63%

Fuente: Elaboración propia con base en Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos. "2. México incluyente y 3. México con Educación de Calidad. En Anexo estadístico del 5º Informe de Gobierno 2016-2017". <http://www.presidencia.gob.mx/quintoinforme/> (Fecha de consulta: 6 de diciembre de 2017); Ana García de Fanelli, *Informe nacional: Argentina. Educación Superior en Iberoamérica. Informe 2016*, y Elia Marum Espinosa, *Informe nacional: México. Educación Superior en Iberoamérica. Informe 2016*, Universia-Cinda, 1-52.

c) Composición de la matrícula: de las generalizaciones a las especificidades

Si se hace referencia a la matrícula de educación superior se está integrando la educación terciaria en sus distintos niveles. En la tabla 3 se puede observar que el SES argentino concentra un total de 2 829 087 estudiantes, mientras que el mexicano aglutina 4 032 992. Estos datos son útiles para comprender el volumen de los sistemas, pero no son pertinentes para comprender el comportamiento de cada nivel educativo y su uso puede ocultar datos significativos. Por ejemplo, si se considera la matrícula total de la educación superior y se

calcula el porcentaje de matrícula pública-privada, se puede notar que el porcentaje de la matrícula pública registra 74% en el caso argentino y 63% en el caso mexicano, esto representa una supremacía del sector público. No obstante, un análisis más específico permite observar que el comportamiento de la matrícula de acuerdo con el sector de sostenimiento puede ser completamente distinto entre sus niveles. En el caso del SES argentino, la diferencia es mínima, pero en el caso del SES mexicano se puede observar que el comportamiento de la matrícula de pregrado y grado es muy distinto al de posgrado, esto no sería visible si las cifras y los cálculos se hacen sólo de manera general, enseguida se explica cada caso.

a) PREGRADO Y GRADO

El SES en Argentina se divide en *pregrado*, equivalente al nivel 5⁴¹ de la Clasificación Internacional Normalizada de la Educación (CINE), también conocida como ISCED (por sus siglas en inglés); *grado*, equivalente al nivel 6⁴² y *posgrados* equivalentes al nivel 7 y 8.⁴³ Sin considerar al posgrado, la formación también puede ser clasificada como educación superior *universitaria* y *no universitaria*. Ésta última contiene las carreras de formación docente y formación profesional o técnica como “las carreras vinculadas con el trabajo y la asistencia social [...] enfermería, radiología, audiología, hemoterapia [...] educación artística, para la enseñanza técnica, para la educación especial, para la educación preescolar, etc.”,⁴⁴ este tipo de formación también existe en el sistema *universitario* pero su matrícula representa menos de 10% del total. Dentro del sector *universitario* hay una gran heterogeneidad en cuanto a la concentración de matrícula, no obstante 58% se registra sólo en siete universidades nacionales, las cuales cuentan con un promedio de 30 000 estudiantes cada una.⁴⁵

El SES mexicano es más grande que el argentino pues el primero rebasa al segundo por más de un millón de estudiantes. En 2014, considerando solamente pregrado y grado, en Argentina existían 2 236 IES, las cuales registraban un total de 2 684 935 estudiantes; de

⁴¹ El nivel 5 es equivalente al técnico superior de México o a la educación no universitaria de Argentina.

⁴² El nivel 6 es equivalente a licenciatura.

⁴³ El nivel 7 es equivalente a especialización o maestría, y el 8 al doctorado. La categoría *pregrado* también se utiliza para referirse al nivel 5 y 6 de la CINE y *grado* para referirse al posgrado, tal como las usa Elia Marúm en el informe Cinda de México (2016), pero en este ensayo se decidió utilizar la que propone García de Fanelli en el informe Cinda de Argentina (2016), *pregrado* para el nivel 5, *grado* para el nivel 6 y *posgrado* para el nivel 7 y 8 de la CINE.

⁴⁴ Norberto Fernández Lamarra, “Evolución y contexto histórico de la educación superior”, *La educación superior en la Argentina* (Argentina: IESALC-UNESCO y Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología de la República de Argentina, 2002), 17, <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001494/149464so.pdf> (Fecha de consulta: 15 de diciembre de 2017).

⁴⁵ García de Fanelli, *Informe nacional: Argentina. Educación Superior en Iberoamérica. Informe 2016*, 40.

ese total, sólo 123 eran instituciones *universitarias* que contenían a 70% de los estudiantes y 2 213 eran instituciones *no universitarias* que contenían 30% de los estudiantes. En el caso de México había 2 900 instituciones que concentraban a 3 718 995 estudiantes, de los cuales 291 898 recibían formación de pregrado, esto representaba 7.8% del total de estudiantes. El porcentaje de pregrado en México es menor que el de Argentina, esto se debe a que en éste, la formación docente es parte de la formación *no universitaria*, no así en México.⁴⁶ No se cuenta con datos que permitan distinguir cuántas instituciones concentraban a estudiantes de pregrado y cuántas a los de grado (véase tabla 3).

En ambos SES el número de IES privadas representa más de 50% del total de instituciones, a pesar de ello, la matrícula sigue teniendo mayor representación en el sector público, en el sector privado se registra 26% para el caso argentino y 31% para el caso mexicano, lo que significa una diferencia de cinco puntos porcentuales entre cada país, evidenciando una mayor proporción de estudiantes en México que deben pagar para recibir este tipo de educación (véase tabla 3).

POSGRADO

La mayor diferencia entre el caso mexicano y el argentino se encuentra en el volumen de matrícula del posgrado y la proporción que se registra en el sector privado. La matrícula de posgrado en México es mayor a la de Argentina, registrando 313 997 estudiantes el primero y 144 152 el segundo. En Argentina la proporción de matrícula de posgrado del sector privado es poco menor a una cuarta parte (23.4%), en cambio en México, la proporción es de la mitad (53%), lo que significa que en México la mitad de los estudiantes están inscritos en instituciones privadas y, por lo tanto, deben pagar para recibir este tipo de formación. Este dato debe tomarse con cuidado, pues en ambos casos los estudiantes deben pagar cuotas tanto en instituciones públicas como en privadas.

Como se puede ver en la tabla 3, el posgrado mexicano en su conjunto registra la mitad de la matrícula en el sector privado, pero si se analiza por cada uno de los niveles se puede observar que cada uno presenta diferentes proporciones de matrícula en el sector privado. De los tres niveles destaca el de maestría por concentrar 70.1% del total de matrícula de pos-

⁴⁶ Sería conveniente analizar con mayor profundidad las distintas nomenclaturas utilizadas en la construcción de las estadísticas nacionales de cada país, sobre todo para entender cómo se clasifica la formación docente. De acuerdo con los documentos revisados la formación docente en Argentina no tiene el rango de formación universitaria (equivalente a licenciatura o nivel 6 del ISCED) en cambio en México, se podría hacer referencia a una formación docente no universitaria y a la formación docente adquirida en la Licenciatura en Educación Normal.

grado, seguida por la especialidad con 16.7% y doctorado con 12.5%. El nivel de maestría no sólo concentra la mayor cantidad de matrícula de todo el posgrado, también es el nivel con la mayor proporción de matrícula en el sector privado, pues alcanza 63%, en cambio la especialidad y el doctorado siguen concentrando la mayor proporción en el sector público, 60 y 58%, respectivamente.

En Argentina la especialidad es el nivel que concentra la mayor proporción del total de matrícula de posgrado al registrar 45.8%, mientras la maestría alcanza 37.5% y el doctorado 16.6%. Cabe destacar que en el posgrado de Argentina se observa una importante contención de la matrícula en el sector público, pues todos sus niveles tienen mayor proporción en este sector, especialmente en el doctorado que registra 87%, la especialidad 77% y maestría 72 por ciento.

En ambos SES la matrícula de doctorado es pequeña, en Argentina se registraba un total de 23 993 estudiantes y en México 39 139 sin embargo, la proporción del doctorado respecto a la matrícula total de posgrado es de 23.4% en Argentina y 12.5% en México.

Tabla 3. Composición de matrícula de educación superior en Argentina y México 2014-2015

Niveles	Argentina					México				
	Público	%	Privado	%	Total	Público	%	Privado	%	Total
Educación superior	2 106 477	74	722 610	26	2 829 087	2 717 076	67	1 315 916	33	4 032 992
Pregrado y grado	1 996 060	74	688 875	26	2 684 935	2 580 171	69	1 138 824	31	3 718 995
Posgrado	110 417	77	33 735	23	144 152	136 905	44	177 092	56	313 997
Especialidad	50 791	77	15 237	23	66 028	31 390	60	21 088	40	52 480
Maestría	38 795	72	15 336	28	54 131	82 928	37	139 452	63	222 380
Doctorado	20 831	87	3 162	13	23 993	22 587	58	16 552	42	39 139

Fuente: Elaboración propia con base en García de Fanelli, *Informe nacional: Argentina. Educación Superior en Iberoamérica. Informe 2016* y Elia Marum Espinosa, *Informe nacional: México. Educación Superior en Iberoamérica. Informe 2016*, 1-52.

En Argentina la educación superior *universitaria* y *no universitaria* crecen a ritmos distintos de acuerdo con el tipo de sostenimiento. Durante el periodo 2010-2014 la educación *universitaria* creció más en el sector privado que en el público, la tasa de crecimiento promedio anual (TCPA) fue de 3.4% para el primero y de 1.8% para el segundo. En sentido opuesto la educación *no universitaria* tuvo mayor crecimiento en el sector público que en el privado, presentando una TCPA de 8.1% y 0.3%, respectivamente.

En México la matrícula de pregrado y grado aumentó casi medio millón de estudiantes entre los ciclos 2006-2007 y 2013-2014, lo que vale la pena destacar es que 70% de este

incremento se debió al esfuerzo del sector público, así se crearon 92 nuevas instituciones y 52 extensiones de instituciones que ya existían. También destaca el incremento de la oferta en las modalidades no presenciales, cuya matrícula de pregrado, grado y posgrado aumentó 66% entre 2011 y 2015. El posgrado incrementó 70% de matrícula total entre 2010 y 2015,⁴⁷ sin embargo, es muy probable que su crecimiento haya sido mayor en el sector privado.

VI. Discusión y conclusiones

Las observaciones de los diferentes comités de las Naciones Unidas, la normatividad internacional, los datos estadísticos y la conducta del Estado argentino y el Estado mexicano muestran que el primero ha logrado mayores garantías para la aplicación del derecho humano a la educación superior, en cambio el segundo tiene varios retos, sobre todo, relacionados con la igualdad de oportunidades en el acceso para grupos en situación de vulnerabilidad.

Es importante mencionar que se requieren mejores datos estadísticos para continuar con el análisis de la conducta estatal respecto a la aplicación del derecho. Se sabe que considerar datos generales como el de la asistencia escolar por quintil de ingresos per cápita del hogar, podría estar ocultando resultados más dramáticos al agruparlos en cifras nacionales. Como muestra Marúm (2016),⁴⁸ hay diferencias significativas entre la distribución de la matrícula y la distribución por quintil de ingresos. En México, en 2014, se observaba que casi 70% de la matrícula de nivel superior se ubica en los dos quintiles con mayores ingresos per cápita del hogar, mientras que menos de 14% se ubicaba en los dos quintiles más bajos de ingresos. Si se analiza cuál es el subnivel que estudia la mayor parte de personas con menores ingresos se observa que es el de técnico superior, en cambio, el posgrado es el nivel al que llega un menor número de personas pobres. Esto corrobora la observación de uno de los relatores especiales del Derecho a la Educación respecto a que “las poblaciones pobres reciben educación pobre”.⁴⁹ Esto no es una novedad, el posgrado siempre ha estado al alcance de un reducido número de personas, sin embargo, se esperaba que la situación fuera más equitativa dado que el programa de becas de Conacyt para este nivel tiene un gran alcance y se ha sostenido durante el tiempo, el problema es que la equidad no está en la

⁴⁷ Marum Espinosa, *Informe nacional: México. Educación Superior en Iberoamérica. Informe 2016*, 1-52.

⁴⁸ Marum Espinosa, *Informe nacional: México. Educación Superior en Iberoamérica. Informe 2016*, 1-52.

⁴⁹ Asamblea General del Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/14/25/Add.4. Marco legal interno y políticas nacionales y estatales, párr. 66.

agenda política para este nivel educativo, ni en México ni en Argentina, es decir, en ambos países se otorgan becas pero no se da prioridad a personas en situación de vulnerabilidad.

Las diferencias entre la asistencia escolar de los grupos más pobres y los más ricos, así como el comportamiento diferenciado de la matrícula pública-privada en los niveles de educación superior del SES mexicano, necesariamente requieren mayor cantidad de acciones afirmativas para combatir la desigualdad. De acuerdo con la opinión de Pedro Flores Crespo,⁵⁰ el análisis sobre el acceso a la educación superior debe contemplar la problemática que enfrentan los estudiantes desde la educación media superior, dado que no todo depende de los recursos económicos, lo que implica repensar la equidad más allá de la pobreza.

El ejercicio analítico-comparativo de la matrícula pública privada merece análisis más profundos para corroborar la hipótesis de que ambos SES tienden hacia la privatización de la educación superior, pero lo hacen a ritmos distintos. En el caso argentino, la privatización está escondida detrás del nuevo marco normativo nacional, orientado hacia el sector público y gratuito, no obstante, los datos permiten observar que de manera paralela existe otra estrategia que está permitiendo el incremento de la matrícula en el sector privado. Es necesario analizar con mayor detalle el fenómeno de la eficiencia terminal, pues con los datos revisados se podría suponer que es la propia educación superior pública la que impide la permanencia de los estudiantes después del primer ciclo de formación, esto hace que el ingreso a la ES se vuelva un asunto *restrictivo encubierto*. Este fenómeno podría explicar en parte, el incremento de la matrícula en el sector privado. Otro hecho que apoya el argumento anterior es el interés del gobierno por apoyar en mayor medida la educación *no universitaria* en el sector público, al mismo tiempo que se permite un mayor incremento de la educación *universitaria* en el sector privado.

De los dos SES, el mexicano es el que presenta una mayor tendencia hacia la privatización de la matrícula, de manera muy marcada en el posgrado, específicamente en el nivel de maestría. A pesar de ello, se identificó que en un periodo reciente, el mayor crecimiento de matrícula se presentó en el sector público, en el caso del pregrado y grado.

El ejercicio realizado también permitió observar que el SES mexicano es menos equitativo que el argentino al permitir porcentajes muy reducidos de asistencia escolar a la educación superior en zonas urbanas por parte de la población más pobre. Sería conveniente

⁵⁰ Pedro Flores Crespo, "Educación superior: entre la equidad y la eficiencia", *Educación Futura*, 6 de junio de 2017, <http://www.educacionfutura.org/tag/pedro-flores/page/2/> (Fecha de consulta: 10 de diciembre de 2018).

modificar los mecanismos de acceso a la educación superior y tomar medidas de acción afirmativa que ayuden a reducir pronto las brechas entre los diferentes grupos sociales en situación de vulnerabilidad, pues como señala Patricio Solís el problema no se soluciona con “el incremento en la cobertura de la educación superior [dado que esto] no garantiza una distribución de oportunidades más equitativa, pues los estratos sociales altos harán valer su posición de ventaja para apropiarse de una mayor tajada de las nuevas oportunidades.⁵¹

Por otra parte, sería importante contar con una mayor difusión sobre las formas de hacer valer el derecho a la ES en México, considerándolo una medida de presión para que el Estado establezca mayores condiciones para el disfrute del derecho. Aunado a esto, será importante seguir discutiendo cuáles son las mejores formas para crear esas condiciones. El Gobierno actual ha propuesto la creación de 100 nuevas universidades para fortalecer el sistema, no obstante, algunos académicos como Alma Maldonado y Patricio Solís⁵² han cuestionado esta propuesta, sugiriendo que sería mejor fortalecer las que ya existen, pues se sabe que al menos ocho universidades públicas estatales están al borde del colapso financiero. El problema es complejo, dado que no es suficiente garantizar el acceso, sin vigilar la calidad del sistema, esto significa que necesitamos seguir discutiendo el problema y todas sus aristas, así como calcular los costos y beneficios para tomar las mejores decisiones considerando el momento histórico que vive el país.

VII. Bibliografía

- Acosta Silva, Adrián. “El futuro de la educación superior en México”. *Revista Iberoamericana de Educación Superior*, vol. v, núm. 13 (marzo 2014): 11.
- Andrade Ochoa, Sergio. “Ciencia en México y reducción de becas Conacyt”. *Animal político*, 26 de abril de 2017. <http://www.animalpolitico.com/blogueros-zoon-peaton/2017/04/26/ciencia-mexico-la-reduccion-becas-conacyt/> (Fecha de consulta: 5 de enero de 2018).
- Asamblea General del Consejo de Derechos Humanos. A/HRC/14/25/Add.4. Marco legal interno y políticas nacionales y estatales. Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, Sr. Vernor Muñoz. Adición. Misión a México, 8 al 18 de febrero de 2010.

⁵¹ Patricio Solís, “Mayor matrícula universitaria ¿mayor equidad social?”, *Educación Futura*, 21 de abril de 2014, <http://www.educacionfutura.org/mayor-matricula-universitaria-mayor-equidad-social/> (Fecha de consulta: 10 de diciembre de 2018).

⁵² Comentarios realizados en Twitter.

- Comité CEDAW. CEDAW/C/ARG/CO/7. Observación General 28. Educación, 25 de noviembre de 2016.
- _____. CEDAW/C/MEX/CO/9. Observación General 37. Educación, 25 de julio de 2018.
- Comité DESC. E/C.12/2018/SR.36 y 37. Observaciones finales sobre el cuarto informe periódico a la Argentina. Observación General 61. Educación, 12 de octubre de 2018.
- _____. E/C.12/2018/SR.2 y 3. Observaciones finales sobre los informes finales quinto y sexto combinados de México. Observación General 55. Desplazados internos, 29 de marzo de 2018.
- Conapo. "República mexicana: Indicadores demográficos, 2010-2050 en Datos de proyecciones. Estimaciones y proyecciones de la población por entidad federativa". [Base de datos]. http://www.conapo.gob.mx/es/CONAPO/Proyecciones_Datos (Fecha de consulta: 5 de diciembre de 2017).
- Datosmacro.com. "Argentina-población". <https://datosmacro.expansion.com/demografia/poblacion/argentina> (Fecha de consulta: 3 de noviembre de 2018).
- Declaración Universal de los Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. París, 10 de diciembre de 1948. https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf.
- Fernández Lamarra, Norberto. "Evolución y contexto histórico de la educación superior". *La educación superior en la Argentina*, Argentina: IESALC-UNESCO y Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología de la República de Argentina, 2002. <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001494/149464so.pdf> (Fecha de consulta: 15 de diciembre de 2017).
- Flores Crespo, Pedro. "Educación superior: entre la equidad y la eficiencia". *Educación Futura*, 16 de junio de 2017.
- García de Fanelli, Ana. *Informe nacional: Argentina. Educación Superior en Iberoamérica. Informe 2016*, <http://www.cinda.cl/wp-content/uploads/2016/11/ARGENTINA-Informe-Final.pdf> (Fecha de consulta: 5 de octubre de 2018).
- Gobierno de Argentina. "El país". <https://www.argentina.gob.ar/pais> (Fecha de consulta: 5 de diciembre de 2017).
- _____. "Argentina beca". <http://argentinabeca.educacion.gob.ar/> (Fecha de consulta: 10 de enero de 2017).
- Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos. "2. México incluyente y 3. México con Educación de Calidad. En Anexo estadístico del 5º. Informe de Gobierno 2016-2017". <http://www.presidencia.gob.mx/quintoinforme/> (Fecha de consulta: 6 de diciembre de 2017).
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía. "Extensión de México". <http://cuentame.inegi.org.mx/territorio/extension/default.aspx?tema=T> (Fecha de consulta: 9 de enero de 2017).
- Jongitud Zamora, Jaqueline del Carmen. "El derecho humano a la educación superior". *Revista de la Educación Superior*, vol. 46, núm. 182, (mayo 2017): 45-56.
- Ley de Educación Superior de Argentina No. 24.521 del 7 de agosto de 1995. *Boletín Oficial*.

- Ley General de Educación de México del 13 de julio de 1993. *Diario Oficial de la Federación*, última reforma del 19 de enero de 2018.
- Marum Espinosa, Elia. Informe nacional: México. Educación Superior en Iberoamérica. Informe 2016. Universia-Cinda. <http://www.cinda.cl/wp-content/uploads/2016/11/MEXICO-Informe-Final.pdf> (Fecha de consulta: 28 de noviembre de 2017).
- Mollis, Marcela. "Las reformas de la educación superior en Argentina para el nuevo milenio". *Revista da Avaliação da Educação Superior*, vol. 13, núm. 2 (junio 2018): 520.
- Nahuel Di Napoli, Pablo. "La educación superior en Argentina (Parte 1)" Leticia Pogliagli y Nahuel Di Napoli, *XI Curso Interinstitucional del Seminario de Educación Superior en la UNAM*. [Video], 5 de noviembre de 2017. https://www.youtube.com/watch?v=zMlql7Vuj_w&feature=youtu.be (Fecha de consulta: 10 de diciembre de 2017).
- Pacto Internacional de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales. Aprobado por la Asamblea General. Nueva York, 16 de diciembre de 1966. https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cescr_SP.pdf.
- Pogliagli, Leticia. "La educación superior en Argentina (Parte 1), Leticia Pogliagli y Pablo Nahuel Di Napoli, *XI Curso Interinstitucional del Seminario de Educación Superior en la UNAM*". [Video] https://www.youtube.com/watch?v=zMlql7Vuj_w&feature=youtu.be (Fecha de consulta: 10 de diciembre de 2017).
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, *Informe sobre desarrollo humano 2014. Sostener el progreso humano: Reducir vulnerabilidades y construir resiliencia*. Nueva York, 2014. <http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr14-summary-es.pdf> (Fecha de consulta: 9 de enero de 2017).
- Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, "Protocolo de San Salvador". Aprobado y suscrito por la Asamblea General de las Naciones Unidas, El Salvador, 27 de noviembre de 1988.
- Romero Vadillo, Jorge Javier. "El dilema de la educación superior". *Sin embargo*, 29 de marzo de 2018.
- Solís, Patricio. "Mayor matrícula universitaria ¿mayor equidad social?". *Educación Futura*, 21 de abril de 2014.

El derecho a la salud de las personas migrantes en México: una revisión de la accesibilidad a través del Seguro Social y del Seguro Popular

The right to health of migrants in Mexico: a review of accessibility through Seguro Social and Seguro Popular

Mauro Pérez Bravo*

Visitador adjunto en la Comisión Nacional de los Derechos Humanos

Ciudad de México

mauro050@yahoo.com.mx

Recibido: 27 de marzo de 2018

Dictaminado: 11 de junio de 2018

* Maestro en Filosofía por la Universidad Autónoma de Querétaro y visitador adjunto en la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

La opinión expresada en este texto es responsabilidad exclusiva del autor, por lo que no refleja necesariamente la postura de las instituciones en las que colabora.

Resumen

En el presente artículo se analiza la situación del acceso al derecho a la salud de las personas migrantes en tránsito por México, concretamente en un aspecto: la accesibilidad de los servicios de salud a través del Instituto Mexicano del Seguro Social y del Seguro popular. Se reflexiona en torno a las limitantes que encuentran las personas migrantes en el ejercicio del derecho a la salud, obstáculos que además de jurídicos, son políticos o administrativos. Si bien existen esfuerzos como el Seguro Popular, todavía se identifican deficiencias profundas para acceder a los servicios de salud. Al final, se abordan algunas recomendaciones concretas para optimizar el ejercicio del derecho a la salud de las personas migrantes. Con lo expuesto en el presente trabajo se tiene un diagnóstico inicial sobre el ejercicio del derecho a la salud de las personas migrantes, así como una referencia para realizar mejoras en la normatividad aplicable

Palabras clave: derechos humanos; personas migrantes; salud; seguro popular.

Abstract

In the present work, we carry out the analysis on the situation of access to the right to health of migrants in transit through Mexico, specifically on one aspect: the accessibility through the *Seguro Social* and the *Seguro Popular*. We analyze the limitations that migrants find in the exercise of the right to health, obstacles that are legal, political or administrative. Although there are efforts like Seguro Popular, we still detected deep deficiencies in accessing health services. At the end, we will see some concrete recommendations to optimize the exercise of the right to health of migrants. With the foregoing in this work, you have an initial diagnosis on the exercise of the right to health of migrants, also a reference to make improvements in the applicable regulations.

Keywords: human rights; migrants; health; popular insurance; social security.

Sumario

I. Introducción; II. El derecho a la salud como un derecho humano; III. El acceso a la salud de las personas en situación migratoria irregular; IV. Conclusiones; V. Bibliografía.

I. Introducción

Los derechos humanos son inalienables, universales y se conciben como condiciones mínimas básicas inherentes para todas las personas, en términos del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM). En este sentido, el derecho a la salud, como parte vital del desarrollo íntegro del ser humano, merece ser analizado y estudiado. El presente trabajo de investigación refiere concretamente al acceso a la salud de las personas migrantes en México, situación que involucra tanto ordenamientos de índole nacional como estándares internacionales.

Se verán algunos datos y cifras relevantes sobre el panorama mundial y nacional de la migración. De acuerdo con cifras de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) en su *Informe sobre las migraciones en el mundo 2018*,¹ en 2015 había cerca de 244 millones de personas migrantes en el mundo, lo que representaba 3.3% de la población mundial. De acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística y Geografía, en su Encuesta Intercensal 2015,² se estima que hasta esa fecha vivían en México 1 007 063 personas que habían nacido en otro país.³ En el *Informe mundial sobre desplazamiento interno 2017*,⁴ el Consejo Noruego para Refugiados señaló que en 2016, a nivel mundial, hubo 40.3 millones de personas viviendo en condiciones de desplazamiento a causa de conflictos y violencia en sus países de origen. En México existen poco más de 35 000 personas que han sido víctimas de desplazamiento forzado interno, de acuerdo con datos proporcionados por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH).⁵

¹ Organización Internacional para las Migraciones, *Informe sobre las migraciones en el mundo 2018* (Ginebra: OIM, 2018), https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr_2018_sp.pdf (Fecha de consulta: 11 de diciembre de 2018).

² Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Encuesta Intercensal, 2015. Principales resultados*, 2015, https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/intercensal/2015/doc/eic_2015_presentacion.pdf (Fecha de consulta: 11 de diciembre de 2018).

³ En el informe citado no se precisa si las personas extranjeras que viven en México se encuentran en situación migratoria regular o irregular. Debemos suponer que esa cifra corresponde a las y los extranjeros que viven en México de forma regular, ya que por su naturaleza es sumamente complicado tener datos exactos de personas que se encuentran en situación migratoria irregular en México, aunado a que las y los migrantes en situación irregular buscan no ser detectadas por las autoridades, a fin de evitar procedimientos de deportación, lo que hace más difícil tener cifras exactas sobre cuál es el número de personas en esta situación en nuestro país.

⁴ Consejo Noruego para Refugiados, *Informe mundial sobre desplazamiento interno 2017* (Grid: 2017), <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2017/11172.pdf> (Fecha de consulta: 11 de diciembre de 2018).

⁵ Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Informe especial sobre desplazamiento forzado interno* (DFI) en México, mayo de 2016, http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/2016_IE_Desplazados.pdf (Fecha de consulta: 11 de diciembre de 2018).

A nivel regional, de acuerdo con la OIM, Estados Unidos sigue siendo el principal país de destino de las personas migrantes. Según el informe de la OIM –referido en líneas anteriores–, en 2015 el número de residentes en territorio estadounidense nacidos en el extranjero llegó a los 46.6 millones.

México desde hace muchos años es un país clave en la movilidad humana, tanto para las personas mexicanas como para las y los extranjeros que van hacia Estados Unidos, así como en los últimos años para las personas extranjeras que lo eligen como lugar de destino, según lo señala la OIM en el informe de 2018 que ya se mencionó. Para corroborar lo anterior podemos ver en la siguiente tabla el número de detenciones migratorias por parte de la autoridad administrativa mexicana.

Tabla 1. Personas extranjeras detenidas por la autoridad migratoria mexicana

2014	2015	2016	2017	2018 (octubre)
127 149	198 141	188 595	93 846	118 266

Fuente: Elaboración propia con datos obtenidos de la Unidad de Política Migratoria hasta octubre de 2018.⁶

Como se puede apreciar en la tabla 1, un número significativo de personas en situación migratoria irregular son detenidas por la autoridad migratoria mexicana, lo que da cuenta de un constante y creciente flujo migratorio en México. Además, la migración ya no es exclusiva de un sector particular de la población, por ejemplo, hombres en búsqueda de trabajo. En los procesos de movilidad humana nos encontramos ahora con mujeres como *principales proveedoras y cabezas del hogar*, niñas, niños y adolescentes que migran para buscar reunificarse con su familia,⁷ o también hay quienes tienen que migrar por la violencia generalizada que se vive en los países de origen:⁸

⁶ Secretaría de Gobernación. Unidad de Política Migratoria, “2014 Boletín estadístico anual, 2015 Boletín estadístico anual, 2016 Boletín estadístico anual, 2017 Boletín estadístico anual, y 2018 Boletín estadístico mensual”, http://www.politicamigratoria.gob.mx/es_mx/SEGOB/Boletines_Estadisticos (Fecha de consulta: 11 de diciembre de 2018).

⁷ R. Unda y S. V. Alvarado, “Feminización de la migración y papel de las mujeres en el hecho migratorio”, *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, núm. 10 (2012): 593-610.

⁸ Instituto de Estudios Estratégicos y Políticas Públicas, “Mirador de Seguridad. Boletín núm. 269. Agosto, 2017”, <https://www.iepp.org/boletines/mirador-de-seguridad/2017/Agosto/38-migracion-forzada-y-violencia-en-centroamerica/> (Fecha de consulta: 11 de diciembre de 2018).

Tabla 2. Personas extranjeras detenidas por la autoridad migratoria

Concepto	2014	2015	2016	2017	2018 (octubre)
Mujeres extranjeras presentadas ante la autoridad migratoria	28 693	49 211	47 383	21 242	27 983
Niñas, niños y adolescentes extranjeros presentados ante el Instituto Nacional de Migración, la autoridad migratoria	23 196	38 514	40 114	18 066	26 077
Niñas, niños y adolescentes no acompañados presentados ante la autoridad migratoria	11 043	20 368	17 557	7 326	8 879

Fuente: Secretaría de Gobernación. Unidad de Política Migratoria, "2014 Boletín estadístico anual, 2015 Boletín estadístico anual, 2016 Boletín estadístico anual, 2017 Boletín estadístico anual, y 2018 Boletín estadístico mensual".

En la tabla 2 se observa el aumento significativo de mujeres en situación migratoria irregular detenidas por la autoridad migratoria mexicana. Aunque se vio una disminución de las detenciones en 2017, en 2018 hubo un repunte significativo. En los casos de niñas, niños y adolescentes en situación migratoria irregular se presenta una disminución considerable respecto de 2016, siendo éste en donde más detenciones hubo de niñas, niños y adolescentes migrantes, y se puede apreciar que 2015 y 2016 fueron años especialmente críticos. Empero, con estos datos se tiene un acercamiento a la importancia de la diversificación de la migración como lo señalamos en líneas anteriores.

En esta dinámica migratoria más diversificada y con muchas más aristas, los países receptores de migrantes han incrementado los controles migratorios en sus países, reforzando la tecnología en las fronteras para detectar a personas migrantes; o emitiendo leyes más severas que penalizan la migración irregular, o también adoptando políticas públicas migratorias de carácter represivo que buscan desincentivar los flujos migratorios. En medio de estas iniciativas públicas tendientes a criminalizar la migración, se deben reforzar las acciones concretas con el fin de que los derechos humanos de las personas en contexto de migración sean respetados.

El presente trabajo se estudia el acceso a los servicios de salud, como parte del derecho a la salud de las personas migrantes en tránsito por México, principalmente de las que se encuentran en situación migratoria irregular. Comenzaremos por acercarnos a las nociones de salud y derechos humanos, para posteriormente entrelazar ambos conceptos y analizar en qué consiste el derecho a la salud. Finalmente, nos centraremos en el acceso a la salud de las personas en contexto de migración en su tránsito por México.

Para efecto de realizar el análisis correspondiente, metodológicamente se enfocó la investigación en dos rubros concretos: el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) y el Seguro Popular. Para lo anterior, se realizaron diversas solicitudes de acceso a la información al Instituto Nacional de Migración y a la Comisión Nacional de Protección Social en Salud, a fin de obtener cifras estadísticas que pudiesen proporcionar un panorama sobre el ejercicio del acceso a la salud en México de las personas en contexto de migración.

La información que se sistematizó fue a partir de datos obtenidos de diversas instituciones competentes en la materia, de 2015 hasta mayo de 2018, ello en razón de que se buscó tener un muestreo amplio de la movilidad humana en México, con lo cual se elaboraron gráficas y tablas de datos para poder tener un panorama de la situación sobre el ejercicio del derecho a la salud y su acceso para personas migrantes. Con los datos obtenidos a partir de las gráficas elaboradas, se procedió a analizar el marco normativo vigente en la materia, con el fin de contrastar la efectividad de la norma con la realidad empírica.

Asimismo, se recurrió a la legislación nacional y lineamientos de organismos internacionales, concretamente del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, a través de informes, recomendaciones y observaciones que se la han hecho al Estado mexicano, dirigidas a proponer rutas efectivas para el acceso al derecho a la salud de las personas migrantes.

Para precisar los términos que utilizaremos en el presente documento, seguiremos los lineamientos que nos propone la OIM en su *Glosario sobre migración*:⁹

- *Persona extranjera*: Persona que no es nacional de un Estado determinado. El término abarcaría a la persona apátrida, asilada, refugiada y trabajadora migrante.
- *Persona migrante*: A nivel internacional no hay una definición universalmente aceptada del término *migrante*. Este vocablo abarca usualmente a todos los casos en los que la decisión de migrar es tomada libremente por la persona concernida por *razones de conveniencia persona* y sin intervención de factores externos que le obliguen a ello. Así, esta palabra se aplica a personas y a sus familiares que van a otro país o región con miras a mejorar sus condiciones sociales y materiales, sus perspectivas y las de sus familias.

⁹ Organización Internacional para las Migraciones, *Glosario sobre migración* núm. 7 (Suiza: OIM, 2006), 26, 42 y 43, https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_7_sp.pdf (Fecha de consulta: 11 de diciembre de 2018).

- *Persona migrante en situación regular*: Migrante que ingresa legalmente a un país y permanece en él, de acuerdo con el criterio de admisión. Es la migración que se produce a través de canales regulares y legales.
- *Persona migrante en situación irregular*: Personas que se desplazan al margen de las normas de los Estados de envío, de tránsito o de recepción. No hay una definición universalmente aceptada y suficientemente clara de migración irregular. Desde el punto de vista de los países de destino significa que es ilegal el ingreso, la estadía o el trabajo, es decir, el migrante no tiene la autorización necesaria ni los documentos requeridos por las autoridades de inmigración para ingresar, residir o trabajar en un determinado país. Desde el punto de vista de los países de envío la irregularidad se observa en los casos en que la persona atraviesa una frontera internacional sin documentos de viaje o pasaporte válido, o no cumple con los requisitos administrativos exigidos para salir del país. Sin embargo, hay una tendencia a restringir cada vez más el uso del término *migración ilegal* a los casos de tráfico de migrantes y trata de personas.

En las conclusiones retomamos las principales recomendaciones de organismos expertos en la protección de los derechos humanos, en cuanto a migración se refiere, y realizamos una serie de recomendaciones en materia legislativa para poder garantizar el acceso al derecho a la salud de las personas migrantes, principalmente de las que se encuentran en situación migratoria irregular.

II. El derecho a la salud como un derecho humano

a) ¿Qué es la salud?

La Organización Mundial de la Salud (OMS) es reconocida como el máximo órgano internacional encargado de pronunciarse sobre temas de salud, por lo que su normatividad debe ser observada. Su Constitución establece que la salud es “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”.¹⁰ Se hace especial énfasis en el hecho de que la salud no es sólo una ausencia de enfermedad, sino que, en sentido positivo, es un estado completo de bienestar que incluye diversos ámbitos de la esfera humana: físico, mental y social.

¹⁰ Organización Mundial de la Salud, “Acerca de la OMS. Constitución de la OMS: Principios”, <https://www.who.int/about/mission/es/> (Fecha de consulta: 11 de diciembre de 2018).

Si entendemos que la salud es un *estado de bienestar* integral que abarca aspectos físicos, emocionales, psicológicos y psicosociales, debemos suponer que hablar de salud es hablar de la vida en un estado de máximo disfrute y óptimas condiciones integrales.

Ahora bien, la Constitución de la OMS también señala: “El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social”.¹¹ Con relación a este precepto internacional, se desprende y se entiende a la salud como un derecho fundamental y como tal es universal,¹² es decir, que las circunstancias particulares (raza, ideología política y condición económica o social) no deben interferir para el goce y disfrute. A los seres humanos, por el simple hecho de ser personas, en aras de la dignidad inherente que poseen no se les debe restringir en ninguna medida el ejercicio del derecho fundamental que es la salud.

b) Planteamiento sobre los derechos humanos

Hasta este momento ya hemos apuntado qué entendemos por salud, veamos ahora qué entendemos por derechos humanos.¹³ El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) establece que los derechos humanos son: “derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición”.¹⁴ De igual forma, el ACNUDH precisa que los derechos humanos son: universales, inalienables, interdependientes, indivisibles, iguales y no discriminatorios.

¹¹ Organización Mundial de la Salud, “Acerca de la OMS. Constitución de la OMS: Principios”.

¹² De acuerdo con la CNDH, la aplicación de los derechos humanos se debe regir bajo distintos principios, entre ellos, el de universalidad, el cual señala que los derechos humanos corresponden a todas las personas por igual, lo que se comparte con los estándares internacionales en la materia. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, “¿Qué son los derechos humanos?”, http://www.cndh.org.mx/Que_son_Derechos_Humanos (Fecha de consulta: 11 de diciembre de 2018).

¹³ No desarrollaremos una *historia de los derechos humanos*, ya que tal empresa, escapa completamente de las posibilidades y objetivos del presente trabajo. Sugerimos, sin embargo, para que el lector pueda profundizar sobre la historia de los derechos humanos el libro Carlos Tünnermann B., *Los derechos humanos: evolución histórica y reto educativo* (Caracas: UNESCO, 1997). También se puede consultar el libro de Luis René Guerrero Galván y Carlos María Pelayo Moller, *100 años de la Constitución mexicana: de las garantías individuales a los derechos humanos* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2016).

¹⁴ Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. “¿Qué son los derechos humanos?”, http://www.hchr.org.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=448&Itemid=249 (Fecha de consulta: 11 de diciembre de 2018).

El antecedente contemporáneo por excelencia de los derechos humanos es la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, la cual, a su vez está inspirada en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa en 1789. Sin embargo, los derechos humanos pueden tener orígenes y antecedentes tan antiguos desde el nacimiento de las primeras civilizaciones.

En síntesis, los derechos humanos son, tal y como los concebimos en la actualidad, un conjunto de prerrogativas inherentes al ser humano, necesarios para su desarrollo integral y óptimo, protegidos por el bloque constitucional.¹⁵

Hasta este momento hemos puntualizado someramente qué es la salud y qué son los derechos humanos. Pasemos ahora a ubicar la salud como un derecho, para posteriormente especificar dicho derecho como un derecho humano.

c) El derecho a la salud

En el marco normativo internacional encontramos preceptos que colocan a la salud como un derecho inherente a las personas, el cual debe ser velado, protegido y promovido por el Estado. Es así que el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos señala que toda persona tiene derecho a un nivel de vida que le asegure la salud y asistencia médica.

La salud es un derecho social que se encuentra dentro de las garantías que provee el Estado a la población, consagrado en la Carta Internacional de Derechos Humanos, específicamente en el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La seguridad social y/o los servicios sociales que señala el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, forman parte de la estructura garantista en un Estado democrático de derecho.

¹⁵ Por *bloque constitucional* entendemos las normas situadas a nivel constitucional cuyo respeto se impone a la ley. Edgar Corzo Sosa, "Control constitucional, instrumentos internacionales y bloque de constitucionalidad", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, coords., *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. IV, Derechos fundamentales y tutela constitucional (México: UNAM, 2008), 755.

El artículo 5º, fracción e, inciso iv de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, coloca el derecho a la salud, al lado de derechos como la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales, todos derivados de la protección a los derechos humanos que el Estado debe respetar, promover y proteger, a fin de que se garantice el libre ejercicio de los mismos, y se eliminó la discriminación racial. Encontramos establecida aquí la igualdad de todas las personas ante la ley, sin distinción de origen étnico, color de piel o nacionalidad. En cuanto al tema que nos incumbe, este sería el primer acercamiento a la normatividad internacional sobre salud y migración, cuestión que será retomada en líneas subsecuentes.

De las ideas anteriores podemos entender la salud como un derecho humano inherente a las personas, universal, permanente y protegido por una normatividad internacional dirigida a garantizar su libre ejercicio y desarrollo progresivo.

Por lo que se refiere a la normatividad nacional, en el marco jurídico mexicano, el derecho a la salud se constituye como un derecho humano, el cual debe ser protegido, velado y promovido por el Estado, de acuerdo con la reforma constitucional de 2011. El artículo 4º de la CPEUM, cuarto párrafo, consagra de forma particular y especial el derecho a la salud, concretamente el derecho que toda persona goza para acceder a los servicios de salud.

Un rasgo fundamental para este trabajo que señala el texto constitucional mexicano es que el derecho a la salud corresponde a toda persona, pues a la letra dice: “Toda persona tiene derecho a la protección de la salud”. El artículo 4º constitucional habla de la *persona*, y en ningún momento señala que únicamente las personas de nacionalidad mexicana podrán tener acceso a los servicios de salud o que deban ser excluidas de este ejercicio aquéllas que no sean mexicanas. Por lo cual, consideramos que el artículo 4º constitucional es congruente con la reforma de derechos humanos, al considerar el *principio pro personae*¹⁶ como eje conductor para la protección de los derechos fundamentales. Con lo cual, este mismo artículo constitucional nos acerca ya a la dimensión universal del derecho a la salud de las personas migrantes, concretamente en México. Sin embargo, como veremos más adelante, para su eficaz ejercicio, no es suficiente únicamente restringirnos al ordenamiento jurídico.

¹⁶ En relación con el *principio pro personae*, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya se ha pronunciado sobre el mismo, en armonía con la reforma constitucional de derechos humanos de 2011: “en el supuesto de que un mismo derecho fundamental esté reconocido en las dos fuentes supremas del ordenamiento jurídico, a saber la Constitución y los tratados internacionales, la elección de la norma que será aplicable -en materia de derechos humanos-, atenderá a criterios que favorezcan al individuo o lo que se ha denominado principio pro persona, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1o. constitucional”. Véase Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, jurisprudencia 1a./J. 107/2012, “Principio Pro persona. Criterio de elección de la norma de derecho fundamental aplicable”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, libro XIII (octubre 2012): 799.

Hasta el momento hemos se ha abordado y conceptualizado la salud como un derecho humano, indicando a lo largo del texto algunas líneas de reflexión que nos llevarán hacia nuestro siguiente punto de reflexión: el acceso a la salud de las personas migrantes.

III. El acceso a la salud de las personas en situación migratoria irregular

En este apartado nos adentraremos al análisis propiamente del acceso a la salud de personas migrantes en cuanto a las instituciones y programas públicos de salud. Existen antecedentes sobre el acceso al derecho a la salud de las personas migrantes, por ejemplo, el *Diagnóstico sobre acceso a servicios de salud para personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiadas*, elaborado por Sin Fronteras, I. A. P. Dicho documento es relevante para la temática que nos ocupa. No obstante que el objeto de estudio se circunscribió al acceso a los servicios de salud únicamente en la Ciudad de México, esto permite acercarnos a ciertos factores sobre las problemáticas por la que atraviesan las personas migrantes cuando quieren ejercer su derecho a la salud. En el diagnóstico se señala que, del total de las personas encuestadas, más de 50% acude a servicios públicos de salud, un porcentaje importante (39%) acude a servicios privados, sin embargo, es preciso decir que por *servicios privados* se refiere al caso de consultas en farmacias, donde el medicamento tiene que ser adquirido por ellos mismos.¹⁷ Por lo anterior, es de suma importancia adentrarse al estudio del acceso a los servicios de salud para las personas migrantes, principalmente las que se encuentran en situación migratoria irregular y analizar los mecanismos para que puedan ejercer dicho derecho.

Es así que el supuesto a la premisa es que existe la imperiosa necesidad de consolidar aspectos universales que puedan guiar las políticas públicas en materia de salud de las personas migrantes, con el fin de que la atención médica y de servicios de salud hacia ese sector de la población se vea beneficiada, y puedan acceder a los mismos que la población mexicana sin ser víctimas de discriminación, racismo o xenofobia.

Al principio del presente documento, hemos señalado lo que entendemos por persona migrante en situación irregular.¹⁸ Ahora bien, de una lectura armónica del artículo 1º de la

¹⁷ María Blanca López Arellano, *Diagnóstico sobre acceso a servicios de salud para personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiadas* (México: Sin Fronteras, I. A. P., 2014), https://sinfronteras.org.mx/agendamigracioncdmx/assets/diagnostico_acceso_servicios_de_salud.pdf (Fecha de consulta: 13 de diciembre de 2018).

¹⁸ Es de precisar que *migración* tiene connotaciones y denotaciones muy particulares que lo diferencian de *flujo migratorio* o *movilidad humana*. Además de lo señalado por la Organización Internacional de las Migraciones, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su informe *Movilidad humana. Estándares interamericanos*, señala algunas precisiones en el lenguaje y conceptos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II, Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Están-

CPEUM, se desprende que las personas migrantes también tienen derecho a la salud, o más concretamente, derecho de acceso a los servicios de salud, ya sea que se encuentren en una situación migratoria regular o irregular. Empero y pese a esta visión constitucional, el acceso a los servicios de salud se torna en un verdadero desafío para las personas en situación migratoria irregular.

¿Por qué es importante el rasgo autónomo constitucional del derecho a la salud? Habrá que resaltar la autonomía de la que goza el derecho a la salud, tal y como lo señala Fernando Cano Valle: “El derecho a la protección de la salud está vinculado, por su origen, al derecho asistencial y al de la seguridad social. Al incluirse en los textos constitucionales el derecho a la protección de la salud adquiere autonomía, incorporándose a la cada vez más larga lista de los derechos sociales”.¹⁹ Al encontrarse en el texto constitucional, el ejercicio del derecho a la salud debería ser *exigido* de manera eficaz e inmediata, ya que se encuentra en las leyes fundamentales del Estado, y éste es el obligado a protegerlo y promoverlo.²⁰ El derecho a la salud no debe restringirse a la esfera de las políticas públicas dependientes de la buena voluntad de los gobiernos como si fuera un acto de caridad, sino que implica una exigencia de orden constitucional para los gobernantes en el poder.

Cuando se criminaliza a las personas en situación migratoria irregular, resulta complejo que éstas puedan acceder a los servicios de salud, pues aunque existan esfuerzos por retirar todos los obstáculos legales y proveer de una perspectiva de derechos humanos, diversos informes de la sociedad civil y recomendaciones de organismos internacionales concluyen que las personas migrantes en México ven menoscabados y amenazados sus derechos más elementales como el del acceso a la salud.

A pesar del mandato constitucional establecido sobre el acceso a la salud, que protege también a las personas migrantes, la OIM en su *Proyecto Migrantes Desaparecidos* señala²¹ que en todo 2018 tiene registradas 66 muertes de personas migrantes en México. De acuerdo con lo señalado por la OIM, las principales causas de muerte han sido por exposición excesiva al sol o al frío, hipotermia, ahogamiento y accidentes.

dares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 31 de diciembre de 2015, <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/movilidadhumana.pdf> (Fecha de consulta: 11 de diciembre de 2018).

¹⁹ Fernando Cano Valle, *Derecho a la protección a la salud en América Latina* (México: Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social, 2010), 1.

²⁰ Cano Valle, *Derecho a la protección a la salud en América Latina*, 1.

²¹ Organización Internacional para las Migraciones, “Missing Migrants Project tracks incidents involving migrants, including refugees and asylum-seekers, who have died or gone missing in the process of migration towards an international destination”, <https://missingmigrants.iom.int/> (Fecha de consulta: 11 de diciembre de 2018).

Ahora bien, de acuerdo con la CNDH²² los principales derechos vulnerados de las personas en contexto de migración, por las autoridades son:

- 1) El derecho a la seguridad jurídica (faltar a la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficacia en el desempeño de las funciones, empleos, cargos o comisiones).
- 2) El derecho a la protección de la salud (omitir proporcionar atención médica).

Durante 2017 la CNDH recibió poco más de 200 quejas de personas en el contexto de migración que requirieron atención médica especializada; de igual forma, dicha Comisión realizó 432 visitas a lugares dependientes de una autoridad diferente de la migratoria, como hospitales, entre otros. En estas visitas se dio atención a 6 038 personas y se realizaron 57 gestiones ante diversas autoridades.²³

Vemos entonces una problemática relacionada con el derecho a la salud que padecen las personas que se encuentran en situación migratoria irregular en su tránsito por México, lo que constituye el punto de análisis del presente trabajo. Yury Imanol de la Flor Patiño expone de manera esquemática los puntos propuestos por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) en la Observación General 14 relativa al derecho a la salud, sobre las disposiciones para garantizar la efectividad en el acceso del derecho a la salud:²⁴ 1) Accesibilidad: sin discriminación y accesibilidad geográfica, 2) Aceptabilidad y 3) Calidad.

En el presente trabajo nos enfocamos principalmente en el elemento de accesibilidad, analizando el acceso de las personas a los medios idóneos para su atención en el servicio médico. La propia Observación General 14, señalada en líneas anteriores, resalta la obligatoriedad que tienen los Estados de respetar el derecho a la salud de todas las personas sin distinción alguna:

En particular, los Estados tienen la obligación de respetar el derecho a la salud, en particular absteniéndose de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas, incluidos, los presos o detenidos, los representantes de las minorías, los solicitantes de asilo o los inmi-

²² Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Informe de actividades del 1 de enero al 31 de diciembre de 2017*, enero de 2018, http://informe.cndh.org.mx/images/uploads/menus/30110/content/files/Informe_cndh_2017.pdf (Fecha de consulta: 11 de diciembre de 2018).

²³ Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Informe de actividades del 1 de enero al 31 de diciembre de 2017*.

²⁴ Yury Imanol de la Flor Patiño, *¿Realidad o discurso? Los derechos humanos de los migrantes centroamericanos en México* (México: UNAM, 2014).

grantes ilegales, a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos; abstenerse de imponer prácticas discriminatorias como políticas del Estado.²⁵

En esta dinámica comenzamos el análisis de las instituciones y los programas disponibles en México para el ejercicio del derecho a la salud, revisando su accesibilidad para el caso de las personas migrantes en territorio mexicano, en particular del IMSS y el programa del Seguro Popular.

a) Instituto Mexicano del Seguro Social

La principal dependencia del gobierno federal mexicano que provee de servicios de salud pública a la población es el IMSS.²⁶ De acuerdo con datos oficiales,²⁷ para marzo de 2018 tenía un padrón de afiliados de más de 19 800 000 personas. El dato arrojado corrobora que, si bien concentra una cantidad importante del total de la población ocupada en trabajo formal, todavía el alcance del IMSS no es suficiente, máxime que se requiere de la formalización del trabajo para la afiliación a dicha institución. Lo anterior trae como consecuencia que el acceso a los beneficios de la seguridad social, en particular la atención médica, va de la mano con una política integral de trabajo que promueva, primero, la oportunidad de trabajo en sí misma, y segundo, el trabajo formal, a fin de contar con una garantía en la seguridad social.

El IMSS en un principio se concibió como “un sistema diseñado para proteger a los trabajadores y familiares contra los riesgos que implicaban la industrialización del país, se manifestaron pronto al convertirse en un instrumento eficaz para establecer la paz social y estabilidad nacional necesarias para la reactivación económica.”²⁸

²⁵ Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, E/C.12/2000/4, CESCR, Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 11 de agosto de 2000, <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf> (Fecha de consulta: 11 de diciembre de 2018).

²⁶ En México existen varias instituciones de seguridad social que se encargan de proveer los servicios de salud al personal afiliado, como el Instituto Mexicano del Seguro Social, Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado o por ejemplo el Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas. Para el caso de las personas migrantes en situación irregular, y por la naturaleza del trabajo, nos referiremos en este apartado al IMSS y al Seguro Popular.

²⁷ Instituto Mexicano del Seguro Social, “Inicio”, <http://www.imss.gob.mx/> (Fecha de consulta: 11 de diciembre de 2018).

²⁸ Valentín Yáñez Campero, *La administración pública y el derecho a la protección de la salud en México* (México: INAP, 2000), 96.

La creación del IMSS fue un triunfo de los derechos sociales para las y los trabajadores, y por ello fue un primer avance en la protección de la salud desde los derechos sociales.

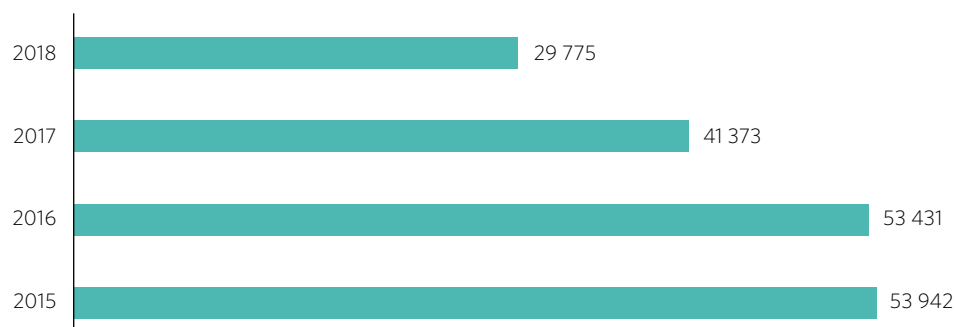
Para poder afiliarse al IMSS es indispensable contar con empleo formal, es decir, la persona extranjera en México debe haber acreditado su estancia legal en el país. Actualmente no es posible contar con el número certero de personas extranjeras afiliadas a dicho Instituto, ya que dicha instancia no cuenta con un registro estadístico que pueda proporcionar información exacta al respecto.²⁹

Sin embargo, la Ley de Migración en su artículo 37 prevé como legal internación al país la figura de *visitante trabajador fronterizo*, con lo cual se autoriza a las personas extranjeras que pertenezcan a los países con los que México comparte límites territoriales, trabajar hasta por un año en alguna actividad relacionada con la oferta de empleo con que cuente.

Actualmente, en los estados de Chiapas y Tabasco las y los trabajadores fronterizos pueden realizar las actividades laborales remuneradas, y si bien no se cuenta con información pública sobre el tipo de empleo o actividad en la que se desempeñan los *trabajadores fronterizos*, debemos atender a lo señalado en el artículo 25, fracción 1, inciso *a*, de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias, en donde se señala que las y los trabajadores migratorios gozarán de los mismos beneficios en cuanto a remuneración, horas de trabajo y seguridad social, por mencionar algunos. El propio artículo 27 de dicha Convención reitera que trabajadoras y trabajadores migratorios tendrán el mismo beneficio sobre seguridad social, al igual que los trabajadores nacionales.

México ratificó la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias en 1999, por lo que podemos inferir que, en cumplimiento a los lineamientos laborales de la Convención, las y los trabajadores migratorios deberían contar con la seguridad social proporcionada por el Estado mexicano, y por lo tanto tendrían que encontrarse afiliados al IMSS:

²⁹ Respuesta de fecha 20 de agosto de 2018 realizada por la Unidad de Transparencia del Instituto Mexicano del Seguro Social, a la solicitud de información pública número 0064102023918.

Tabla 3. Trabajadores fronterizos

Fuente: Elaboración propia con datos de Secretaría de Gobernación. Unidad de Política Migratoria, "2014 Boletín estadístico anual, 2015 Boletín estadístico anual, 2016 Boletín estadístico anual, 2017 Boletín estadístico anual, y 2018 Boletín estadístico mensual".

En la tabla 3 se aprecia que el mayor número de trabajadoras y trabajadores fronterizos se registró en 2015, sin que se hayan alcanzado la misma cifra en los últimos años. En contraste, en el primer semestre de 2018 no se llegó ni a la mitad de los niveles del año 2015, en cuanto a las y los trabajadores fronterizos registrados. Empero, las cifras reportadas por la Unidad de Política Migratoria dan cuenta de un significativo número de personas que se encuentran en el empleo formal, únicamente en los estados de Tabasco y Chiapas, siendo un número importante de trabajadoras y trabajadores extranjeros formales en la zona de México, quienes deberían contar con la afiliación correspondiente al IMSS, en armonía con la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias. Lo anterior se esquematiza en siguiente tabla:

Tabla 4. Trabajadores con empleo formal

Estado	2015	2016	2017	2018 (octubre)	Total
Chiapas	15 840	14 802	12 336	9 202	52 180
Tabasco	35	66	48	156	305
Total	15 875	14 868	12 384	9 358	52 485

Fuente: Elaboración propia con datos de la Unidad de Política Migratoria de la Secretaría de Gobernación³⁰.

Vemos entonces algunos alcances de la cobertura en cuanto a servicios de salud proporcionados por el IMSS, a las personas extranjeras que se encuentran en situación migrato-

³⁰ Secretaría de Gobernación. Unidad de Política Migratoria, "2014 Boletín estadístico anual, 2015 Boletín estadístico anual, 2016 Boletín estadístico anual, 2017 Boletín estadístico anual, y 2018 Boletín estadístico mensual".

ria regular y están trabajando formalmente. Pasamos ahora al análisis del Seguro Popular, programa que consideramos es el más adecuado para que las personas extranjeras en situación migratoria irregular puedan acceder a los servicios de salud.

b) Seguro Popular

El Seguro Popular es un programa social del Poder Ejecutivo Federal, administrado a través de la Comisión Nacional de Protección Social en Salud, cuya finalidad es la de prestar servicios de salud a la población no derechohabiente, es decir, a aquellas personas que no se encuentran afiliadas a un seguro social o privado.³¹

La característica de este seguro es el bajo costo de los servicios que presta, por lo cual se constituye como un programa social de alto impacto orientado a la protección de la economía de la población: “El Seguro Popular (SP) es un seguro médico público y voluntario, que fomenta la atención oportuna a la salud, a través de un mecanismo de protección del patrimonio familiar”.³² Las cuotas anuales que deberán aportar las personas que deseen afiliarse de manera individual al Seguro Popular, contribuirán con el monto equivalente a 50% del total del equivalente que aportaría una familia nuclear.³³ De acuerdo con información oficial, algunos afiliados podrían ubicarse en un Régimen de No Contribución cuando registren niveles muy bajos de ingreso, lo que derivaría en una cuota anual de “cero”.³⁴ Es así que podemos señalar que las personas migrantes que deseen incorporarse al Seguro Popular, tendrían oportunidad de acceder a este sistema de seguridad social a fin de que puedan atender algunas enfermedades que se encuentren en el Catálogo Universal de Servicios de Salud.³⁵

³¹ Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Protección Social en Salud del 30 de marzo del 2004 (*Diario Oficial de la Federación*, publicada el 5 de abril de 2004); Reglamento Interno de la Comisión Nacional de Protección Social en Salud, del 27 de febrero de 2004 (*Diario Oficial de la Federación*, última reforma el 11 de octubre de 2011).

³² Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, *Indicadores sobre el derecho a la salud en México* (México: OACNUDH México, 2011), 46, http://www.hchr.org.mx/images/doc_pub/indicadores_salud.pdf (Fecha de consulta: 13 de diciembre de 2018).

³³ Véase Acuerdo por el que se emiten los Lineamientos de Afiliación y Operación del Sistema de Protección Social en Salud del 8 de mayo de 2018 (*Diario Oficial de la Federación*, publicado el 8 de mayo de 2018), artículo 51, http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5521838&fecha=08/05/2018 (Fecha de consulta: 12 de diciembre de 2018).

³⁴ Seguro Popular, “Costo de Seguro Popular”, <http://www.seguropopular.org/> (Fecha de consulta: 13 de diciembre de 2018).

³⁵ Comisión Nacional de Protección Social en Salud y Seguro Popular, “Catálogo Universal de Servicios de Salud (Causas) 2018”, http://www.documentos.seguro-popular.gob.mx/dgss/CAUSES_2018c.pdf (Fecha de consulta: 12 de diciembre de 2018).

Una característica entonces, a diferencia de la seguridad social que se proporciona a los trabajadores formales, es que es voluntario, es decir, cualquier persona que lo desee puede afiliarse a dicho programa. El Seguro Popular es el medio más idóneo para que los grupos en situación de vulnerabilidad puedan contar con servicios públicos de salud, en virtud de que para poder tener Seguro Popular no es requisito tener una relación formal/laboral con un tercero. Como se mencionó anteriormente, el IMSS es una institución encaminada a proveer de seguridad social a las y los trabajadores formales tanto en el sector público como en el sector privado, a continuación se realiza una comparación entre este último, el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE) y el Seguro Popular:

Tabla 5. Similitudes y diferencias entre el IMSS, ISSSTE y el Seguro Popular.

Concepto	IMSS	ISSSTE	Seguro Popular
Población que atiende	Trabajadores del sector privado/ público	Trabajadores del sector público	Autoempleados, trabajadores informales, personas desempleadas.
Aportaciones	Gobierno, patrones y trabajadores	Gobierno y trabajadores	Gobierno y cuotas de las personas usuarias.
Requisitos	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Identificación oficial ▪ Número de Seguridad Social ▪ Clave Única de Registro de Población (CURP) ▪ Fotografía Infantil ▪ Comprobante de domicilio 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Identificación oficial vigente del trabajador(a) ▪ Comprobante de domicilio con una vigencia no mayor a 3 meses. ▪ Último comprobante de pago o, en su caso, constancia laboral expedida por la Dependencia o Entidad ▪ Acta de Nacimiento del trabajador(a) ▪ CURP. 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Identificación oficial. ▪ Comprobante de domicilio. ▪ CURP.

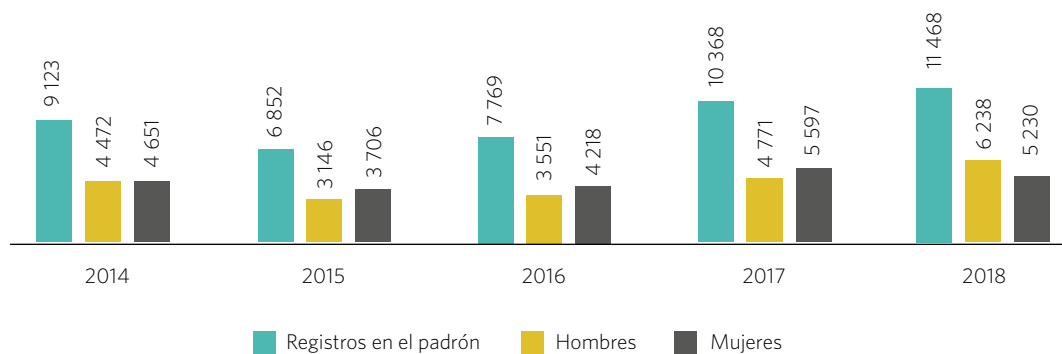
Fuente: Elaboración propia con información pública del IMSS, ISSSTE y de la Comisión Nacional de Protección Social en Salud.

Cabe aclarar que las personas en situación migratoria irregular, de acuerdo con la ley no pueden acceder a un trabajo formal, por lo cual quedan restringidos al empleo informal y en la mayoría de los casos, al desempleo. Debido a lo anterior, las personas en situación migratoria irregular no pueden acceder a los servicios de salud del sector público, y al no tener trabajo formal difícilmente contarán con los recursos económicos para acudir a los servicios médicos en instituciones del sector privado.

Como ya se ha mencionado, las personas beneficiarias del Seguro Popular son las que no se encuentran afiliadas a un régimen de seguro social y que están en el empleo informal o

desempleo, por mencionar algunas. Ahora bien, la pregunta es: ¿pueden las y los extranjeros en situación migratoria irregular afiliarse al seguro popular? La respuesta es sí, pero únicamente por 90 días, esto es así dado que las personas en situación migratoria irregular en México que deseen ingresar al Seguro Popular no necesitarán aportar documentación alguna, ya que su *afiliación* es temporal y delimitada.³⁶ Lo anterior responde a una política migratoria del Estado mexicano implementada a partir de 2014 para poder brindar atención médica a las y los migrantes en tránsito por México hacia los Estados Unidos, que no cuenten con la documentación necesaria para acreditar su legal estancia en el país. México en este punto en particular, puede decirse que se encuentra en un avance en materia de salud, con perspectiva de derechos humanos hacia las personas migrantes en situación irregular. Veamos ahora cuántos extranjeros³⁷ se encuentran afiliados al Seguro Popular desde 2014, que fue cuando comenzó esta política migratoria en materia de salud:

Tabla 6. Extranjeros afiliados al Seguro Popular



Fuente: Elaboración propia con datos proporcionados por la Comisión Nacional de Protección Social en Salud, hasta mayo de 2018.

³⁶ Secretaría de Salud del Gobierno Federal, "Otorgan seguro popular a migrantes La Comisión Nacional de Protección Social en Salud (CNPSS), facilita a los indocumentados su incorporación temporal al Sistema de Protección Social en Salud (SPSS)", 28 de diciembre de 2014, <https://www.gob.mx/salud/prensa/otorgan-seguro-popular-a-migrantes-7519> (Fecha de consulta: 11 de diciembre de 2018).

³⁷ Es importante aclarar que de acuerdo con el oficio CNPSS-UT-982-2018 –signado por el director general adjunto y servidor público habilitado de la Unidad de Transparencia, del 30 de julio de 2018, el cual se originó debido a la solicitud de información pública con número de folio 1210200028418– se precisa que en los datos sobre el número de personas extranjeras afiliadas al Seguro Popular, no es posible distinguir si se encuentran en situación migratoria regular o irregular, dado que, de acuerdo con el artículo 50 del Reglamento de la Ley General de Salud, se puede identificar a través de la Clave Única de Registro de Población a los extranjeros, pero no se puede identificar su situación migratoria, ya que la ley no lo señala, requiere o exige. Luego, de acuerdo con la documentación proporcionada por la Comisión Nacional de Protección Social en Salud, no es posible conocer la situación migratoria de las personas extranjeras afiliadas al Seguro Popular. Por lo cual, en los subsecuentes párrafos inmediatos únicamente nos referiremos en general a las personas extranjeras afiliadas al Seguro Popular.

Como se puede apreciar, la afiliación de personas extranjeras al Seguro Popular a partir de 2015 ha ido en un constante aumento. De 2014 a 2015 se registró una leve disminución pasando de 9 123 afiliaciones a 6 852, lo que representa un decremento de 24.8%. A partir de 2015 y hasta 2017 hay una constante de aumento. De 2015 a 2016 las y los afiliados aumentaron en 11.8%, en tanto que de 2016 a 2017 el incremento representó 25%. No obstante el aumento más significativo se ha observado en lo que va de 2018, ya que hasta mayo de este año se encontraban afiliadas 11 468 personas extranjeras, más que en todo 2017.

De los datos proporcionados por la Comisión Nacional de Protección Social en Salud advertimos la tendencia en aumento para la afiliación de personas extranjeras al Seguro Popular, sin embargo, la directriz de las políticas públicas y legislativa de dicho seguro no permite que podamos tener conocimiento sobre si estas personas se encuentran en situación migratoria regular o irregular. El artículo 50 del Reglamento de la Ley General de Salud señala que el padrón del Seguro Social deberá contener, por lo menos, los siguientes rubros: nombre, apellido materno y paterno, fecha de nacimiento, sexo, clave única de registro de población, domicilio actual, posición en el hogar, vigencia de derechos, nivel de cuota familiar y el establecimiento médico de adscripción. Debido a lo anterior, y en virtud de que no se les solicita, en caso de ser personas extranjeras, documentación alguna con la que acrediten su estancia legal en el país, no es posible tener identificadas cuántas personas en situación migratoria irregular se encuentran afiliadas al Seguro Popular.

No obstante, de acuerdo con el artículo 77 *bis*, numeral 36, de la Ley General de Salud, se señala que las personas afiliadas al Seguro Popular tienen derecho a recibir sin ningún tipo de discriminación, los servicios de salud y medicamento en las unidades locales y federales que les correspondan.

Podemos coincidir en la orientación de la política pública migratoria del Estado mexicano en relación con no solicitar documentación que acredite la legal estancia de las personas migrantes en el país para registrarse al Seguro Popular, ya que, como se ha mencionado en líneas anteriores, el acceso al ejercicio del derecho a la salud parte del reconocimiento de la dignidad de todas las personas, sin importar su lugar de origen, por lo que si a las personas nacionales no se les solicita mayor documentación que implique la acreditación de la nacionalidad, sería inadecuado que se solicitara más documentación a las y los extranjeros, pues ello derivaría en discriminación y violación al ejercicio de los derechos humanos, como lo es el de la salud.

Sin embargo, hace falta que se difunda la información sobre la posible afiliación de personas migrantes en situación irregular al Seguro Popular, con el fin de que más personas puedan integrarse, sin temor a ser discriminadas o deportadas por su condición migratoria irregular. Para lo anterior, los organismos protectores de derechos humanos en México (OPDH) pueden ser el puente de conexión para que las personas migrantes logren acceder a esta información. Asimismo, la extraordinaria labor que realizan las Casas del Migrante y Albergues para Migrantes, puede ser un medio de vinculación para que las personas en situación migratoria irregular tengan más opciones para ejercer el derecho a la salud.

IV. Conclusiones

Aún quedan muchos retos en cuanto a la atención integral de la salud de las personas migrantes. Los obstáculos para que accedan a los servicios de salud, en especial quienes se encuentran en situaciones muy particulares de vulnerabilidad, por ejemplo, niñas, niños y adolescentes en situación migratoria irregular pueden ir desde la falta de información adecuada para saber que tienen derecho a por lo menos la atención médica de urgencia, problemas para entender el idioma, miedo a ser detectados y deportados, falta de recursos económicos, y el poder discrecional del que gozan el personal médico para decidir si otorgan o no la atención médica.³⁸ El acceso a la salud para las personas en situación migratoria irregular se ve mermado debido a estas circunstancias, lo que deviene en una política migratoria en materia de salud contraria a los estándares internacionales en materia de derechos humanos, en especial de derechos sociales, tal y como lo ha recomendado el Comité de DESC.

Dado lo anterior, se puede apreciar que el derecho a la salud para las personas en contexto de migración requiere mecanismos concretos para su garantía y ejercicio, ya que es un derecho humano que debe ser protegido y promovido por el Estado, y no un acto de caridad.

El acceso a la salud de las personas en contexto de migración debe entenderse desde un enfoque diferencial. Cuando se habla de migración se debe considerar toda la diversificación de ésta: transnacional, retorno, origen, destino, desplazamiento forzado, refugio, etcétera. En la diversidad de la migración se encuentran exigencias sanitarias también diversas. No serán las mismas exigencias para los flujos migratorios de origen que para los retorno o destino. Se requiere atención especial física y emocional, que va desde la atención a infecciones diarreicas,

³⁸ Elisa Ortega Velázquez, *Estándares para niñas, niños y adolescentes migrantes y obligaciones del Estado frente a ellos en el sistema interamericano de derechos humanos* (México: UNAM-IIIJ/CNDH, 2017), 86.

respiratorias, enfermedades de transmisión sexual o atención psicológica y emocional. Igualmente, tampoco será la misma atención médica para las personas que ya han sido detenidas por la autoridad migratoria como las que se encuentran en libertad.

En el presente trabajo, de toda la diversidad de posibilidades sobre el acceso al derecho a la salud de las personas migrantes, únicamente nos constreñimos al rubro del IMSS y del Seguro Popular. Quedaron pendientes los respectivos análisis de los controles sanitarios en las fronteras o el enfoque diferenciado en personas migrantes con virus de inmunodeficiencia humana o con alguna discapacidad motriz por pérdida de órganos debido a un accidente en su tránsito por México, la salud en las estaciones migratorias o la atención psicológica, lo que desde luego podrá ser objeto de estudio en análisis posteriores, ya que, por la amplitud de datos, análisis y estudios, rebasaría los límites y objetivos del presente documento.

Existen múltiples recomendaciones al Estado mexicano, a nivel internacional y nacional, por parte de organismos internacionales públicos de derechos humanos y de organizaciones de la sociedad civil, sobre todo en cuanto a la urgente sensibilización de personal médico, de enfermería y administrativo de los hospitales sobre derechos humanos, grupos en situación de vulnerabilidad, y en torno a temas migratorios. Asimismo, múltiples recomendaciones se enfocan sobre el trabajo con albergues y casas del migrante, para la prevención e información sobre enfermedades que las personas migrantes pudiesen contraer en su recorrido.

Destacamos el avance en cuanto a los esfuerzos en materia de política migratoria de salud del Estado mexicano para la afiliación de personas en situación migratoria irregular, sin embargo, quedan pendientes la difusión de este programa para personas migrantes, así como adecuar la legislación a fin de que el mismo no se restrinja a 90 días y pueda ser accesible para todas las personas en cuanto a alcance y atención, sin discriminación alguna.

En la Ley de Migración se deberían establecer los lineamientos de los convenios que realice cada estación migratoria para la atención de servicios de salud, cuando ésta no cuente con ellos. Sin embargo, se propone que dentro de la misma legislación se involucre a los OPDH para fortalecer la protección del derecho a la salud e incluso a personas debidamente acreditadas de organizaciones de la sociedad civil reconocidas por su labor en cuanto a atención de las personas migrantes.

Se requieren acciones concretas en las políticas públicas del Estado para la atención de los servicios de salud hacia las personas migrantes, a continuación se enlistan algunas propuestas:

1. Difusión de los programas de salud del gobierno federal en albergues de la sociedad civil y centros de ayuda social y humanitaria.
2. Vinculación de los servicios de salud federal y estatales, con los OPDH, con el fin de que personal médico y administrativo reciba capacitación en materia de derechos humanos.
3. Agilizar la tramitología para la incorporación a los servicios de salud, y el Seguro Popular deje de ser un programa restringido a una temporalidad determinada para las y los migrantes en tránsito por México.
4. Combatir el racismo y la xenofobia en los hospitales y centros de salud, mediante capacitación y sensibilización.
5. Adecuar la normatividad migratoria y sanitaria en México, con el fin de que las personas migrantes en territorio mexicano puedan acceder a servicios de salud, así como a medicamentos y servicios hospitalarios, sin temor a ser detenidas y deportadas posteriormente por la autoridad migratoria.

Todo lo anterior son recomendaciones que ya plantean informes, estudios, recomendaciones emitidos por los OPDH, u organizaciones de la sociedad civil. Incluso hay muchas otras recomendaciones en otros sentidos y que requieren una atención e implementación debida. En este trabajo se quiso retomarlos para hacer énfasis en que las personas migrantes tienen derecho a los servicios de salud, y su acceso no debe ser un sinónimo de miedo a la detención y deportación. El derecho a la salud debe ser accesible para todas las personas sin importar la condición migratoria en la que se encuentren, en un Estado democrático constitucional de derecho se debe privilegiar a la persona misma y garantizar el pleno goce del acceso al derecho a la salud física y mental. Un reto más para el Estado mexicano.

v. Bibliografía

- Acuerdo por el que se emiten los Lineamientos de Afiliación y Operación del Sistema de Protección Social en Salud del 8 de mayo de 2018. *Diario Oficial de la Federación*, publicado el 8 de mayo del 2018. http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5521838&fecha=08/05/2018 (Fecha de consulta: 12 de diciembre de 2018).
- Cano Valle, Fernando. *Derecho a la protección a la salud en América Latina*. México: Centro Interamericano de Estudios de Seguridad Social, 2010.

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II, Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y Estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, 31 de diciembre de 2015. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/movilidadhumana.pdf> (Fecha de consulta: 11 de diciembre de 2018).
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos. *Informe de actividades del 1 de enero al 31 de diciembre de 2017*, enero de 2018. http://informe.cndh.org.mx/images/uploads/menu/30110/content/files/Informe_cndh_2017.pdf (Fecha de consulta: 11 de diciembre de 2018).
- _____. *Informe especial sobre desplazamiento forzado interno (DFI) en México, mayo de 2016*. http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Informes/Especiales/2016_IE_Desplazados.pdf (Fecha de consulta: 11 de diciembre de 2018).
- _____. “¿Qué son los derechos humanos?”. http://www.cndh.org.mx/Que_son_Derechos_Humanos (Fecha de consulta: 11 de diciembre de 2018).
- Comisión Nacional de Protección Social en Salud y Seguro Popular. “Catálogo Universal de Servicios de Salud (Causes) 2018”. http://www.documentos.seguro-popular.gob.mx/dgss/CAUSES_2018c.pdf (Fecha de consulta: 12 de diciembre de 2018).
- Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. E/C.12/2000/4. CESCR, Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General 14. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. (Artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 11 de agosto de 2000. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf> (Fecha de consulta: 11 de diciembre de 2018).
- Consejo Noruego para Refugiados. *Informe mundial sobre desplazamiento interno 2017*. Grid: 2017. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2017/11172.pdf> (Fecha de consulta: 11 de diciembre de 2018).
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Arturo Zaldívar, coords. *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. México: UNAM, 2008.
- Flor Patiño, Yury Imanol de la. *¿Realidad o discurso? Los derechos humanos de los migrantes centroamericanos en México*. México: UNAM, 2014.
- Instituto de Estudios Estratégicos y Políticas Públicas. IEAPP. Agosto de 2017. Instituto de Estudios Estratégicos y Políticas Públicas. “Mirador de Seguridad. Boletín núm. 269. Agosto, 2017”. <https://www.ieapp.org/boletines/mirador-de-seguridad/2017/Agosto/38-migracion-forzada-y-violencia-en-centroamerica/> (Fecha de consulta: 11 de diciembre de 2018).
- Instituto Mexicano del Seguro Social. “Inicio”. <http://www.imss.gob.mx/> (Fecha de consulta: 11 de diciembre de 2018).

- Instituto Nacional de Estadística y Geografía. *Encuesta Intercensal 2015. Principales resultados*, 2015. https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/intercensal/2015/doc/eic_2015_presentacion.pdf (Fecha de consulta: 11 de diciembre de 2018).
- López Arellano, María Blanca. *Diagnóstico sobre acceso a servicios de salud para personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiadas*. México: Sin Fronteras, I. A. P., 2014. https://sinfronteras.org.mx/agendamigracioncdmx/assets/diagnostico_acceso_servicios_de_salud.pdf (Fecha de consulta: 13 de diciembre de 2018).
- Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. "¿Qué son los derechos humanos?". http://www.hchr.org.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=448&Itemid=249 (Fecha de consulta: 11 de diciembre de 2018).
- _____. *Indicadores sobre el derecho a la salud en México*. México: OACNUDH México, 2011. http://www.hchr.org.mx/images/doc_pub/indicadores_salud.pdf.
- Organización Internacional para las Migraciones. *Glosario sobre Migración*, núm. 7. Suiza: OIM, 2006. https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_7_sp.pdf (Fecha de consulta: 11 de diciembre de 2018).
- _____. *Informe sobre las migraciones en el mundo 2018*. Ginebra: OIM, 2018. https://publications.iom.int/system/files/pdf/wmr_2018_sp.pdf (Fecha de consulta: 11 de diciembre de 2018).
- _____. "Missing Migrants Project tracks incidents involving migrants, including refugees and asylum-seekers, who have died or gone missing in the process of migration towards an international destination". <https://missingmigrants.iom.int/> (Fecha de consulta: 11 de diciembre de 2018).
- Organización Mundial de la Salud. "Acerca de la OMS. Constitución de la OMS: Principios". <https://www.who.int/about/mission/es/> (Fecha de consulta: 11 de diciembre de 2018).
- Secretaría de Gobernación. Unidad de Política Migratoria. "2014 Boletín estadístico anual, 2015 Boletín estadístico anual, 2016 Boletín estadístico anual, 2017 Boletín estadístico anual, y 2018 Boletín estadístico mensual". http://www.politicamigratoria.gob.mx/es_mx/SEGOB/Boletines_Estadisticos (Fecha de consulta: 11 de diciembre de 2018).
- Secretaría de Salud del Gobierno Federal. "Otorgan seguro popular a migrantes. La Comisión Nacional de Protección Social en Salud (CNPSS), facilita a los indocumentados su incorporación temporal al Sistema de Protección Social en Salud (SPSS)", 28 de diciembre de 2014. <https://www.gob.mx/salud/prensa/otorgan-seguro-popular-a-migrantes-7519> (Fecha de consulta: 11 de diciembre de 2018).
- Unda, René, y Sara Alvarado. "Feminización de la migración y papel de las mujeres en el hecho migratorio". *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, núm. 10 (2012): 593-610.

Yáñez Campero, Valentín. *La administración pública y el derecho a la protección de la salud en México*. México: Instituto Nacional de la Administración Pública, 2000.

Autoridades consultadas mediante solicitudes de acceso a la información:

Instituto Nacional de Migración.

Comisión Nacional de Protección Social en Salud.

Instituto Mexicano del Seguro Social.

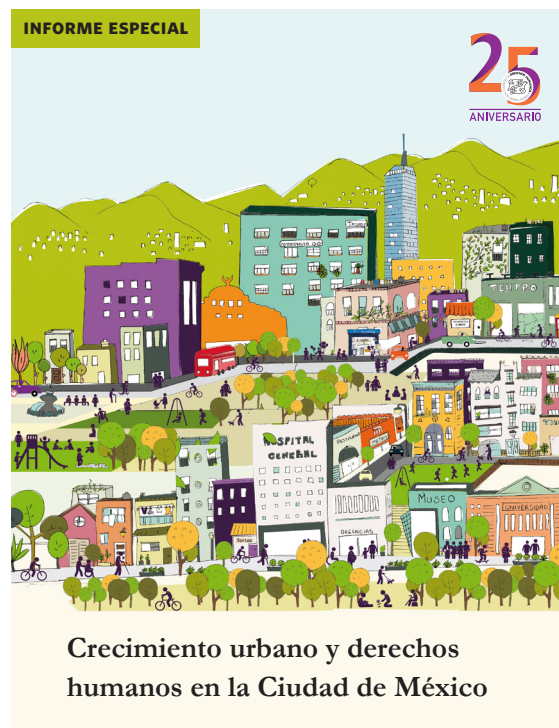
Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas.

Subprocuraduría Jurídica de Asuntos Internacionales de la Procuraduría General de la República Mexicana

Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. *Informe especial. Crecimiento urbano y derechos humanos en la Ciudad de México.* México: CDHDF/Seciti, 2018.

(Reseña)

Roberto Muñoz Cruz*



* Maestro en Estudios Regionales en Medio Ambiente y Desarrollo por la Universidad Iberoamericana (Ibero) Puebla. Fue colaborador en la Procuraduría Ambiental y del Ordenamiento Territorial del Distrito Federal y la Secretaría del Medio Ambiente del Gobierno del Distrito Federal. Actualmente se desenvuelve como académico de asignatura en temas de medio ambiente y sustentabilidad en la Ibero Ciudad de México, y es consultor para la evaluación de vulnerabilidad de comunidades ante impactos climáticos, calidad del aire y gestión ambiental.

La integración y publicación del *Informe especial. Crecimiento urbano y derechos humanos en la Ciudad de México*, bajo la guía del paradigma del derecho a la ciudad, es un esfuerzo por demás interesante e innovador que emana de las experiencias y miradas diversas de la ciudad, de la forma de concebirla y hacerla; es un documento que nos explica y nos plantea como ciudadanas y ciudadanos las posibilidades futuras. Con respecto a la ciudad, la suma de sus partes se describe a partir de su historia reciente, en la que tuvo lugar una rápida expansión y transformación del territorio, una expansión que fue capaz de ocupar y transformar los espacios verdes en lugares grises, el agua cristalina de los ríos en vertederos de aguas negras y residuos domésticos e industriales, los espacios caminables en zonas para agilizar el tránsito vehicular y los sitios públicos en áreas para el comercio de diversa índole. La historia así narrada es una historia de crecimiento poblacional y crecimiento urbano desordenado, con ausencia o desigualdades en la dotación de servicios públicos básicos y una movilidad deficitaria, con políticas públicas mal encaminadas; un crecimiento urbano capaz de transformar las áreas agrícolas y forestales de la periferia, con la consecuente pérdida de servicios ambientales de carácter regional –algunos tan importantes como el balance hídrico y térmico, el soporte de los ecosistemas y el paisaje, la transformación cultural e identitaria de los pueblos originarios, con una consecuente.

A la historia reciente de la Ciudad de México, la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF) adiciona la información sistematizada de sus investigaciones y recomendaciones acerca de los impactos y las violaciones a los derechos humanos vinculadas con la construcción de proyectos de desarrollo urbano e infraestructura de alto impacto, la cual funciona como el detonador y contexto para fundamentar la necesidad imperante de diseñar políticas públicas para la gestión urbana con el enfoque de los derechos humanos referido inicialmente, un elemento que dotaría a la gestión urbana de la anhelada integridad en la perspectiva del enfoque del derecho a la ciudad. Con esta integración la visión es incorporar numerosos elementos de derecho colectivo “pendientes” en la agenda pública, plantear alcances para recuperar la función social de la ciudad, ejercer los principios de igualdad y no discriminación, lo que pretende facilitar los procesos de participación y consulta, el acceso a la información, la transparencia y rendición de cuentas –como ejes articuladores de ejercicios de gobernanza y justicia–, la práctica de la sustentabilidad y la resiliencia en aras de construir acciones de prevención y mitigación de los riesgos, y desde luego, el reconocimiento de la diversidad cultural.

En este sentido, al incorporar los principios del derecho a la ciudad al nivel más alto de la planeación urbana se acatan simultáneamente los compromisos adquiridos por México después de Hábitat III, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Vivienda y el Desarrollo Urbano Sostenible, para planificar, instrumentar y evaluar los programas urbanos que invoquen lo justo, seguro, sano, accesible, asequible, resiliente y sostenible.

En síntesis, las propuestas para la gestión urbana que se plantean en el *Informe especial. Crecimiento urbano y derechos humanos en la Ciudad de México* se centran en la obligación del Estado de respetar, proteger, promover y garantizar el derecho a la ciudad y pueden verse como un compilado de indicadores de la gestión urbana y de la evolución normativa que considera las causas y los desafíos, así como una llave para abrir el diálogo entre la sociedad civil y el gobierno.

Estas propuestas representan también una opción para la viabilidad de la agenda derivada de Hábitat III y trascender hacia la planificación y la acción transversal, ante los desafíos para el ejercicio de los preceptos de la Constitución Política de la Ciudad de México; esto pensando en la visión de la administración local para el periodo de diciembre de 2018 a diciembre de 2024, el enfoque y principios del derecho a la ciudad pueden ser parte del diseño programático para articular la función social de la entidad y la justicia social urbana, así como en su evaluación y seguimiento por medio de indicadores de desempeño, en la transparencia y la rendición de cuentas del uso de los recursos públicos, facilitando el diagnóstico de la ciudad para garantizar el ejercicio pleno del derecho, la participación y la inclusión.

La integralidad implícita en el hecho de planificar y practicar los principios y las posturas que se plantean en el *Informe especial. Crecimiento urbano y derechos humanos en la Ciudad de México*, conlleva transitar más allá de la visión sectorial como se organiza la normatividad y la forma como se integra la agenda pública e incluso ir más allá de la forma de pensar y concebir la “realidad”. Hasta ahora los ejercicios emprendidos para organizar la Ciudad desde el Gobierno de la Ciudad de México y su Secretaría de Desarrollo Urbano y Vivienda, han sido infructuosos, aun cuando se presentan propuestas o iniciativas para la sustentabilidad y la integralidad desarrolladas por su órgano auxiliar, el Consejo para el Desarrollo Urbano Sustentable,¹ mejor conocido como Conduse, las cuales se gestaron durante dos años y seis meses en un proyecto de Programa General de Desarrollo Urbano de la Ciudad de México 2016-2030, una experiencia de gobernanza urbana que se calificó como *inédita* y que pretendía alinear al Plan Nacional de Desarrollo, al Programa Nacional de Desarrollo Urbano y Ordenación del Territorio, al Programa de Desarrollo de la Región Centro-País, al Programa de Ordenación de la Zona Metropolitana del Valle de México y al Programa General de De-

¹ Órgano auxiliar del desarrollo urbano que propicia la participación plural de los sectores público, social, académico, gremial y empresarial, con el objetivo de asesorar al gobierno en la realización de estudios, propuestas, opiniones, consultas y análisis en materia de desarrollo urbano sustentable.

sarrollo del Distrito Federal, entre otros, y así atender los cambios y adecuaciones físicas y económicas de la estructura de la ciudad.²

Enfoque crítico al Informe especial. Crecimiento urbano y derechos humanos en la Ciudad de México

Un aspecto de relevancia para el futuro de documentos relevantes, como es el caso de este Informe especial, es trascender a la desarticulación institucional que existe para alcanzar acuerdos. El caso del Programa General de Desarrollo Urbano antes mencionado es ejemplar porque aun cuando se lograron acuerdos en su etapa de construcción, a través de las mesas de trabajo, su trascendencia se debilitó ante la presencia de eventos de riesgo de naturaleza extraordinaria, como son los movimientos sísmicos, y su integralidad espacial de los espacios naturales que representa el suelo de conservación. Es importante resaltar el hecho de que la primera de estas situaciones se observó por parte de la Asamblea Legislativa a raíz de la presencia del sismo el 19 de septiembre de 2017 y que en la discusión mediática la Secretaría responsable de la propuesta de Programa General de Desarrollo Urbano de la Ciudad señaló que dichas observaciones ya estaban consideradas. En este mismo sentido, las observaciones planteadas acerca del desfase de este instrumento con el Ordenamiento Territorial del Suelo de Conservación mostraron la dificultad para comunicar la importancia de integrar el territorio para una mejor gestión y evitar una visión sectorial, en la que lo *ambiental* es competencia de una instancia como la Secretaría de Medio Ambiente y lo *urbano* es una competencia de la Secretaría de Desarrollo Urbano y Vivienda, por lo que se discutió en la arena pública la relevancia que tenía la subordinación que hay entre ambos programas.

Otra de las críticas al proyecto del Programa General de Desarrollo fue la omisión y la consulta a los pueblos originarios de la Ciudad de México, conforme los compromisos adquiridos por el Estado mexicano a través del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, situación que se atajó por parte de las instituciones de gobierno, que señalaron que la consulta se realizó durante la etapa de planificación.³

² Proyecto de Programa General de Desarrollo Urbano del 22 de noviembre de 2016 (Asamblea Legislativa del Distrito Federal), https://www.seduvi.cdmx.gob.mx/storage/app/media/uploaded-files/PGDUCDMX_22nov2016.pdf (Fecha de consulta: 18 de noviembre de 2018).

³ Gerardo Suárez, "Regresa gobierno capitalino ajustes a plan de desarrollo urbano a la Asamblea", *El Universal*. Sec. Metrópoli, 25 de marzo de 2018.

A partir de estos ejemplos, la prevalencia de los intereses políticos y sociales entorno al territorio de la Ciudad de México dificultarán la trascendencia de los contenidos del Informe especial. El escenario será el de desconfianza social, alimentado por la corrupción y la opacidad asociadas a la gestión y el otorgamiento de licencias o permisos de construcción para inmuebles privados o públicos, junto con el derribo de árboles autorizado para realizar estas obras; afectaciones a la movilidad local; la instauración de obras públicas y de equipamiento urbano disfrazado de obra pública con beneficios sociales; a la simulación y expectativas de participación que generan acciones como las realizadas a través del Conduse. Esto último debido a que la administración capitalina decretó la creación de seis polígonos de actuación por medio de la figura de Sistemas de Actuación por Cooperación, una acción contraria al espíritu de los trabajos del Consejo y con impactos importantes en las distintas áreas de la ciudad en donde se asientan estos polígonos, una situación que la sociedad civil califica como carente de control democrático, con ausencia de rendición de cuentas y con impactos en la vida de las y los habitantes.⁴

Esta desconfianza también se manifestará en el contexto de la diversidad cultural que caracteriza a la Ciudad de México y que suele ser olvidada, disminuida o como algo que se puede controlar. En la medida que la planificación del territorio comprenda e incorpore de manera adecuada a los pueblos originarios, reconociendo su lucha por mantener o recuperar el territorio y su sentido de propiedad social, es que podría trascender la intención de conservar los recursos naturales y los servicios ambientales que brindan al resto de la ciudad. ¿La situación es urgente?, la respuesta debe considerar que el Programa de Ordenamiento Ecológico de la Ciudad de México data del año 2000 y que en éste se preveía una actualización periódica.

La gestión del territorio de la Ciudad de México y la intervención del Conduse ha tenido dos momentos históricos⁵ y la sectorización para la atención del tema del suelo urbano y suelo de conservación parece ir desvaneciéndose. Sin embargo, el tiempo es limitado y la relevancia que tienen los contenidos del Informe especial es que podrían coadyuvar en un ejercicio de gobernanza urbana que facilite procesos de reconciliación en los que se reconozcan las múltiples omisiones y fallos. Es preciso reconocer que la forma como se han otorgado los permisos para el desarrollo de obras ha omitido la opinión de las y los habitantes de la ciudad y que en el caso de los pueblos es necesario aceptar su carácter originario,

⁴ Salvador Medina, "Inmobiliaria Mancera, el asalto a la ciudad. Ruta Cívica", *Suma Urbana*, <https://contralacorruptcion.mx/inmobiliariamancera/> (Fecha de consulta: 21 de noviembre de 2018).

⁵ El 18 de julio de 2009 se instaló el Conduse por parte del jefe de Gobierno Marcelo Ebrard Casaubon, en septiembre de 2015 se reformó su Reglamento y ese mismo año el jefe de Gobierno de la Ciudad de México Miguel Ángel Mancera reinstaló el Conduse.

atender la responsabilidad de las empresas en los proyectos constructivos y definir sus responsabilidades con respecto a los derechos humanos, también será importante reconocer que la Ciudad de México no puede ser más una ciudad pensada para los automóviles.

Conclusiones

La intención de impulsar el derecho a la ciudad como esencia y paradigma de la gestión urbana de la Ciudad de México tiene sentido debido a que responde al compromiso gubernamental de asumir y respetar los compromisos emanados de la Carta de la Ciudad de México por el Derecho a la Ciudad y la Constitución local, además de que se lograría impulsar una serie de principios rectores del marco de derechos humanos colectivos que se relacionan al mismo tiempo con la perspectiva de los Objetivos de Desarrollo Sustentable 2030, como son: la igualdad y la no discriminación, la justicia social, la gestión democrática, la gobernanza urbana y el acceso a la justicia, traducibles en la práctica de lo urbano al acceso a la información oportuna y suficiente; la participación libre y significativa; la consulta previa, libre e informada; y la transparencia y rendición de cuentas.

El ejercicio de esta perspectiva del derecho a la ciudad necesita lograr que el Estado asuma como propias la obligación de respetar, proteger, garantizar y promover los derechos humanos a través de la política pública, una condición que tendría implicaciones en la forma y fondo de la planeación programática y normativa, su diseño, seguimiento y evaluación e incluso la formación de perfiles de puesto con una perspectiva de derechos humanos, género, obligaciones y prevención. En la práctica, se necesitaría concebir acciones programáticas con un verdadero sentido integral, transversal y permanente, capaces de incorporar la participación efectiva de la población y en específico los grupos en situación de vulnerabilidad, con mecanismos estrictos de planificación y evaluación de la inclusión y la sustentabilidad.

En este sentido, el referente constitucional requerirá una armonización efectiva de instrumentos normativos que aparecerán como desfasados mientras que se gestan y desarrollan las leyes secundarias, por lo que será necesario colaborar con prioridad en el interés público y la función social de la ciudad, más allá de los intereses particulares, en atención a los compromisos adquiridos en la Carta de la Ciudad de México por el Derecho a la Ciudad y la Carta Mundial por el Derecho a la Ciudad.

En esta perspectiva y enfoque, la planificación y el ordenamiento del territorio con prioridad en lo ecológico deberá ser un instrumento de gestión institucional prioritario, capaz de internalizar la obligatoriedad estatal en materia del derecho colectivo a la ciudad y los derechos humanos, y eje articulador de la coordinación programática, presupuestal y normativa

incluyente y no discriminatoria, integradora de las diferencias económicas, sociales, espaciales y étnicas. Una perspectiva del territorio con estas características deberá cristalizarse en un solo instrumento de ordenamiento territorial, uno con enfoque ecológico que revierta las incongruencias, desfases, fallas y vacíos hasta ahora detectados, capaz de sumar a la ciudadanía por medio de la consulta previa e informada, con prioridad en la transparencia, el acceso a la información y la rendición de cuentas en consonancia con los compromisos internacionales.

Estos procesos requerirán regulaciones precisas, por lo que deberán detonarse procesos de conciliación entre vecinas, vecinos y particulares acerca de las obras públicas o privadas a realizar, sus implicaciones sociales, ambientales, económicas y culturales. Hoy en día la sociedad civil se encuentra detonando dichos mecanismos ante la falta de certeza o la ausencia del Estado y existen fallos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que promueven figuras como la evaluación ambiental estratégica.

La participación ciudadana, como vigilante de los procesos urbanos, debe contar con medios de denuncia ágiles y capaces de responder a situaciones urgentes en las que aprovechan los vacíos administrativos para violentar la normatividad o interpretarla a modo. En este mismo sentido, la conformación de grupos de trabajo que integren a las instituciones, los organismos autónomos, la sociedad civil y la academia, deberá seguirse contemplando como un mecanismo de seguimiento y vigilancia de la planificación urbana y territorial.

En el proceso será necesario que se adopten estrategias de prevención, investigación y reparación integral de daños conforme al marco legal vigente, mantener el sistema de denuncias y propiciar la responsabilidad de la función pública y fomento de las buenas prácticas para la equidad y la calidad de vida urbana, con prioridad en el interés público.

Finalmente, la presencia de un evento sísmico –como el ocurrido el 19 de septiembre de 2017– es motivo para reflexionar y evaluar la capacidad de respuesta preventiva con la que se planifica la Ciudad de México, de ahí que sea pertinente promover la evaluación del riesgo de desastres en el ordenamiento ecológico del territorio, incluidos los planes de respuesta y de reducción de riesgos, en la integración de normas y programas que consideren atender a la población vulnerable que habita en zonas y asentamientos de riesgo, y el derecho a una vivienda adecuada. Esta perspectiva debe mantener como prioridad la necesidad de atender eventualidades extraordinarias, por lo que la planificación del Programa para la Reconstrucción, Recuperación y Transformación de la Ciudad de México deberá acompañarse de la acción preparatoria comunitaria en la instauración de la estrategia de resiliencia de la Ciudad de México.

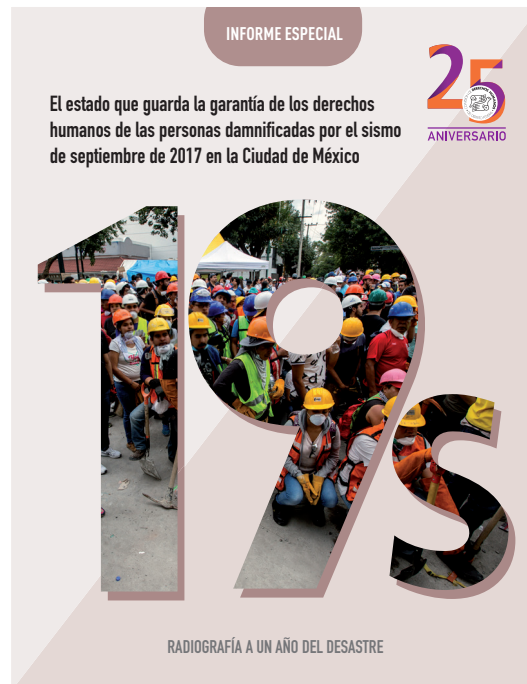
Bibliografía

- Alianza para la Regeneración Urbana. *Herramientas para la colaboración entre desarrolladores inmobiliarios y vecinos*. México. 2018. https://docs.wixstatic.com/ugd/8e3dbb_bdb20a2429034cddb73140a2c64afa6.pdf?platform=hootsuite (Fecha de consulta: 18 de noviembre de 2018).
- Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. *Informe especial. Crecimiento urbano y derechos humanos en la Ciudad de México*. México: CDHDF/Seciti, 2018. <https://cdhdf.org.mx/wp-content/uploads/2018/09/Informe-crecimiento-urbano.pdf> (Fecha de consulta: 10 de noviembre de 2018).
- Medina, Salvador. "Inmobiliaria Mancera, el asalto a la ciudad. Ruta Cívica". *Suma Urbana*. <https://contralacorrupcion.mx/inmobiliariamancera/> (Fecha de consulta: 21/11/2018).
- Proyecto de Programa General de Desarrollo Urbano del 22 de noviembre de 2016 (*Asamblea Legislativa del Distrito Federal*). https://www.seduvi.cdmx.gob.mx/storage/app/media/uploaded-files/PGDUCDMX_22nov2016.pdf (Fecha de consulta: 18 de noviembre de 2018).
- Suárez, Gerardo. "Regresa gobierno capitalino ajustes a plan de desarrollo urbano a la Asamblea", *El Universal*. Sec. Metrópoli, 25 de marzo de 2018.

**Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.
*Informe especial. El estado que guarda la garantía de los derechos humanos de las personas damnificadas por el sismo de septiembre de 2017 en la Ciudad de México. Radiografía a un año del desastre. México: CDHDF, 2018.***

(Reseña)

Mayra Ortiz Ocaña*



* Licenciada en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Integrante de Documenta desde Abajo 19S, proyecto que articula los esfuerzos de organizaciones de derechos humanos, sociedad civil y brigadas de estudiantes de diversas universidades para construir un repositorio no oficial de diferentes afectaciones del sismo del 19 de septiembre de 2017, a partir de un enfoque de derechos. Es abogada en la Oficina de Defensoría de los Derechos de la Infancia, A. C.

El texto a ser reseñado corresponde al Informe especial que presentó la Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México (en adelante CDHDF o Comisión) en relación con las violaciones a derechos humanos derivadas del sismo del 19 de septiembre de 2017. Las conclusiones a las que llega la CDHDF provienen de las quejas a su cargo, una audiencia pública con las personas damnificadas que se llevó a cabo el 16 de marzo de este año, una reunión con madres y padres de familia que representaban a las escuelas afectadas, trabajo de intervención territorial en la ciudad, reuniones de trabajo con sociedad civil, academia y autoridades, entre otras acciones.²

A partir de lo anterior, el texto se divide en tres partes. En la primera se relatan los hechos relacionados con los sismos de septiembre de 2017; en la segunda, se menciona la respuesta de las distintas autoridades públicas en la Ciudad de México, en las que se incluyen la Jefatura de Gobierno, la Secretaría de Gobierno, la Secretaría de Protección Civil, el Instituto para Seguridad de las Construcciones, la Comisión para la Reconstrucción, entre otras; en la tercera parte la normatividad sobre la reconstrucción, lo que incluye la ley y el programa; y finalmente, se aborda el estado inconstitucional de cosas, que se refiere a la declaración de necesidad de protección de derechos constitucionales de una comunidad de personas que sufren de forma sistemática, prolongada y significada la violación a éstos, sin recibir la atención necesaria por parte de las autoridades.³

En la segunda parte se analizan las problemáticas y falta de garantía de los derechos humanos a un año del desastre. Las problemáticas abordadas por la CDHDF se agrupan en nueve rubros, en los cuales se incluyen dos apartados: el primero, hechos, casos y problemáticas, en las que se narra la forma en que se están violando los derechos de las personas, incluyendo testimonios de víctimas y personal de la CDHDF; y el segundo apartado expone las obligaciones de las autoridades en relación con los derechos violados y cada rubro finaliza con la identificación de problemáticas en cada una. Los nueve rubros del capítulo con su respectiva problemática son:

² CDHDF, *Informe especial. El estado que guarda la garantía de los derechos humanos de las personas damnificadas por el sismo de septiembre de 2017 en la Ciudad de México. Radiografía a un año del desastre* (México: CDHDF, 2018).

³ Leonardo García Jaramillo, *Constitucionalismo deliberativo: estudio sobre el ideal deliberativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario* (México: Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015),188.

Rubro	Problemática
Respecto del derecho a la vida y los derechos de las víctimas: verdad, justicia y reparación integral.	Irregularidades en procesos de construcción que vulneran el derecho a la vida y obstáculos en el acceso a la justicia para las víctimas.
Respecto del derecho a un espacio público seguro.	Falta de certeza, claridad y transparencia sobre las condiciones del suelo de la ciudad, e inadecuada atención de la infraestructura urbana y los servicios públicos.
Respecto del derecho a la protección de las personas desplazadas por desastres provocados por fenómenos naturales.	Se advierte la existencia de un preocupante escenario de desplazamiento forzado de personas a raíz del desastre. Dicha situación se ve agravada por la falta de información oficial al respecto.
Respecto del derecho a la vivienda.	Se ha demostrado la falta de supervisión de condiciones estructurales de los inmuebles y la existencia de obstáculos para acceder a los dictámenes estructurales y estudios sobre riesgos geológicos; así como irregularidades y deficiencias en las acciones realizadas, entre otros aspectos. Además, se advierten afectaciones al derecho a la ciudad al orientar la reconstrucción desde criterios privados y mercantiles más que desde la garantía de la función social de la ciudad.
Respecto del derecho a la protección especial de grupos de atención prioritaria.	Falta de un enfoque diferencial e integral que permita identificar las necesidades particulares de la población damnificada integrante de grupos de atención prioritaria –como niñas, niños y adolescentes; mujeres; personas mayores; personas indígenas, personas con discapacidad, entre otros–; para diseñar e implementar medidas especiales, adecuadas y pertinentes que garanticen y protejan sus derechos.
Respecto del derecho a la autodeterminación personal y a un nivel de vida adecuado.	Se advierten múltiples impactos negativos en la vida de las personas damnificadas y en sus proyectos de vida individual y familiar; así como la insuficiente atención psicosocial por parte de las autoridades que han privilegiado la reconstrucción material sobre la social. Además, se evidencian casos de afectaciones económicas y laborales frente a las cuales las acciones públicas para su atención han sido insuficientes e inadecuadas.
Respecto de los derechos colectivos y la reconstrucción social de las comunidades afectadas.	Se advierte que no han sido considerados los impactos en la vida social de las comunidades afectadas ni su participación efectiva en el proceso de reconstrucción social y comunitaria. Falta implementar mecanismos de mediación comunitaria que fortalezcan la cohesión social. Asimismo, es necesaria la reactivación económica en las zonas afectadas.
Respecto del derecho a la seguridad y a la cultura de prevención.	La ciudad no cuenta con una política de prevención y gestión integral pertinente y adecuada del riesgo, situación que se agrava por la falta de acceso a información oportuna, accesible y suficiente, lo que implica que se vea limitada la participación de la población damnificada en el diseño y toma de decisiones, lo que coloca a las personas en una situación de riesgo.
Respecto de la transparencia y el máximo uso de los recursos disponibles.	Se advierte la falta de transparencia y rendición de cuentas en el ejercicio de los recursos públicos y privados en el marco del sismo y la reconstrucción, lo cual genera incertidumbre, desconfianza e inconformidad de las personas damnificadas hacia las autoridades.

Por último, la CDHDF presenta un capítulo de posicionamiento y propuestas en relación con las problemáticas identificadas. Las propuestas específicas son dirigidas a autoridades en concreto para el mejoramiento de la situación de los derechos de las personas damnificadas.

Comentario de la obra

El comentario que a continuación se hará al texto de la CDHDF tiene como base de referencia el proyecto Documenta desde Abajo 19S, un ejercicio ciudadano independiente que incluyó la participación de estudiantes y profesores, junto con organizaciones de derechos humanos y colectivos de la sociedad civil. Este proyecto consistió en la documentación de violaciones a derechos humanos derivadas del sismo, a través del levantamiento de tres formularios que fueron contestados por las personas damnificadas por el sismo en las principales delegaciones afectadas, todo ello gracias al esfuerzo de 45 brigadas organizadas por profesores de las facultades de Derecho, Ciencias Políticas y Geografía de la Universidad Autónoma de México (UNAM); los programas de maestría y doctorado en Antropología Social del Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS); las facultades de Derecho, Sociología y Ciencias Políticas, y Comunicación y Cultura de la Universidad Autónoma de la Ciudad de México (UACM); el programa de maestría del Instituto Mora; y la Facultad de Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM). Asimismo, las organizaciones Habitat International Coalition América Latina, el Centro de Derechos Humanos Fray Francisco de Vitoria y el colectivo ciudadano Hoy por México. Desde un inicio el proyecto intentó llegar a los lugares marginalizados de la atención pública (incluyendo las delegaciones de Tláhuac, Iztapalapa, La Magdalena Contreras y Milpa Alta), haciendo énfasis en las distintas demarcaciones, tanto en albergues oficiales como en campamentos ciudadanos. El levantamiento de la información se dio entre finales de octubre y mediados de diciembre de 2017.

Los tres formularios señalados se enfocaban en: el primero, la situación de albergues y campamentos; el segundo, en las afectaciones sufridas por individuos y familias; y el tercero, sobre edificaciones.

Posteriormente, los datos fueron procesados gracias al trabajo de Jaime Vera y el resto del equipo coordinador del proyecto. Los resultados de las preguntas fueron traducidos en clave de violaciones a derechos humanos. El informe completo fue publicado el 12 de septiembre de 2018 y puede ser consultado en la página <http://documentadesdeabajo.org>.

Las problemáticas identificadas y conclusiones enunciadas en el Informe de la CDHDF sin duda coinciden ampliamente con los hallazgos encontrados en el trabajo de Documenta. No obstante, consideramos que el informe elaborado por dicha organización ofrece una documentación más profunda y extensa del tipo de violaciones a los derechos humanos que el de la CDHDF.

Una de las coincidencias principales entre el proyecto y la CDHDF es el reconocimiento de la construcción social de los desastres. Es muy común que los efectos catastróficos asociados a los fenómenos naturales se vinculen a fuerzas incontrolables que no son responsabilidad humana y de esta manera no atribuibles al Estado.⁴ Aunque, es imposible impedir que ocurra de un fenómeno natural, sin duda es posible mitigar al máximo los daños que puedan generar en las personas. En este sentido, ¿cómo prever la ocurrencia de fenómenos naturales? los efectos catastróficos son socialmente construidos y estos efectos suelen estar relacionados con acciones u omisiones respecto de las cuales el Estado tiene responsabilidad.

Así, la CDHDF reconoce que los fenómenos naturales no necesariamente deben provocar desastres sino que “es debido a la falta de prevención, planificación y acciones adecuadas y efectivas que fenómenos naturales como los sismos pueden derivar en eventos perjudiciales o sucesos dañinos, e incluso llegar al extremo de ser catastróficos”.⁵ Lo cual transforma este tema en una cuestión de derechos humanos y no de ocurrencia sin responsabilidad.

Otro punto digno de resaltar del informe es la situación de las personas damnificadas como desplazamiento forzado ante desastres provocados por fenómenos naturales. Dicho reconocimiento es relevante puesto que así es posible la aplicación de los estándares más altos del derecho internacional para su protección, lo cual incluye la obligación de brindar ayuda humanitaria, de estabilización económica y la restitución de la vivienda mediante el retorno voluntario o la reubicación informada.⁶

Este enfoque ha estado completamente ausente en el actuar de las autoridades de la Ciudad de México, pues no existe información oficial sobre las personas que no han podido regresar a sus casas tras los sismos de septiembre.⁷

No obstante la gran coincidencia en general con el diagnóstico de la Comisión, es necesario resaltar algunas piezas faltantes que deben ser tomadas en cuenta para contar con una visión integral de las violaciones a derechos humanos por el sismo de septiembre de 2017.

⁴ Véase Jesús Macías, *Los modelos gubernamentales para enfrentar los problemas del riesgo-desastre (Defensa Civil, Protección Civil, Manejo de Emergencias)* (México: 2016).

⁵ CDHDF, *Informe especial. El estado que guarda la garantía de los derechos humanos de las personas damnificadas por el sismo de septiembre de 2017 en la Ciudad de México. Radiografía a un año del desastre*, 12.

⁶ Principios sobre la Restitución de las Viviendas y el Patrimonio de los Refugiados y las Personas Desplazadas (Principios Pinheiro). Sub-Comisión de Protección y Promoción de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (E/CN.4/Sub.2/2005/17).

⁷ CDHDF, *Informe especial. El estado que guarda la garantía de los derechos humanos de las personas damnificadas por el sismo de septiembre de 2017 en la Ciudad de México. Radiografía a un año del desastre*, 44.

Derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA)

Una cuestión vital –y que se dejó de lado en el informe– fue la identificación de violaciones y recomendaciones en torno a los DESCAs de forma autónoma y no subsumida a otros derechos como el del mínimo vital. El único que es abordado de una forma muy breve es el derecho a la vivienda.

De los relatos e investigaciones que se incluyen en el informe es posible identificar la violación de varios DESCAs, como el derecho al agua, a la alimentación, a la educación y a la salud. Es necesario que las violaciones sean pensadas desde esta perspectiva autónoma pues de lo contrario se invisibilizan obligaciones de las autoridades. Por ejemplo, respecto del derecho a la educación. Si bien en el informe se identifica el daño a los edificios de las escuelas, esto no basta para identificar las obligaciones y medidas a corto, mediano y largo plazo que le corresponden realizar a las autoridades para garantizar el derecho a la educación, atendiendo a los criterios mínimos de disponibilidad, accesibilidad, adecuación cultural, asequibilidad, entre otros.⁸

El derecho al agua es otro derecho cuyo cumplimiento debe ser verificado de forma autónoma, pues tanto las condiciones en las que estaban y están las personas en albergues y campamentos como de algunas zonas de la ciudad son violatorias de los estándares internacionales en la materia y deben ser analizadas caso por caso.

Por ejemplo, nuestros datos muestran que hubo serias carencias en los campamentos para acceder a insumos básicos, a pesar de que el Estado tiene la obligación de garantizarlos tanto a albergues oficiales como a campamentos ciudadanos. Solo 29% de los campamentos tenía una provisión garantizada y gratuita de servicios públicos básicos, 4% tenía una provisión garantizada pero no gratuita y 67% de los albergues y campamentos no tenían una provisión garantizada.

Enfoque diferenciado por razones económicas, de género y diferencias étnicas

Una cuestión que arrojaron los datos de Documenta y que no es abordada profundamente en el informe es el trato diferenciado que recibieron las personas damnificadas en relación

⁸ Véase Comité DESC, Observación General 4 (1991). El derecho a una vivienda adecuada (E/1992/23); Observación General 13 (1999). El derecho a la educación (artículo 13) (E/C.12/GC/24); Comité DESC, Observación General 14 (2000) El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12) (E/C.12/2000/4).

con la delegación en la que viven. El trato diferenciado coincide con los índices de pobreza en las demarcaciones de la Ciudad de México.

Las delegaciones en las que se realizó trabajo de documentación fueron Benito Juárez, Coahuacán, Cuauhtémoc, Iztapalapa, La Magdalena Contreras, Milpa Alta, Tláhuac y Xochimilco. Se realizó una distinción entre delegaciones centrales y periféricas, clasificación que no sólo atiende a una cuestión geográfica sino también a los números de Coneval⁹ en los que se identifica a las delegaciones con mayor porcentaje de situación de pobreza. De las delegaciones mencionadas, las primeras tres son centrales y las restantes cinco son periféricas.

Es importante señalar que los datos en los que se encontró mayor disparidad entre delegaciones fueron aquellos arrojados por la encuesta sobre albergues y campamentos. Por ejemplo, en 73% de los campamentos ubicados en las delegaciones periféricas hubo problemas con otros actores sociales, principalmente con las autoridades delegacionales, por falta de apoyos en 75% de los casos. En contraste, en los ocho campamentos de las delegaciones centrales, los problemas fueron, en la mitad de los casos, con la comunidad circundante y por una diversidad de motivos.

Otro dato que debe ser tomado en cuenta es que en las delegaciones periféricas, las pocas autoridades que se presentaron fueron del gobierno central de la Ciudad de México. En contraste, las autoridades delegacionales estuvieron por completo ausentes en las delegaciones periféricas. Esto se conecta con que el principal abuso ocurrido en las delegaciones periféricas se centró en la ausencia de las autoridades. Por otro lado, el abuso en las delegaciones centrales se refiere a violencia, amenazas de desalojo, entre otras.

Un dato adicional sobre las autoridades es que en general existió ausencia de órganos de protección de derechos humanos durante la emergencia. Lo anterior fue sumamente grave en las delegaciones periféricas en 82% de los casos, mientras que ocurrió en 60% en las demarcaciones centrales.

Es preciso que las investigaciones de la Comisión ahonden en los temas de irregularidades y abusos que ocurrieron dentro de los albergues y campamentos, que son los lugares que debieron tener los reflectores los días siguientes al sismo, pues ahí se concentraban las personas damnificadas, además se debe tener un enfoque diferenciado. Por ejemplo, se

⁹ Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, "Pobreza a nivel municipio 2015", https://www.coneval.org.mx/coordinacion/entidades/DistritoFederal/Paginas/pobreza_municipal2015.aspx (Fecha de consulta: 9 de septiembre de 2018).

documentó que existían albergues en los que había principalmente mujeres, niñas y niños, grupos que requieren una atención prioritaria.

La comparación entre las delegaciones permite vislumbrar que el problema principal para aquellas con mayor índice de pobreza en la ciudad –a quienes es un deber del Estado prestar mayor atención– es la grave ausencia de las autoridades, en especial de las delegacionales. Las autoridades de todos los niveles tienen la obligación reforzada de garantizar y respetar los derechos de las personas en situación de pobreza, no obstante, fue a esas personas a las que se dejó más abandonadas durante la emergencia del 19 septiembre de 2017.

La situación de las personas en condiciones de pobreza debe representar una oportunidad para el Estado para revertir las condiciones de desigualdad en las que han vivido por mucho tiempo. A partir de la necesidad de aplicación de una política pública, el Gobierno de la Ciudad de México debe aprovechar para contrarrestar esta condición que sobrepone a las personas a múltiples violaciones de derechos humanos.

Aunado a lo anterior, en la documentación realizada fue posible observar el trato diferenciado que sufrieron otros grupos como pueblos indígenas y mujeres, quienes requerían de medidas especiales en razón de la vulnerabilidad especial en la que se encontraban. Contrario a las obligaciones de las autoridades, la integridad de estas personas se puso en peligro. Por ejemplo, en los campamentos hubo constante presencia militar, lo cual pone en especial riesgo a las mujeres y niñas, como ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). En cuanto a integrantes de pueblos indígenas, las autoridades fallaron en comprender la importancia de los lazos comunitarios y no acondicionaron albergues para que las comunidades no fueran separadas.

Obligaciones de progresividad y no regresividad

Por último, un punto que no puede ser obviado y necesita ser vigilado son las obligaciones constitucionales sobre progresividad y no regresividad, en particular en relación con el derecho a la vivienda. Este principio implica que la garantía de los derechos sólo puede ir en aumento y que éstos no deben ser disminuidos.¹⁰

¹⁰ Sandra Serrano y Daniel Vázquez, *Principios y obligaciones de derechos humanos: los derechos en acción* (México: CDHDF, 2013) 35.

En razón de estas obligaciones se debe analizar la legislación que surgió como respuesta a la emergencia para reconstruir viviendas. La Ley para la Reconstrucción, Recuperación y Transformación de la Ciudad de México, en una entidad cada vez más resiliente, prevé diversos esquemas de reconstrucción de acuerdo, principalmente, con la situación socioeconómica de las personas afectadas. El texto los agrupará en dos: el esquema de gratuidad y el de crédito. Ambos son violatorios del mandato de no regresividad.

Sobre el primer esquema, en el artículo 21 de la Ley para la Reconstrucción se prevé que la reconstrucción sea de forma gratuita de la vivienda tenga 45 metros cuadrados. A pesar de que esto está planteado como un mínimo, el número resulta peligroso porque establece un estándar muy bajo que no necesariamente atiende a las condiciones de vivienda previas que tenían las personas damnificadas y puede resultar regresivo.

La documentación por parte de la CDHDF de la forma y tamaño en que se construyeron las viviendas es fundamental para que pueda determinarse si existen violaciones a las obligaciones de derechos humanos.

Por otro lado, respecto de los créditos, la Ley prevé un esquema mixto de financiamiento a través de la construcción y venta de viviendas adicionales en el artículo 38 de la Ley. Esto supone un esquema de redensificación que permite un incremento de hasta 35% respecto de la zonificación establecida en los programas de desarrollo urbano, o que las personas cedan parte del espacio en el que estaba su departamento para financiar la reconstrucción de su vivienda. Este esquema también es regresivo, pues provoca que las personas deban disminuir el espacio en el que vivían para evitar contraer deudas por décadas.

En razón de lo anterior, resulta fundamental que se entienda a la Ley para la Reconstrucción como una medida que puede tornarse regresiva y disminuir la calidad de la vida de las personas damnificadas. Por lo cual la Comisión tiene el deber de vigilar que no se incumpla las mencionadas obligaciones.

Conclusiones

El esfuerzo de la CDHDF en la realización de este informe es digno de mencionarse. Muchas de las interpretaciones sobre violaciones a derechos humanos son innovadoras e interesantes como se mencionó anteriormente, en particular respecto de los desastres como una cuestión socialmente construida, el reconocimiento de desplazamiento forzado o la identificación de las afectaciones diferenciadas para personas mayores.

No obstante, se debe también recalcar que la ampliación de visión hacia más derechos y problemáticas puede contribuir al mejoramiento de la situación de las personas damnificadas. La desigualdad económica existente en todo el país es un eje que debe ser tomado en cuenta pues el temblor sacó a relucir la falta de garantía de derechos para muchas personas, este incumplimiento las pone en una situación de vulnerabilidad que agrava las consecuencias de un fenómeno natural como el sismo.

Conectado con lo anterior, es preciso que el Estado ponga atención especial en las personas en situación de pobreza puesto que el sismo podría ser un aliciente para un empobrecimiento mayor, contrariando las obligaciones de progresividad y no regresividad. Una visión que podría ayudar es la verificación de cumplimiento de los DESCAs, uno por uno.

La Comisión lo tiene claro, pero es necesario recalcar que el desastre no acaba el día en que se cierra el último albergue. Las violaciones a derechos humanos persisten hasta que la última persona recupere su vivienda y regrese a las condiciones de vida previas al temblor. En este sentido, el trabajo de la CDHDF debe seguir hasta que la última persona retorne a su hogar.

Bibliografía

- Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México. *Informe especial. El estado que guarda la garantía de los derechos humanos de las personas damnificadas por el sismo de septiembre de 2017 en la Ciudad de México. Radiografía a un año del desastre*. México: CDHDF, 2018.
- Comité DESC. Observación General 4 (1991). El derecho a una vivienda adecuada (E/1992/23); Observación General 13 (1999). El derecho a la educación (artículo 13) (E/C.12/GC/24); Comité DESC. Observación General 14 (2000) El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12) (E/C.12/2000/4).
- Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social. "Pobreza a nivel municipio 2015." https://www.coneval.org.mx/coordinacion/entidades/DistritoFederal/Paginas/pobreza_municipal2015.aspx (Fecha de consulta: 9 septiembre de 2018).
- García Jaramillo, Leonardo. *Constitucionalismo deliberativo: estudio sobre el ideal deliberativo de la democracia y la dogmática constitucional del procedimiento parlamentario*. México: Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.
- Macías, Jesús. *Los modelos gubernamentales para enfrentar los problemas del riesgo-desastre (Defensa Civil, Protección Civil, Manejo de Emergencias)*. México: 2016.

Organización de las Naciones Unidas. Principios sobre la Restitución de las Viviendas y el Patrimonio de los Refugiados y las Personas Desplazadas (Principios Pinheiro). Sub-Comisión de Protección y Promoción de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (E/CN.4/Sub.2/2005/17).

Serrano, Sandra y Daniel Vázquez, *Principios y obligaciones de derechos humanos: los derechos en acción*. México: CDHDF, 2013.



CONVOCATORIA

Con el ánimo de contribuir al estudio, investigación y difusión en materia de derechos humanos, la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF) realiza la publicación de obras especializadas en la materia, ya sea de manera impresa o electrónica, sin perseguir fines de lucro, por lo que convoca a aquellas personas académicas, investigadoras, docentes, estudiantes, o bien, a cualquier otra interesada, a presentar artículos inéditos para su publicación en *métodhos*. Revista electrónica de investigación aplicada en derechos humanos, la cual tiene entre sus objetivos:

- Fomentar, a través de distintos mecanismos, la generación de investigaciones puntuales sobre el respeto, la garantía y el ejercicio de los derechos humanos desde una perspectiva crítica y analítica.
- Promover el estudio y la investigación de los derechos humanos, a partir de la generación de conocimiento científico que permita fortalecer el trabajo de defensa, promoción y protección de los derechos humanos.

Para la presentación de los artículos, las y los participantes se sujetarán a las siguientes

BASES

PRIMERA. “Destinatarias y/o destinatarios”

Podrán participar aquellas y aquellos profesionales, académicos e investigadores, especialistas, estudiantes, y en general cualquier persona interesada en temas asociados a la protección, defensa, vigilancia, promoción, estudio, educación y difusión de los derechos humanos.

SEGUNDA. “Temas generales”

Con la finalidad de contribuir a los objetivos de la revista, se considerarán preferentemente a aquellos artículos que versen sobre temáticas que impliquen investigación aplicada en derechos humanos; por ejemplo, género, políticas públicas, discriminación, grupos en situación de vulnerabilidad, migración, medio ambiente, educación, indicadores o cualquier otro tema.

TERCERA. “Criterios de selección”

Los textos recibidos tendrán una valoración previa por parte del Comité Editorial, el cual seleccionará los artículos que serán sometidos al arbitraje de dos especialistas en la materia, asegurando la confidencialidad de la o el autor. Las y los dictaminadores analizarán que los trabajos se apeguen a los elementos establecidos en la Política Editorial de la revista.

CUARTA. “Requisitos de presentación de artículos”

Los artículos deberán ser presentados de acuerdo con los requisitos formales establecidos en la Política Editorial de la revista *métodhos*.

QUINTA. “Presentación de artículos”

Los artículos deberán remitirse al correo electrónico: revistametodhos@cdhdf.org.mx. El correo electrónico deberá contener los elementos referidos en la Política Editorial de la revista *métodhos*.

SEXTA. “Plazo de presentación”

Los artículos se reciben durante todo el año. Los artículos que se reciban por lo menos un mes antes del cierre de cada edición, y cuyas dos dictaminaciones sean positivas, formarán parte del número próximo inmediato.

SÉPTIMA. “Selección de artículos”

Una vez cumplidas las etapas de dictaminación referida en la Política Editorial, el Comité Editorial aprobará e integrará la lista de artículos que formarán parte de la publicación de la revista.

OCTAVA. “Propiedad intelectual”

El envío del artículo por parte de las y los autores, para su dictaminación, implica el otorgamiento de la licencia no exclusiva a favor de la CDHDF, por un plazo de cinco años, para la publicación y la difusión de la obra.

* Para visualizar la versión completa de esta Convocatoria, así como la Política Editorial de la revista electrónica *métodhos*, consulte la página web <http://revistametodhos.cdhdf.org.mx> y para mayor información comuníquese al teléfono 5229 5600, exts. 2437 y 2208, o escriba al correo electrónico revistametodhos@cdhdf.org.mx