



Julio-diciembre de 2020

DERECHOS (CONTROL DE CONVENCIONALIDAD)  
HUMANOS (DISCRIMINACIÓN)  
PERSONAS migrantes  
VIDA  
DISCAPACIDAD salud JUSTICIA territorio

**métodhos**, Revista Electrónica de Investigación Aplicada en Derechos Humanos de la Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad México (CDHCM), año 10, núm. 19, julio-diciembre de 2020, es una publicación semestral editada por la CDHCM a través de la Dirección Ejecutiva de Investigación e Información en Derechos Humanos (DEIIDH). Avenida Universidad 1449, colonia Pueblo Axotla, demarcación territorial Álvaro Obregón, 01030 Ciudad de México, tel.: 55 52295600, exts.: 2202 y 2213, <<http://cdhcm.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 2020.

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 necesariamente la postura de la CDHCM. *métodhos* se dirige a las personas interesadas en el estudio, protección, promoción, difusión y defensa de los derechos humanos.

Los artículos de investigación 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 Mariela Ansolabehere, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (México); María del Pilar Berrios Navarro, Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Xochimilco (México); Manuel Jorge Carreón Perea, Instituto Nacional de Ciencias Penales (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); Iván García Gárate, Segunda Visitaduría General de la Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad 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).

Dirección editorial: Domitille Marie Delaplace. Coordinación editorial: Fabiola de Lachica Huerta y Cesia Azul Ramírez Salazar. Corrección de estilo y revisión de pruebas: Karina Rosalía Flores Hernández. Diseño y formación: Gladys Ivette López Roja y Ana Lilia González Chávez. Apoyo editorial: Verónica López Rodríguez. 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.cdhd.org.mx>> y para el envío de artículos o mayor información comuníquese al teléfono 55 52295600, exts. 2202 y 2213, o escriba al correo electrónico <[revistametodhos@cdhcm.org.mx](mailto:revistametodhos@cdhcm.org.mx)>.

Incluida en:



La Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad México 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

4

*Nashieli Ramírez Hernández*

## ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

La responsabilidad individual como medida de protección en México frente a la COVID-19

Individual responsibility as a protection measure in Mexico against the COVID-19

*Jesús Francisco Ramírez Bañuelos*

8

Las restricciones a los derechos humanos durante la pandemia de COVID-19 en El Salvador

Restrictions on human rights in El Salvador during the COVID-19 pandemic

*Fany Ivannia Gómez Orellana*

31

La teoría de la ponderación como una herramienta útil para la defensa de los derechos humanos

The weighting theory as a useful argumentation tool for the defense of human rights

*Cesia Azul Ramírez Salazar*

54

## ENSAYO

El derecho a la educación de las niñas, los niños y las y los adolescentes y la violencia familiar durante la pandemia por COVID-19

The right to education of girls, boys and adolescents and the context of violence, during the COVID-19 pandemic

*Michelle Guerra Sastré*

76

## ENTREVISTA

Derecho a la salud en el contexto de la pandemia por COVID-19.

La protección de las personas en situación de pobreza

*Rodrigo Brito Melgarejo*

98

## CONVOCATORIA

108

# PRESENTACIÓN

Núm. 19 julio-diciembre de 2020

<http://revistametodhos.cd hdf.org.mx>

La Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México (CDHCM) tiene como atribuciones, entre otras, dar a conocer el contenido de los derechos humanos y ejercer al máximo sus funciones de publicidad con el fin de difundir el estado que éstos guardan. De manera específica, la Ley Orgánica de este organismo público autónomo prevé el fomento de la investigación en derechos humanos a través de publicaciones especializadas en la materia.

En tal sentido, la Dirección y Coordinación Editorial de *métodhos*, con el acompañamiento permanente de las y los integrantes del Comité Editorial de esta revista electrónica de investigación aplicada en derechos humanos, ha mantenido un trabajo constante aun en el contexto de la pandemia y crisis sanitaria para promover la investigación y postulación de artículos inéditos de carácter multidisciplinario que abonen al conocimiento científico e inviten a reflexionar de manera formal y propositiva sobre el avance y los retos en el cumplimiento de los derechos. Al mismo tiempo, se han generado y fortalecido vínculos de trabajo con personas académicas, docentes, servidoras públicas, estudiantes y personas interesadas en la investigación aplicada en derechos humanos.

En el contexto mundial de la pandemia de COVID-19, a mediados de mayo de 2020 se promovió la convocatoria especial Pandemia y derechos humanos: el caso del coronavirus, con el fin de incentivar la presentación de artículos que abonaran al respeto, protección, garantía y ejercicio de los derechos humanos frente a esta emergencia sanitaria. Posteriormente, se amplió la convocatoria hasta el 15 de octubre de 2020. En consecuencia, tres textos de la presente edición abordan líneas de investigación relacionadas con el estado de los derechos y su nexos con la pandemia; asimismo, se publica una entrevista que desarrolla el contenido de las obligaciones de protección a las personas en situación de pobreza, en relación con el derecho a la salud y el contexto de la emergencia sanitaria.

La edición 19 está integrada por tres artículos de investigación que siguieron un riguroso proceso de examinación y aportan ejes inéditos sobre la protección, promoción y garantía de los derechos humanos; un ensayo sobre el derecho a la educación de las niñas, los niños y las y los adolescentes; y una entrevista con un investigador de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).

El primer artículo de investigación titulado “La responsabilidad individual como medida de protección en México frente a la COVID-19”, escrito por Jesús Francisco Ramírez Bañuelos, invita a reflexionar sobre las medidas de protección adoptadas por el gobierno mexicano para hacer frente a la pandemia.

De manera específica hace una crítica a la estrategia de Quédate en casa como una norma jurídica imperfecta que termina trasladando a las y los particulares las obligaciones estatales para responder a una crisis sanitaria, y obviando el contenido de los instrumentos normativos, tanto locales como regionales y universales, que enmarcan las pautas que los Estados deben observar para proteger y cumplir los derechos humanos.

El artículo concluye que, a pesar de contar con un marco regulatorio nacional para enfrentar una pandemia, el gobierno mexicano prefirió deslindarse de sus deberes e implementar un esquema de responsabilidad individual y social.

En el siguiente texto se abre la reflexión sobre el estado de los derechos en otro país. Fany Ivannia Gómez Orellana con el texto “Las restricciones a los derechos humanos durante la pandemia de COVID-19 en El Salvador” nos aproxima a las condiciones latentes en El Salvador y las acciones preventivas adoptadas frente a la pandemia.

La autora hace alusión a las limitaciones a los derechos humanos y las libertades por parte del Estado salvadoreño derivadas del contexto de crisis sanitaria, particularmente los derechos a la salud, a la libertad de circulación, a no ser privado arbitrariamente de la libertad durante la cuarentena, y a la libertad de prensa y de expresión.

Al analizar los derechos desde los estándares internacionales y regionales señala que la restricción de derechos sólo puede proceder bajo un escrutinio estricto y realizando un estudio serio de la legalidad, necesidad, proporcionalidad y temporalidad de las medidas como requisitos dirigidos a evitar que éstas sean utilizadas de manera ilegal o arbitraria y que terminen violentando los derechos humanos.

La sección de artículos de investigación cierra con el texto de Cesia Azul Ramírez Salazar titulado “La teoría de la ponderación como una herramienta útil para la defensa de los derechos humanos”, postulado en el marco de la convocatoria permanente de *métodhos*.

La autora presenta una investigación sobre las ideas desarrolladas por Robert Alexy en el ámbito de la argumentación jurídica. Así, mediante un ejercicio de análisis de una sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde las premisas de la teoría de la ponderación estudia la tasación de derechos en colisión e ilustra que dicha tesis resulta una

herramienta útil para las y los operadores jurídicos al momento de emitir sus resoluciones, pues les permite realizar un escrutinio más estricto y objetivo de los derechos y su contenido, adecuándose a cada caso concreto.

En este número también se incluye un ensayo escrito por Michelle Guerra Sastré titulado “El derecho a la educación de las niñas, los niños y las y los adolescentes y la violencia familiar durante la pandemia por COVID-19”, el cual aborda las estrategias desplegadas por el gobierno mexicano en materia educativa y el aumento de la violencia familiar en el contexto de la pandemia, con el fin de evaluar si tales acciones han garantizado el derecho a la educación de este grupo de atención prioritaria.

Al realizar un recorrido por el contenido del derecho a la educación y sus elementos institucionales la autora concluye que las medidas no han sido eficaces y por lo tanto no se ha garantizado este derecho, soslayando las necesidades y realidades que las niñas, los niños y las y los adolescentes enfrentan en el contexto de la pandemia. A su vez, identifica la necesidad de fortalecer los lazos interinstitucionales para avanzar en la erradicación de la violencia familiar que repercute en contra de este grupo.

Finalmente, este número incorpora una entrevista sostenida con Rodrigo Brito Melgarejo, investigador y profesor de la UNAM, quien habla del derecho a la salud en el contexto de la pandemia y aborda las obligaciones reforzadas que el Estado debe observar en beneficio de las personas en situación de pobreza.

Al respecto, el especialista desarrolla el contenido de ese derecho, sus elementos institucionales, el estándar universal y regional, y las obligaciones estatales. Asimismo, comparte información específica sobre el enfoque de derechos humanos y las obligaciones reforzadas en favor de las personas en situación de pobreza, advirtiendo que éstas presentan obstáculos para el ejercicio de su derecho a la salud y otros concatenados, ya que es evidente la relación entre la situación de vulnerabilidad que viven y el aumento de la probabilidad de contagio de COVID-19 de forma más agresiva.

El experto hace un acercamiento a las realidades graves y críticas que viven las personas en situación de pobreza e invita a consultar material de investigación para seguir abonando al conocimiento y la difusión de los derechos y los deberes estatales.

El presente número se publica para continuar con el compromiso institucional de abonar a la investigación aplicada en derechos humanos, especialmente desde el marco de una pandemia sanitaria; y espera contribuir a la difusión del conocimiento de los derechos, su contenido

y el estado que guardan, así como las líneas de acción para impulsar el cumplimiento de las obligaciones estatales.

La CDHCM se congratula por el vínculo con personas académicas, investigadoras, docentes y el público en general para la integración de este número, y desea que cada vez más personas se sumen a este trabajo.

Nashieli Ramírez Hernández  
Presidenta de la Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México

# La responsabilidad individual como medida de protección en México frente a la COVID-19

Individual responsibility as a protection measure in Mexico against the COVID-19

**Jesús Francisco Ramírez Bañuelos\***

[ramirezbanuelos@gmail.com](mailto:ramirezbanuelos@gmail.com)

Recibido: 21 de junio de 2020.

Aceptado: 14 de octubre de 2020.

---

\* Abogado y maestro en Gestión de Servicios Públicos en Ambientes Virtuales por la Universidad de Guadalajara. Máster en Derecho Penal Internacional por la Universidad de Granada, España. M2 en Historia del Pensamiento Jurídico Contemporáneo por la Universidad París 1 Panthéon-Sorbonne. <https://orcid.org/0000-0002-7458-9853>.

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

Mediante un enfoque de filosofía jurídica, este artículo pretende reflexionar sobre la responsabilidad individual como una medida de protección implementada en México para enfrentar la pandemia de COVID-19.

Se estudia la estrategia #QuédateEnCasa como una norma jurídica imperfecta que estructura la reacción gubernamental en el país para proteger el derecho humano a la salud de los habitantes del territorio mexicano en el contexto de la crisis sanitaria.

Posteriormente, se considera la oportunidad de la (in)acción de las personas humanas bajo un esquema de responsabilidad individual para evitar la propagación de contagios e incidir benéficamente en el proceso natural de la epidemia.

Se concluye que, a pesar de contar con un marco normativo explícito de naturaleza ejecutiva, el gobierno de México ha decidido enfrentar la crisis sanitaria en lo referente a la reducción de contagios con una estrategia sustentada en dos aspectos; el primero, con la medida socializada como #QuédateEnCasa, y el segundo con el traslado de las medidas de protección de la salud a los particulares.

*Palabras clave:* responsabilidad individual, COVID-19, #QuédateEnCasa.

## Abstract

Using a legal philosophy approach, this article seeks to reflect on individual responsibility as a protection measure implemented in Mexico to address the COVID-19 pandemic.

The #StayHome strategy is studied as an imperfect legal norm that structures the government's reaction in the country to protect the human right to health of the inhabitants of Mexican territory in the context of the health crisis.

Subsequently, the opportunity is considered for the (in)action of individuals under a scheme of individual responsibility to avoid the spread of contagion and to have a beneficial impact on the natural process of the epidemic.

The conclusion is that despite having an explicit regulatory framework of an executive nature, the Government of Mexico has decided to address the health crisis in terms of reduc-

ing infections with a strategy based on two aspects: the first, the socialized measure of #StayAtHome, and the second the transfer of health protection measures to individuals.

*Key words:* individual responsibility, COVID-19, #StayHome.

## Sumario

I. Introducción; II. La estrategia #QuédateEnCasa como norma imperfecta de protección para evitar el colapso del sistema de salud; III. La responsabilidad individual para evitar los contagios; IV. Conclusiones; V. Bibliografía.

## I. Introducción

La incertidumbre de lo desconocido ocasiona un nivel de alerta natural en los seres humanos que puede llevar a conductas extremas de inacción o efusión para proteger el primero de los derechos: la vida. Pero cuando esa incertidumbre desdibuja a la humanidad se trastocan los derechos fundamentales de la sociedad y su esquema de protección jurídica. Con mayor razón cuando la amenaza proviene de un elemento biológico que actúa en contra de los organismos y pone en riesgo la salud de las personas humanas desvelando su única igualdad, es decir, su vulnerabilidad como seres finitos.

Estamos ante lo que el filósofo esloveno Slavoj Žižek categoriza como un *acontecimiento* que, en sus palabras, provoca “la pérdida de una unidad y armonía primordiales que nunca existieron, que no son más que una ilusión retroactiva”.<sup>1</sup> Este *acontecimiento* se desdobra en tres dimensiones que el político Donald Rumsfeld, citado por Žižek, enunció para justificar el ataque estadounidense a Iraq. Esto es, lo *conocido conocido*, que hay cosas que sabemos que sabemos; luego está lo *desconocido conocido*, es decir, hay cosas que ahora sabemos que no sabemos; y también está lo *desconocido desconocido*, cosas que no sabemos que no sabemos. Estas dimensiones son completadas por Žižek con una más, lo *conocido desconocido*, es decir, las cosas que no sabemos que sabemos.<sup>2</sup>

Tales dimensiones del desconocimiento han ido paulatinamente revelándose con respecto a la pandemia del SARS-CoV-2. Hoy sabemos, entre otras cosas, que el coronavirus tiene una letalidad leve, pero un amplio potencial de propagación. Por otra parte, sabemos que desconocemos que las personas con síntomas podrían transmitir el virus, pero no sabemos con qué frecuencia ocurre. También sabemos que desconocemos el medicamento o vacuna para tratar la enfermedad. Sin embargo, en el ámbito científico todavía tenemos muchas áreas que cubren el espectro de lo desconocido desconocido y lo conocido desconocido, y que esperamos que la investigación científica nos lleve a desentrañarlo para facilitar el combate al virus globalmente y el tránsito a otro estadio de la humanidad.

Este desconocimiento del nuevo coronavirus ha ocasionado que el gobierno de México<sup>3</sup> actúe de manera cautelosa y no haya asumido su responsabilidad completamente, sino

<sup>1</sup> Slavoj Žižek, *Acontecimiento* (Madrid: Trotta, 2014), 53.

<sup>2</sup> Žižek, *Acontecimiento*, 22.

<sup>3</sup> Nos referimos aquí al gobierno federal mexicano, si bien reconocemos que los estados federados y los ayuntamientos tienen y han ejercido sus facultades concurrentes en materia de salud para hacer frente a la pandemia de COVID-19. No obstante, dada la coordinación ejercida a nivel federal y la pretensión de este ensayo de reconocer los esfuerzos nacionales centraremos nuestra atención en la estrategia coordinada por el gobierno nacional.

que se ha valido del esquema federal para trasladar sus obligaciones a las secretarías de salud estatales e incluso a los propios particulares.

Para este respecto sirven como preguntas estructurantes a nuestro ensayo las siguientes: ¿es el Estado mexicano responsable plenamente de garantizar el derecho a la salud de sus habitantes en el contexto de la pandemia de COVID-19? ¿Es la estrategia #QuédateEnCasa una medida justificada, proporcional e idónea para enfrentar la pandemia de COVID-19? ¿Son las personas humanas responsables de su derecho a la salud?

Empecemos descubriendo los ámbitos conocidos de la pandemia y cómo ello ha conformado la respuesta del gobierno mexicano.

La COVID 19 fue conocida de manera imprevista por el planeta a partir de la existencia del coronavirus o SARS-CoV-2. La propagación de contagios e información fue vertiginosa. La Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró el 11 de marzo de 2020 que la COVID-19 es una pandemia debido a su alto nivel de contagios y gravedad. Por ello, la OMS instó a los gobiernos nacionales a implementar todas las medidas a su disposición para incidir rápida y efectivamente en la disminución de su propagación entre sus habitantes.<sup>4</sup>

Al inicio, el gobierno mexicano optó por implementar un sistema de *vigilancia centinela* para enfrentar el nuevo virus. Este sistema de vigilancia implicó identificar en primera instancia los contagios focalizados, sin realizar una intervención directa en la población. Su finalidad fue diagnosticar el balance entre personas contagiadas y los recursos humanos y materiales disponibles para su atención en el sector salud.

Posteriormente, al advertirse que el ritmo de los contagios había alcanzado la dispersión comunitaria se introdujo la estrategia #QuédateEnCasa para el nuevo virus como medida principal para ordenar la reacción gubernamental a nivel federal y direccionar la de las entidades federativas. Esto llevó a la instauración, el 23 de marzo de 2020, de una Jornada Nacional de Sana Distancia durante 69 días. Esta es una estrategia que tiene un origen milenario y ha sido utilizada por el ser humano desde que su evolución racional le hizo reconocer los riesgos del exterior, ante lo cual recurría al refugio como espacio de primera protección. Paradójicamente, son los elementos desconocidos los que nos han llevado a la afirmación del espacio de protección por antonomasia, el hogar, que se habita en comunidad.

---

<sup>4</sup> Organización Mundial de la Salud, "Brote de enfermedad por coronavirus (COVID-19)", <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019> (Fecha de consulta: 19 de junio de 2020).

Esta fue la lectura que hizo y presumió el presidente de la república al exponer su estrategia para enfrentar la pandemia de la COVID-19 ante la comunidad internacional cuando ponderó la importancia de la familia como la “institución social más importante en el caso del pueblo de México para asegurar la protección de las personas”.<sup>5</sup> Por ello, el gobierno mexicano optó por el aislamiento social en el seno del hogar como estrategia fundamental para responder a la crisis sanitaria. Esta estrategia se socializó con el #QuédateEnCasa como norma jurídica “obligatoriamente voluntaria” para los habitantes de la república. El carácter obligatorio está plasmado en el acto administrativo que la originó, pero en la práctica no ha sido ejecutiva y se ha aplicado, por indicación expresa del presidente de la república, de acuerdo con la conciencia y el sentido común de la población.

La posición del gobierno de México ante el nuevo virus fue trasladar en gran parte la responsabilidad a los actores privados para evitar nuevos contagios. Esto es, se dirigieron las medidas a la comunidad, mediante las familias, en donde los seres humanos buscan su natural protección, sin intervención de la autoridad estatal.

Ante el reconocimiento de la incapacidad material para atender los casos exponencialmente graves que surgen en el espacio público, el Estado mexicano cedió su esfera de acción para evitar nuevos contagios a las propias familias desagregadas en los individuos. No obstante, el gobierno de México fue sumamente cuidadoso en comunicar que esas medidas de aislamiento no afectaban la libertad individual de las personas. Al respecto, reiteradamente se ha dicho por los agentes estatales que no habrá suspensión de garantías, toque de queda ni represión alguna para hacer efectivas las medidas preventivas de salud.

Culminada la Jornada Nacional de Sana Distancia, según se argumentó por el gobierno federal al valorarse la necesidad de reactivar gradualmente la actividad económica, el 31 de mayo se inició la denominada *nueva normalidad* en todo el país y se implementó un modelo de control de la dispersión de contagios fundamentado en dos elementos: el primero, compuesto de la estrategia #QuédateEnCasa con la intención de desincentivar la movilidad social, y el segundo consistente en el traspaso de la responsabilidad a las personas humanas en lo individual para reducir el nivel contagios y, consecuentemente, de hospitalizaciones en un esquema confuso de recomendaciones y previsiones generales a seguir de acuerdo con el criterio de las personas.

---

<sup>5</sup> Presidencia de la República, “Presidente López Obrador participa en Cumbre G20 sobre COVID-19: debemos conseguir la participación de los pueblos”, <https://www.gob.mx/presidencia/prensa/presidente-lopez-obrador-participa-en-cumbre-g20-sobre-covid-19-debemos-conseguir-la-participacion-de-los-pueblos> (Fecha de consulta: 18 de junio de 2020).

## II. La estrategia #QuédateEnCasa como norma imperfecta de protección para evitar el colapso del sistema de salud

La pandemia de COVID-19 pone claramente al Estado mexicano ante la obligación de responder rápida y efectivamente a la propagación de contagios para evitar al máximo posible la enfermedad o la pérdida de vidas de sus habitantes. En este contexto, el Estado es percibido en su más ortodoxa concepción contractual de garante de la seguridad de los individuos frente al exterior desconocido. Se actualizan aquí plenamente las cláusulas del pacto social rousseauiano por el cual los hombres ceden su libertad natural a cambio de la libertad civil por causa de utilidad. La dependencia de unos hombres de otros por convenciones creó el Estado como entidad gubernamental que partiendo de la célula familiar asimilaron el interés común al particular.<sup>6</sup> Mediante el contrato social el ser humano pierde su libertad natural para ganar la libertad civil que, a su vez, da origen a la libertad moral por la cual el ser humano se vuelve un ser inteligente y dueño de sí mismo.<sup>7</sup> La base de todo sistema legal es el bien común,<sup>8</sup> que es el único fin de las instituciones estatales y en razón del cual toda sociedad debe ser gobernada.

En este sentido, la primera de nuestras interrogantes en este ensayo se responde positivamente, puesto que es obligación del Estado mexicano garantizar el derecho a la salud de sus habitantes en el contexto de la pandemia de COVID-19. Así lo consignan los artículos 1º, 4º y 73, fracción XIV, bases 1ª, 2ª y 3ª de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; así como los diversos 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 1º, 2º y 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y 2º y 6º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La razón de lo anterior es la misma existencia del Estado como entidad para proteger a sus habitantes.

Para ello, el gobierno de México cuenta con un marco regulatorio nacional ante la posibilidad de enfrentar una epidemia o “enfermedades exóticas”, por citar los términos conceptuales en que se estableció la redacción del constituyente de 1917 en el artículo 73, fracción XVI, 2ª, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Como dato interesante, este artículo sólo ha sido reformado una vez, el 2 de agosto de 2007,<sup>9</sup> y fue para hacerlo

<sup>6</sup> Jean-Jacques Rousseau, “Du contrat social ou principes du droit politique”, en Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social* (Paris: Société Nouvelle Firmin-Didot, 1999), 60-63.

<sup>7</sup> Rousseau, “Du contrat social ou principes du droit politique”, 78.

<sup>8</sup> Rousseau, “Du contrat social ou principes du droit politique”, 82.

<sup>9</sup> Decreto por el que se reforman los artículos 29, 73, 90, 92, 93, 95, 110 y 111 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 2 de agosto de 2007 (*Diario Oficial de la Federación*), [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/proceso/lx/041\\_DOF\\_02ago07.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/proceso/lx/041_DOF_02ago07.pdf) (Fecha de consulta: 19 de junio de 2020).

congruente con la actualidad de la administración pública federal y sustituir la figura del Departamento de Salubridad por la de la Secretaría de Salud como autoridad obligada para “dictar inmediatamente las medidas preventivas indispensables, a reserva de ser después sancionadas por el Presidente de la República”.<sup>10</sup> Esta disposición se retoma en una casi idéntica sintaxis en el artículo 181 de la Ley General de Salud. Esta obligación en el caso de la pandemia de COVID-19 no se ha cumplido, puesto que las medidas preventivas dictadas por la Secretaría de Salud adolecen de defectos formales y fueron tardías si por inmediatas entendemos las acciones que suceden sin tardanza.

Estimamos que el cumplimiento de la obligación de la Secretaría de Salud adolece de defectos formales ya que, si bien es cierto que el 24 de marzo de 2020 se publicó en la edición vespertina del *Diario Oficial de la Federación* el Acuerdo por el que se establecen las medidas preventivas que se deberán implementar para la mitigación y control de los riesgos a la salud que implica la enfermedad por el virus SARS-CoV-2 (COVID-19), en el cual se imponen como obligatorias para las autoridades civiles, militares y particulares una serie de medidas contempladas en la Jornada Nacional de Sana Distancia –específicamente la socializada con la fórmula #QuédateEnCasa–, además de otra serie de medidas de higiene personal básica para propiciar un distanciamiento social dirigido a evitar el número de contagios e incidir en que la epidemia se prolongue en el tiempo y se pueda brindar una mejor atención médica, también lo es que esas medidas preventivas no han sido hasta la fecha sancionadas por el presidente de la república, tal y como lo dispone el ordenamiento constitucional. Esto es así porque la facultad que otorga la Carta Magna a la Secretaría de Salud tiene como propósito que las medidas preventivas se tomen sin dilación ante la urgencia que implica el arribo de una epidemia o “enfermedad exótica” al país. No obstante, esas decisiones que en forma de *medidas preventivas* emita la Secretaría de Salud deben contar con la aprobación, aunque sea de manera posterior, del titular del Ejecutivo federal, lo que al hoy no ha sucedido.

Afirmamos lo anterior sin dejar de observar que el Consejo de Salubridad General en su disposición segunda del Acuerdo por el que el Consejo de Salubridad General reconoce la epidemia de enfermedad por el virus SARS-CoV-2 (COVID-19) en México como una enfermedad grave de atención prioritaria, así como establece las actividades de preparación y respuesta ante dicha epidemia, sancionó un día antes de que el Acuerdo de la Secretaría de Salud donde se dictan las medidas preventivas fuera publicado en el *Diario Oficial de la Federación*:

---

<sup>10</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 5 de febrero de 1917 (*Diario Oficial de la Federación*, última reforma del 8 de mayo de 2020), artículo 73, fracción XVI, 2ª.

las medidas de preparación, prevención y control de la epidemia de enfermedad por el virus SARS-CoV-2, COVID-19, diseñadas, coordinadas, y supervisadas por la Secretaría de Salud, e implementadas por las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, los Poderes Legislativo y Judicial, las instituciones del Sistema Nacional de Salud, los gobiernos de las Entidades Federativas y diversas organizaciones de los sectores social y privado.<sup>11</sup>

Tal acto no atiende lo dispuesto por la Constitución que, como hemos visto, señala que las medidas preventivas adoptadas por la Secretaría de Salud deben ser sancionadas por el presidente de la república, aunque ello se realice con posterioridad a su implementación.

Lo anterior tiene sentido en el ordenamiento jurídico mexicano, dado que dicha Secretaría depende directamente del presidente de la república y es éste, en última instancia, el obligado jurídicamente a responder por la salud de los habitantes del territorio nacional ante la presencia de un riesgo de contagio de una enfermedad que amenace a la población. En este sentido, no es casual la ubicación de la norma jurídica referida en el artículo 73 de la Constitución, que menciona las facultades del Congreso para dictar leyes, entre otros campos, sobre la salubridad general.

Es decir, el constituyente autorizó al Ejecutivo federal, a través de su Secretaría de Salud, a la sazón el Departamento de Salubridad, para emitir disposiciones legales de carácter general que ordinariamente corresponderían al Poder Legislativo, pero que dada la urgente necesidad de actuar frente al riesgo sanitario se faculta que sean tomadas inmediatamente por una autoridad administrativa científica, que no esté supeditada a los intereses y tiempos políticos que implicarían instaurar el proceso legislativo ordinario o extraordinario, e inclusive sin previa notificación al presidente de la república. Como vemos, lo que se prioriza en la norma es la contención inmediata de la epidemia.

Es en ese sentido que decimos que la acción de la Secretaría de Salud incumplió el carácter de inmediatez a que le obliga la Constitución para tomar las medidas preventivas, debido a que fue hasta el 24 de marzo de 2020 cuando las dictó, es decir, con un retraso de 13 días con respecto a la declaratoria de la OMS del 11 de marzo de 2020 sobre la COVID-19 como una pandemia y la recomendación a los gobiernos nacionales a tomar las medidas

---

<sup>11</sup> Acuerdo por el que el Consejo de Salubridad General reconoce la epidemia de enfermedad por el virus SARS-CoV-2 (COVID-19) en México, como una enfermedad grave de atención prioritaria, así como se establecen las actividades de preparación y respuesta ante dicha epidemia (*Diario Oficial de la Federación*, 23 de marzo de 2020), disposición segunda.

de prevención necesarias. Ello a pesar de que el primer caso registrado en México ocurrió el 28 de febrero de 2020.

La tardía adopción de las medidas preventivas por parte de la Secretaría de Salud es más evidente dado que el gobierno de México supo con al menos un mes de anticipación de la expansión del virus por el mundo. Esta tardanza se magnifica al observar que incluso antes que la Secretaría de Salud, otras instituciones gubernamentales –entre ellas, la Secretaría de Educación, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), la Auditoría Superior de la Federación y la Secretaría de Comunicaciones y Transportes– ya habían tomado medidas preventivas en sus respectivas competencias para evitar los contagios.<sup>12</sup>

Pero ¿por qué la Secretaría de Salud decidió enfrentar la COVID-19, mediante la emisión del acto administrativo del dictado de las medidas preventivas? Una respuesta lógica-jurídica sería porque así lo dispone la ley fundamental, secundada por la Ley General de Salud. Pero interesa para nuestro propósito indagar más sobre la profundidad de la norma, lo que llamaría Luis Recaséns Siches su *intencionalidad*.<sup>13</sup>

Detengámonos un momento para hacer una revisión histórica sobre cómo se construyó esta obligación jurídica de la Secretaría de Salud como primera autoridad respondiente en casos de una epidemia para entender los alcances y fines de la ley.

Al revisar el *Diario de debates* del constituyente de 1917 notamos en principio la claridad con la cual se discutió el problema de las epidemias y *enfermedades exóticas*. Se dimensionaron correctamente sus posibles consecuencias para la salud de los habitantes de la república, pero también la afectación del tráfico de personas y mercancías entre los Estados federados e incluso entre las naciones con la latente posibilidad de afectar “pasajeramente todas las fuentes de riqueza y de subsistencia nacional”.<sup>14</sup>

Además, los constituyentes advirtieron y defendieron que en estos casos el control lo tuviera el Ejecutivo federal, ejemplificando con los casos de la peste bubónica en Mazatlán,

---

<sup>12</sup> Secretaría de Gobernación, Unidad General de Asuntos Jurídicos, “Acuerdos derivados de la pandemia COVID-19 publicados en el *Diario Oficial de la Federación*”, [https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/543994/Acuerdos\\_Covid\\_19\\_DOF\\_27\\_03\\_20.pdf.pdf.pdf.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/543994/Acuerdos_Covid_19_DOF_27_03_20.pdf.pdf.pdf.pdf) (Fecha de consulta: 19 de junio de 2020).

<sup>13</sup> Luis Recaséns Siches, “Pregunta sobre cuál es la región del universo a la que pertenece el derecho”, en Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, en *Lecturas de Filosofía del Derecho*, vol. I (México: Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, 2001), 153.

<sup>14</sup> Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, “*Diario de los debates* del Congreso Constituyente, 21-11-1916 al 31-01-1917”, [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/DD\\_Constituyente.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/DD_Constituyente.pdf) (Fecha de consulta: 19 de junio de 2020).

la fiebre amarilla en Monterrey y el istmo, o la viruela en Torreón, y la tifo, registrada por los constituyentes como “la última gran epidemia en México”,<sup>15</sup> en los que las capacidades técnicas y financieras de los estados federados fueron insuficientes para atacar con presteza esas epidemias y sus consecuencias para esas entidades y las vecinas. De ahí que se decantaron por la intervención directa de *la primera autoridad sanitaria del país*,<sup>16</sup> es decir, el titular del Ejecutivo federal con la colaboración del Consejo de Salubridad, cuyas facultades reforzaron para que pasara de ser un órgano consultivo y dependiente de otras secretarías a una institución directamente dependiente del presidente de la república y con carácter de ejecutiva, sin que a sus decisiones se pudieran oponer las autoridades administrativas para no verse afectadas por intereses políticos.

Los argumentos esgrimidos por el diputado José M. Rodríguez para centralizar la respuesta gubernamental frente a pandemias o *enfermedad exótica* en el Ejecutivo federal no nos dejan dudas de la importancia que se dio a la inmediatez y unidad de acción ante estos casos. Al respecto se arguyó:

Como si la autoridad sanitaria no tiene dominio general de la salubridad de la República en todo el país, para dictar sus disposiciones y ponerlas en vigor, éstas dejarán de ser efectivas en un momento dado para evitar las consecuencias de contagios o invasión de enfermedades epidémicas de Estado a Estado o internacionales, es indispensable que estas disposiciones emanadas del departamento de salubridad tengan el carácter de generales para evitar estas consecuencias, pues como hemos demostrado, de otra manera las medidas que se tomen por las autoridades sanitarias en un momento dado, cuando las epidemias han sido ya desarrolladas, si no serán precisamente tarde, sí habrán ocasionado pérdidas enormes de vida y capitales.<sup>17</sup>

El diputado doctor Rodríguez fue explícito al señalar que “la autoridad sanitaria es la única tiranía que se soporta en la actualidad, porque es la única manera de librar al individuo de los contagios, a la familia, al Estado y a la nación”<sup>18</sup> y defendió con fiereza su propuesta frente a los embates discursivos del diputado Pastrana Jaimes, quien se opuso al proyecto argumentando la posible invasión de la soberanía de las entidades federativas por un De-

---

<sup>15</sup> Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, “*Diario de los debates* del Congreso Constituyente, 21-11-1916 al 31-01-1917”.

<sup>16</sup> Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, “*Diario de los debates* del Congreso Constituyente, 21-11-1916 al 31-01-1917”.

<sup>17</sup> Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, “*Diario de los debates* del Congreso Constituyente, 21-11-1916 al 31-01-1917”.

<sup>18</sup> Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, “*Diario de los debates* del Congreso Constituyente, 21-11-1916 al 31-01-1917”.

partamento de Salubridad que habría de tener amplitud de facultades para actuar, incluso previo a que se acordaran las medidas a adoptar con el presidente de la república. En este sentido, el diputado Rodríguez no pudo ser más preciso al fundamentar los motivos de su propuesta, al señalar que: “La primera condición para vivir es vivir bien, lo primero es ser y después la manera de ser”.<sup>19</sup>

Vemos claramente que para los constituyentes de 1917 el riesgo de una pandemia o enfermedad exótica era latente e importantísimo para la vida del país –tanto que no se aceptó ni siquiera un día la postergación de la votación del proyecto del diputado Rodríguez, y por ende fue clasificado como primordial, y se designó a una autoridad central, independiente y ejecutiva, la toma de decisiones urgentes para combatir tan graves males, incluso sin el consentimiento previo del presidente de la república. Es decir, los constituyentes de 1917 consagraron en la Carta Magna lo que el jurista Luis Recaséns Siches llama la *necesidad del deber ser*<sup>20</sup> de las normas para evitar a toda costa su incumplimiento. Para los constituyentes de 1917 las decisiones del Departamento de Salubridad –hoy Secretaría de Salud– no pueden tener ningún margen de inobservancia, puesto que con ello se pone en riesgo el primer derecho de las y los habitantes de la república, el derecho a vivir, a vivir bien.

Entendemos ahora en nuestro ensayo la idoneidad de las medidas preventivas dictadas por la Secretaría de Salud para enfrentar la pandemia de COVID-19. No obstante, advertimos que, aunque en su redacción y por su propia naturaleza –según hemos advertido del repaso histórico– las decisiones de la Secretaría de Salud tienen carácter obligatorio constitucional, en la práctica se dejó al criterio de los particulares su implementación, tanto en el ámbito privado como social.

Esa ha sido la narrativa del presidente de la república y del titular de la Subsecretaría de Prevención y Promoción de la Salud, a quien en el artículo 2º, inciso *f* del Acuerdo se le designó como el comunicador de las demás medidas preventivas necesarias que se determinen por la Secretaría de Salud, pero que en la práctica ha llevado la dirección técnica de la pandemia.

Ambos funcionarios han reiterado constantemente que las medidas en lo que respecta a los particulares no serán hechas valer coercitivamente, puesto que se apela a la conciencia de la gente. La estrategia #QuédateEnCasa fue pensada y ha sido aplicada como una nor-

---

<sup>19</sup> Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, “*Diario de los debates del Congreso Constituyente*, 21-11-1916 al 31-01-1917”.

<sup>20</sup> Recaséns Siches, “Pregunta sobre cuál es la región del universo a la que pertenece el derecho”, 156.

ma jurídica imperfecta sin sanción y sin coerción, que desconoce los motivos de creación del propio fundamento jurídico que dio origen a la necesidad de reglar la facultad de la Secretaría de Salud para dictar medidas preventivas inmediatas en casos de presentarse una epidemia en México. Es decir, el gobierno de México ha renunciado, contra lo dispuesto en la ley, a la naturaleza ejecutiva de las medidas preventivas dictadas por la Secretaría de Salud.

Habrá que preguntarnos si ¿esa renuncia a la ejecutividad de las medidas preventivas no ha provocado que a la fecha no se haya controlado la pandemia? En ese sentido retomamos la frase del subsecretario de Previsión y Promoción de la Salud al explicar las proyecciones del dinamismo de la pandemia y condicionar la verificación de esas estimaciones al hecho de que éstas serán efectivas si y solo si las y los ciudadanos acatan las medidas de sana distancia, pero ¿acaso no es válido preguntarse si la condición útil para la disminución de contagios es si y solo si se cumple la naturaleza ejecutiva de las medidas preventivas?

Nos referimos aquí al falso dilema de que la coercitividad en este caso implicaría una afectación al estado de derecho. En efecto, toda sociedad democrática entiende que las libertades fundamentales pueden ser restringidas, siempre y cuando esas restricciones se efectúen en el marco constitucional y convencionalmente permitido.<sup>21</sup> En lo que respecta a nuestro país, esto significa que no se afecte el núcleo duro de derechos enunciados en el artículo 29 constitucional y en el diverso 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que son los derechos: a la no discriminación; al reconocimiento de la personalidad jurídica; a la vida; a la integridad personal; a la protección a la familia; al nombre; a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

Así, las restricciones del ejercicio de los derechos y las garantías deben ser por un tiempo limitado –por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona–, estar fundadas y motivadas en los términos establecidos por la Constitución y ser proporcional al peligro a que se hace frente, observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación.

---

<sup>21</sup> Fernando Mires, *Civilidad. Teoría política de la posmodernidad* (Madrid: Trotta, 2001), 85.

Sobre el particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado con respecto a las características que deben reunir las medidas adoptadas por los gobiernos del continente americano para enfrentar la COVID-19, señalando que:

Todas aquellas medidas que los Estados adopten para hacer frente a esta pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarias y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos.<sup>22</sup>

Estos parámetros constitucionales y convencionales nos permiten afirmar que la medida de #QuédateEnCasa aplicada por el gobierno de México está justificada, al ser racional con la gravedad de la crisis sanitaria que enfrentamos y estar diseñada para evitar la propagación de contagios.

Asimismo, la medida de #QuédateEnCasa es proporcional, puesto que no implica el detrimento de los derechos humanos de las personas humanas, sino que el fin buscado con la medida, el cual es la protección del derecho a la salud, fue ponderado con el resto de los derechos humanos protegidos por el marco legal mexicano. De manera que la medida de #QuédateEnCasa no supone una carga desproporcionada a los derechos humanos de los particulares sino que logra ser conforme con su objetivo.<sup>23</sup>

Como ya se dijo, la medida de #QuédateEnCasa es idónea en consideración a la dispersión de los contagios en el país. Por lo que la intervención de la población es necesaria para evitar el colapso de los servicios de salud nacional. Es decir, la medida adoptada por el gobierno de México es acorde con el fin pretendido.<sup>24</sup>

De lo analizado podemos apreciar que el gobierno mexicano cuenta con los instrumentos jurídicos idóneos para enfrentar una pandemia como la que estamos viviendo y atacar el

<sup>22</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, "COVID-19 y los derechos humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales, Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1/20 (9 de abril de 2020)", [https://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/declaracion\\_1\\_20\\_ESP.pdf](https://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/declaracion_1_20_ESP.pdf) (Fecha de consulta: 21 de octubre de 2020).

<sup>23</sup> Laura Clérico, *Derechos y proporcionalidad: Violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión. Miradas locales, interamericanas y comparadas* (Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018), 177-184.

<sup>24</sup> Clérico, *Derechos y proporcionalidad: Violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión. Miradas locales, interamericanas y comparadas*, 170.

problema con un enfoque completamente de salud pública y no político como hasta ahora se ha conducido.

Sin embargo, el gobierno de México ha hecho de la pandemia un asunto en el que prima la política sobre la vida de las personas. El discurso del presidente de la república en el sentido de que la epidemia le ha venido “como anillo al dedo” muestra cómo el enfoque de este *acontecimiento* implica la narrativa presidencial de deconstrucción de la realidad del país.

Ciertamente, como lo señala el catedrático Fernando Mires, toda democracia aspira a llegar al momento ideal en el que la sociedad civil sea capaz de autorregularse y poder seguir funcionando aun en ausencia de la clase política,<sup>25</sup> sin embargo, pensamos que en un momento de crisis sanitaria como el que atravesamos, el dejar la responsabilidad a las personas humanas de manera discrecional importa un riesgo mayor a la salud de todas y todos los habitantes del país.

### III. La responsabilidad individual para evitar los contagios

De acuerdo con la información oficial del gobierno de México la estrategia #QuédateEnCasa ha logrado disminuir hasta 75% el número de contagios a nivel nacional. Sin poder comprobar estas cifras, puesto que el mismo subsecretario de Previsión y Promoción de la Salud federal ha dicho que ningún país tiene el registro total de casos de contagio ni de muertes, lo cierto es que el Estado mexicano ha trasladado a los particulares una responsabilidad mayor para evitar la propagación del virus. En este sentido es que afirmamos que los particulares tienen en México una responsabilidad individual y social para enfrentar la pandemia, puesto que el gobierno mexicano ha desistido de aplicar la naturaleza ejecutiva de las medidas preventivas dictadas por la Secretaría de Salud.

Ahora bien, consideremos los elementos contextuales de esta responsabilidad de los particulares para clarificar su alcance jurídico.

Para Rousseau los individuos tienen un vínculo en dos vías: primero frente a los demás como partes del ser soberano, y segundo como miembros del Estado frente al cuerpo soberano, situación que los dota de los derechos del ciudadano y también los obliga a respetar los derechos de éstos y de aquél, caso contrario se atentaría contra el orden del cuerpo po-

---

<sup>25</sup> Mires, *Civilidad. Teoría política de la posmodernidad*, 108.

lítico que tendría pleno derecho para obligar a ese individuo a someter su interés particular a la voluntad general.<sup>26</sup>

Importa preguntarnos en primer lugar ¿por qué las personas humanas en México se han quedado en casa? La primera razón es por un instinto natural que define al ser antes que al humano, esto es, por la supervivencia. Dado que el nuevo virus es un riesgo para la vida, gran parte de la población permaneció, al menos las primeras semanas, en su hogar como lugar de protección básica.

Una segunda razón obedece al hecho de que al inicio de la fase de confinamiento se pensó –ciertamente como una expectativa social errónea, pero no aislada de las imprecisiones en los mensajes gubernamentales– que un confinamiento relativamente corto podría acelerar el fin de la epidemia. Lo cierto es que se ha visto que esta expectativa no fue real y ahora se reitera una y otra vez que la epidemia será larga y el impacto mayor de la estrategia del #QuédateEnCasa es evitar el colapso del sistema de salud nacional.

La situación se torna compleja cuando las personas humanas se ven en la disyuntiva de ponderar por sí mismas los riesgos de salir de su hogar frente a la necesidad de satisfacer sus necesidades y ejercer sus derechos, que el Estado mexicano no ha interrumpido.

La posición de las personas humanas en México ha sido, en la gran mayoría de los casos, la de salir del confinamiento por diversas razones, fundamentalmente para trabajar y conseguir los recursos para alimentarse, pero no solamente. Después de una estancia larga en casa, las y los mexicanos se han percatado lastimosamente que el hogar no es tan seguro como pensaban, marcadamente por el aumento de la violencia intrafamiliar,<sup>27</sup> o que la vida privada no es suficiente para alcanzar su desarrollo personal.

Ante este panorama, las personas humanas en México se preguntan ¿por qué debo permanecer en casa? ¿Soy responsable de las medidas de higiene que (in)aplico e impactan a los demás? ¿Por qué si los demás salen de su casa, incluso para acciones no esenciales, yo debo permanecer en mi hogar?

---

<sup>26</sup> Rousseau, “Du contrat social ou principes du droit politique”, 74-75.

<sup>27</sup> Instituto Nacional de las Mujeres, “¿Sufres violencia? ¿Temes que tu situación se agrave ante el confinamiento por el COVID-19? No estás sola”, <https://www.gob.mx/inmujeres/articulos/servicios-de-atencion-a-mujeres-en-situacion-de-violencia-de-los-estados?idiom=es> (Fecha de consulta: 20 de junio de 2020).

Estos cuestionamientos no encuentran una respuesta definitiva en el marco legal mexicano. En principio porque, como ya hemos dicho anteriormente, el acto administrativo fundacional para la implementación de las medidas preventivas tiene una naturaleza de *obligatoriedad voluntaria* y ha quedado al buen criterio de los particulares. Enseguida porque, a pesar de haber un cierto desarrollo de la teoría jurídica de la eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares en México,<sup>28</sup> la verdad es que el esquema de garantía de los derechos fundamentales ha permanecido en la esfera del poder público como virtualmente único actor capaz de violar derechos humanos, por más que el artículo 5º de la Ley de Amparo acoja la figura de autoridad para efectos a aquellos particulares que realicen actos equivalentes a los de la autoridad<sup>29</sup> y la SCJN haya emitido jurisprudencia en el sentido de que el reconocimiento de la eficacia de los derechos humanos horizontalmente se da en México de manera mediata vía judicial.<sup>30</sup>

Tampoco estamos frente a una responsabilidad penal de las personas humanas que incumplan las medidas preventivas dictadas por la Secretaría de Salud. Siendo que lo más cercano a la sanción penal es el delito de peligro de contagio regulado en el artículo 199-Bis del Código Penal Federal.<sup>31</sup> Sin embargo, la estructura jurídica del tipo penal requiere acreditar el dolo y un elemento que ante este nuevo virus se dificulta, tal como es la certeza de la persona humana de saberse contagiada del SARS-CoV-2. Por ello, para que se actualice el caso previsto en la disposición punitiva sería necesario que la persona inculpada tuviese plena conciencia de estar contagiada y, a sabiendas de ello, llevara a cabo actos tendientes a transmitir el virus dolosamente a otra persona humana. Definitivamente la razón penal no es causa para la responsabilidad individual a fin de evitar mayores contagios.

Si la razón de la responsabilidad individual para evitar contagio del SARS-CoV-2 no es de naturaleza jurídica penal, entonces ¿de qué tipo es?

El derecho internacional ha desarrollado la responsabilidad individual respecto al derecho de salud en instrumentos internacionales, concretamente en la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, cuyo artículo 5º establece que las personas gozan de

<sup>28</sup> Jesús F. Ramírez Bañuelos, "Consideraciones sobre la aplicación de la *drittwirkung* en México", *Revista Jurídica Jalisciense*, año XXV, núm. 53 (julio-diciembre 2015): 155-182.

<sup>29</sup> Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 2 de abril de 2013 (*Diario Oficial de la Federación*, última reforma del 15 de junio de 2018) artículo 5º.

<sup>30</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, tesis de jurisprudencia 1ª./J.15/2012 en materia constitucional, "Derechos Fundamentales. Su vigencia en las relaciones entre particulares", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, libro XIII, t. 2 (octubre de 2012): 798.

<sup>31</sup> Código Penal Federal del 14 de agosto de 1931 (*Diario Oficial de la Federación*, última reforma del 24 de enero de 2020), artículo 199-Bis.

autonomía para tomar sus propias determinaciones respecto a su salud y asumir la responsabilidad de las consecuencias que impliquen esas decisiones para sí mismas y con respeto a la autonomía de sus congéneres; en tanto que el artículo 14 del mismo documento señala que es labor compartida de todos los sectores de la sociedad la promoción de la salud.<sup>32</sup>

De la misma manera, la Declaración de Bangkok para la promoción de la salud en un mundo globalizado señala que es tarea de todos los sectores de la sociedad trabajar para promover la salud pública.<sup>33</sup>

En este sentido, la responsabilidad social ha sido entendida como tarea de todos los actores de la comunidad, tanto públicos como privados, nacionales e internacionales. De ahí que en la actualidad se entiende que las personas humanas tienen una responsabilidad individual y social para promover la salud propia y la de sus semejantes, de manera que se enfrenten con seriedad a los problemas de la especie humana.<sup>34</sup> No obstante, este modelo de responsabilidad individual ha sido cuestionado por la falta de consideración en las asimetrías de la población, puesto que parte del supuesto de que todas las personas tienen suficiente acceso a la información y están provistas de los elementos suficientes para tomar sus propias decisiones.<sup>35</sup>

En última instancia, actuar con responsabilidad social implica estar comprometida o comprometido con el bienestar del entorno, en este caso con la salud de las demás personas.<sup>36</sup> Lo cierto es que la responsabilidad individual no puede estar desligada de la responsabilidad social. Únicamente con la conjunción de ambas es la manera adecuada de enfrentar un problema de salud que impacta a la comunidad. En realidad, nadie es capaz de garantizar su propia salud.<sup>37</sup>

---

<sup>32</sup> Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, aprobada en la 33ª Sesión de la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, París, Francia, 19 de octubre de 2005.

<sup>33</sup> Declaración de Bangkok para la promoción de la salud en un mundo globalizado, adoptado por la Sexta Conferencia Internacional sobre Promoción de la Salud, Bangkok, Tailandia, 11 de agosto de 2005.

<sup>34</sup> Salvador D. Bergel, "Responsabilidad social y salud", *Revista Latinoamericana de Bioética*, vol. 7, núm. 12 (enero-junio, 2007): 10-27.

<sup>35</sup> María G. de Ortúzar, "Responsabilidad social vs. Responsabilidad individual en salud", *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 36 (2016): 23-36.

<sup>36</sup> Danny A. Gómez Perdomo, "Modelo teórico de indicadores de responsabilidad social en salud", *Pensamiento y Acción Interdisciplinaria*, vol. 4 (2018): 8-24.

<sup>37</sup> Ángel Puyol, "¿Quién es el guardián de nuestra propia salud? Responsabilidad individual y social por la salud", *Revista Especializada en Salud Pública*, 88 (2014): 569-580.

El Estado mexicano ha utilizado este enfoque de responsabilidad individual y social para atacar la pandemia, en el sentido de evitar el contagio con la permanencia de los particulares en sus domicilios y ha buscado reforzarla con motivaciones morales e incluso religiosas.

El gobierno de México ha dicho que las personas deben actuar libremente y por su propia conciencia. La *conciencia* es en palabras de Patricia Villegas el *dinamismo de los dinamismos* que da sentido a todo el actuar humano,<sup>38</sup> puesto que toda acción es reflejo de lo que el hombre es, quiere ser o carece de ser.<sup>39</sup>

Pero ¿de qué manera mi libertad puede concursar con la libertad de los otros, sin el menoscabo de la propia y al mismo tiempo contribuir a una realización ética del hombre en la comunidad? Es aquí donde la conciencia se entrelaza con la solidaridad y el amor, teniendo como punto de confluencia la comunidad.

En palabras de Patricia Villegas la acción del hombre es comunitaria porque el hombre tiene la obligación comunitaria de “ganarse el ser”,<sup>40</sup> ya que la comunidad es una realidad que contradice el individualismo y lo refiere con la presencia del amor, que no puede ser sino a través del otro.<sup>41</sup>

En efecto, la *solidaridad* es otro de los valores morales que el gobierno de México ha sostenido como fundamento de la responsabilidad individual y social para enfrentar la pandemia. La solidaridad entraña la responsabilidad del hombre con la comunidad. Es la búsqueda del bien común por medio del amor.<sup>42</sup>

Por otra parte, el valor del amor confluye en el discurso del gobierno de México con los principios religiosos. Ciertamente, el ser humano tiene el deber de preservar la especie humana y guardar una actitud de amor al otro y conmiseración al desvalido; esta es la ley racional de la naturaleza que se impone a cualquier ser humano con independencia de la jurisdicción a la que se encuentre sometido.<sup>43</sup>

<sup>38</sup> Patricia Villegas Aguilar, *El hombre: dinamismos fundamentales* (México: Universidad Iberoamericana, 2012), 16.

<sup>39</sup> Villegas Aguilar, *El hombre: dinamismos fundamentales*, 26-32.

<sup>40</sup> Villegas Aguilar, *El hombre: dinamismos fundamentales*, 27.

<sup>41</sup> Villegas Aguilar, *El hombre: dinamismos fundamentales*, 119-128.

<sup>42</sup> Villegas Aguilar, *El hombre: dinamismos fundamentales*, 127-128.

<sup>43</sup> John Locke, *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil* (Madrid: Alianza Editorial, 2012), 36-43.

Estamos aquí frente a lo que el filósofo y antropólogo Jean Paul Gustave Ricoeur llama el *mutuo endeudamiento* de un hombre con otro, como elemento que señala la dependencia del otro en un marco de mutuo desinterés,<sup>44</sup> ambos guiados por la Regla de Oro (la prescripción bíblica de tratar al prójimo como a sí mismo).

Es de destacar esta narrativa que ha utilizado el presidente de la república al hacer sus recomendaciones públicas en forma de decálogo, sustentadas en preceptos morales y religiosos, para trascender las preocupaciones terrenales y buscar la elevación espiritual.

Esto nos permite afirmar que el gobierno de México ha enfrentado la pandemia de COVID-19, particularmente en lo relativo a la disminución de contagios, con una posición de responsabilizar a los particulares en términos individuales y sociales con un enfoque reforzado en valores morales y religiosos, dado que en ello se inscribe la visión política e ideológica del presidente de la república, que considera que la postmodernidad es una crisis del neoliberalismo, pero que no puede negarse la prevalencia de la democracia liberal, pues de lo contrario se incurriría en regímenes totalitarios.

Se prioriza así el concepto de *comunidad* para que en la sociedad haya un balance entre la autonomía y el orden. En términos de Fernando Mires la comunidad es un espacio de diálogo entre personas que supera el ámbito social, en el sentido que no es política. Es decir, la comunidad confluye con la privacidad y la intimidad donde ni la ley ni la moral son omnicomprensivas. Pensar en la comunidad es insertar al individuo en un círculo mucho mayor que la familia y en diferente grado de participación que la sociedad.<sup>45</sup> Por ello, la sociedad civil es el espacio de civilidad al que los Estados no pueden acceder y que debe existir no sólo en referencia al Estado, sino también frente a sí misma. Es donde la sociedad se constituye políticamente.<sup>46</sup> Esta es la posición que ha adoptado el presidente de la república y que ha trascendido en el combate social a la pandemia de COVID-19.

Para el gobierno de México el número de contagios del SARS-CoV-2 está directamente relacionado con la deconstrucción de la sociedad mexicana. Se pretende que los individuos retomen la concepción de comunidad y construyan por sí mismos un espacio propio y libre de injerencias política para formar una nueva civilidad. Esta es la responsabilidad individual y social que ha promovido para enfrentar la pandemia de COVID-19 y que, sin lugar a duda, tendrá un efecto transformador en la vida de las y los mexicanos.

---

<sup>44</sup> Jean Paul Gustave Ricoeur, *Amor y justicia* (México: Siglo XXI), 32-33.

<sup>45</sup> Mires, *Civilidad. Teoría política de la posmodernidad*, 99-108.

<sup>46</sup> Mires, *Civilidad. Teoría política de la posmodernidad*, 99-108.

Ahora habrá que esperar para ver si los efectos de la aplicación de esta posición gubernamental no significan un número desproporcionado de víctimas. Tal vez en este caso habría valido la pena implementar decisiones más técnicas y menos políticas, más prácticas y menos ideológicas.

#### **IV. Conclusiones**

La pandemia de COVID-19 ha implicado el replanteamiento de los esquemas de protección del derecho a la salud alrededor del mundo.

A pesar de contar con un marco normativo explícito de naturaleza ejecutiva, el gobierno de México ha decidido enfrentar la crisis sanitaria en lo referente a la reducción de contagios con una estrategia sustentada en dos aspectos; el primero, consistente en la fortaleza de la unión familiar entre la población mexicana, ha sido socializada con el #QuédateEnCasa y deslinda mayormente la responsabilidad a las familias para procurar su propia salud, mediante la reducción de su movilidad en los ámbitos privado y social.

El segundo aspecto es el traslado de las medidas de protección de la salud mediante la permanencia en casa y la aplicación de medidas de higiene personal y comunitaria, a los particulares. Este traslado de la responsabilidad tiene su fundamento en deberes sociales reforzados por valores morales y religiosos.

La razón de implementar este esquema de responsabilidad individual y social se inscribe en un proyecto político e ideológico impulsado directamente por el presidente de la república que tiende a deconstruir la sociedad mexicana en sus fundamentos. El gobierno de México proyecta la transformación de la comunidad mediante el involucramiento de una sociedad civil participativa que asuma una mayor responsabilidad sin intervención de las autoridades.

Aun cuando esta dimensión nos puede llevar a un desarrollo civilizatorio, esperamos que la implementación de esta concepción democratizadora de la sociedad no implique para nuestro país un número ingente de fallecimientos como consecuencia de la COVID-19.

#### **v. Bibliografía**

Acuerdo por el que el Consejo de Salubridad General reconoce la epidemia de enfermedad por el virus SARS-CoV-2 (COVID-19) en México, como una enfermedad grave de

- atención prioritaria, así como se establecen las actividades de preparación y respuesta ante dicha epidemia. *Diario Oficial de la Federación*, 23 de marzo de 2020.
- Bergel, Salvador D. "Responsabilidad social y salud". *Revista Latinoamericana de Bioética*, vol. 7, núm. 12 (enero-junio, 2007): 10-27.
- Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. "*Diario de los debates del Congreso Constituyente, 21-11-1916 al 31-01-1917*". [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/DD\\_Constituyente.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/DD_Constituyente.pdf) (Fecha de consulta: 19 de junio de 2020).
- Clérico, Laura. *Derechos y proporcionalidad: Violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión. Miradas locales, interamericanas y comparadas*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.
- Código Penal Federal del 14 de agosto de 1931. *Diario Oficial de la Federación*, última reforma del 24 de enero de 2020.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 5 de febrero de 1917. *Diario Oficial de la Federación*, última reforma del 8 de mayo de 2020.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. "COVID-19 y los derechos humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales, Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1/20 (9 de abril de 2020)". [https://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/declaracion\\_1\\_20\\_ESP.pdf](https://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/declaracion_1_20_ESP.pdf) (Fecha de consulta: 21 de octubre de 2020).
- Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos. Aprobada en la 33ª Sesión de la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. París, Francia, 19 de octubre de 2005. [https://www.who.int/healthpromotion/conferences/6gchp/BCHP\\_es.pdf?ua=1](https://www.who.int/healthpromotion/conferences/6gchp/BCHP_es.pdf?ua=1) (Fecha de consulta: 21 de octubre de 2020).
- Declaración de Bangkok para la promoción de la salud en un mundo globalizado. Adoptada por la Sexta Conferencia Internacional sobre Promoción de la Salud. Bangkok, Tailandia, 11 de agosto de 2005.
- Decreto por el que se reforman los artículos 29, 73, 90, 92, 93, 95, 110 y 111 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 2 de agosto de 2007. *Diario Oficial de la Federación*. [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/proceso/lx/041\\_DOF\\_02ago07.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/proceso/lx/041_DOF_02ago07.pdf) (Fecha de consulta: 19 de junio de 2020).
- Gómez Perdomo, Danny A. "Modelo teórico de indicadores de responsabilidad social en salud". *Pensamiento y Acción Interdisciplinaria*, vol. 4 (2018): 8-24.
- Instituto Nacional de las Mujeres. "¿Sufres violencia? ¿Temes que tu situación se agrave ante el confinamiento por el COVID-19? No estás sola". <https://www.gob.mx/inmujeres/articulos/servicios-de-atencion-a-mujeres-en-situacion-de-violencia-de-los-estados?idiom=es> (Fecha de consulta: 20 de junio de 2020).

- Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 2 de abril de 2013. *Diario Oficial de la Federación*, última reforma del 15 de junio de 2018.
- Locke. *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil*. Madrid: Alianza Editorial, 2012.
- Mires. *Civilidad. Teoría política de la posmodernidad*. Madrid: Trotta, 2001.
- Organización Mundial de la Salud. "Brote de enfermedad por coronavirus (COVID-19)". <https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019> (Fecha de consulta: 19 de junio de 2020).
- Ortúzar, María G. de. "Responsabilidad social vs. Responsabilidad individual en salud". *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 36 (2016): 23-36.
- Presidencia de la República. "Presidente López Obrador participa en Cumbre G20 sobre COVID-19: debemos conseguir la participación de los pueblos". <https://www.gob.mx/presidencia/prensa/presidente-lopez-obrador-participa-en-cumbre-g20-sobre-covid-19-debemos-conseguir-la-participacion-de-los-pueblos> (Fecha de consulta: 18 de junio de 2020).
- Puyol, Angel. "¿Quién es el guardián de nuestra propia salud? Responsabilidad individual y social por la salud". *Revista Especializada en Salud Pública*, núm 88 (2014): 569-580.
- Ramírez Bañuelos, Jesús F. "Consideraciones sobre la aplicación de la drittwirkung en México". *Revista Jurídica Jalisciense*, año xxv, núm. 53 (julio-diciembre 2015): 155-182.
- Ricoeur, Jean Paul Gustave. *Amor y justicia*. México: Siglo XXI, 2009.
- Rousseau. *Du contrat social*. Paris: Société Nouvelle Firmin-Didot, 1999.
- Secretaría de Gobernación, Unidad General de Asuntos Jurídicos. "Acuerdos derivados de la pandemia COVID-19 publicados en el *Diario Oficial de la Federación*". [https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/543994/Acuerdos\\_Covid\\_19\\_DOF\\_27\\_03\\_20.pdf.pdf.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/543994/Acuerdos_Covid_19_DOF_27_03_20.pdf.pdf.pdf) (Fecha de consulta: 19 de junio de 2020).
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, tesis de jurisprudencia 1ª./J.15/2012 en materia constitucional. "Derechos Fundamentales. Su vigencia en las relaciones entre particulares". *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, libro XIII, t. 2 (octubre de 2012).
- Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, comp. *Lecturas de Filosofía del Derecho. Volumen I*. México: Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, 2001.
- Villegas Aguilar. *El hombre: dinámicos fundamentales*. México: Universidad Iberoamericana, 2012.
- Žižek, Slavoj. *Acontecimiento*. Madrid: Trotta, 2014.

# Las restricciones a los derechos humanos durante la pandemia de COVID-19 en El Salvador

Restrictions on human rights in El Salvador during the COVID-19 pandemic

**Fany Ivannia Gómez Orellana\***

Usulután, El Salvador.

Recibido: 15 de octubre de 2020.

Aceptado: 5 de noviembre de 2020.

---

\* Estudios culminados en la Licenciatura en Ciencias Jurídicas de la Universidad Gerardo Barrios de El Salvador. Ha participado en varios concursos interuniversitarios e internacionales en materia de derechos humanos, obteniendo el reconocimiento al mejor memorial en la II Edición del Concurso Interuniversitario de Derechos Humanos, realizado en San Miguel, El Salvador. Asimismo, destaca su intervención como oradora en el XXIV Concurso Interamericano de Derechos Humanos, organizado por American University Washington College of Law.

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 del presente artículo es abordar brevemente algunas de las medidas preventivas adoptadas por el gobierno salvadoreño en vista de la rápida propagación del coronavirus, asimismo se hace alusión a la restricción de derechos fundamentales y constitucionales como el derecho a la libre circulación y las violaciones a derechos humanos que surgieron a consecuencia de estas restricciones, verbigracia las detenciones arbitrarias a todo aquel que no guardara la cuarentena obligatoria, de igual forma el derecho al trabajo se vio vulnerado debido a los despidos injustificados por el cierre temporal de las empresas y fábricas, lo cual se relaciona con otros derechos, tales como el acceso a agua potable, acceso a alimentación, acceso a medios de limpieza, vivienda adecuada, entre otros, que derivan del derecho a una vida digna. También lo he relacionado con algunos criterios dados por la Sala de lo Constitucional, máximo intérprete de la Constitución, acerca de las medidas que el Estado debía tomar para evitar poner en riesgo los derechos humanos de la población, puesto que existen derechos tales como la vida, dignidad e integridad de las personas que no pueden suspenderse ni siquiera durante estados de excepción de emergencia.

*Palabras clave:* derechos humanos, COVID-19, restricciones, pandemia.

## Abstract

The purpose of this article is to briefly address some preventive measures adopted by the Salvadoran Government because of the rapid spread of the coronavirus, likewise allusion is made to the restriction of fundamental and constitutional rights such as the right to free movement and the human rights violations that arose as a result of these restrictions, for example, the arbitrary detentions of anyone who did not keep the mandatory quarantine, in the same way, the right to work was also violated due to the unjustified dismissals due to the temporary closure of the companies and factories, which is related to other rights, such as access to water, food, cleaning supplies, adequate housing, among others, which derive from the right to a good quality of life. Also, I have related it to some criteria given by the Constitutional Chamber, the highest interpreter of the Constitution, about the measures that the State should take to avoid putting the human rights of the population at risk since there are human rights such as life, dignity, and integrity that cannot be suspended even during states of emergency.

*Key words:* human rights, COVID-19, restrictions, pandemic.

## Sumario

I. Introducción; II. Las restricciones a los derechos fundamentales; III. Conclusiones; IV. Bibliografía.

## I. Introducción

En diciembre de 2019 la Organización Mundial de la Salud (OMS) tuvo conocimiento sobre los primeros casos de una enfermedad detectada en Wuhan, China. En enero del presente año confirmaron que ésta era provocada por un nuevo tipo de coronavirus, al que inicialmente llamaron 2019-nCoV.<sup>1</sup> Posteriormente, la OMS aseguró que el coronavirus de Wuhan no constituía una emergencia internacional de salud pública, y no fue hasta el 30 de enero de 2020 que el director general de la OMS declaró el brote de COVID-19 como una emergencia de salud pública de importancia internacional. Luego, el 11 de marzo del presente año, con 118 000 casos reportados globalmente en 114 países, la citada organización declaró pandemia al brote del nuevo coronavirus por sus alarmantes niveles de propagación y gravedad.

Las circunstancias ocurridas en China y en los países europeos sirvieron para alertar a América Latina –Venezuela decretó el *estado de alarma*; El Salvador impuso una *cuarentena nacional*; Uruguay declaró la *emergencia*; y Argentina, Perú y Chile cerraron sus fronteras 10 días-. Gran parte del subcontinente suspendió *los vuelos* con Europa, Estados Unidos y Asia, así como las actividades públicas para que se tomaran medidas de precaución mucho antes de que éstas fueran adoptadas en países europeos. Ejemplo de lo anterior fue Italia, que el 21 de febrero del presente año publicó el primer decreto de ley que obligaba al confinamiento a 11 municipios y paulatinamente fue cerrando escuelas, cines y teatros, posteriormente el 9 de marzo extendió la cuarentena a todo el territorio nacional hasta el 3 de abril.<sup>2</sup> Asimismo, en España, durante el primer periodo de la epidemia el esfuerzo de la Salud Pública se centró en la contención, con la búsqueda exhaustiva y el aislamiento de casos y contactos, hasta mediados de marzo.

De forma simultánea, en la segunda fase de distanciamiento social se adoptaron medidas progresivamente más intensas, desde la supresión de reuniones y eventos multitudinarios –a partir de la primera semana de marzo-, hasta el confinamiento de la población, con excepción de algunos sectores laborales –a partir del 14 de marzo- y la intensificación –el 29 de marzo- con la mayoría de trabajadores reclusos en sus domicilios.<sup>3</sup> Dichos países se vieron más sorprendidos por el aumento exponencial de casos, lo cual ha ido expandiéndose

---

<sup>1</sup> Organización Mundial de la Salud, “Vigilancia mundial de la infección humana por el nuevo coronavirus (2019-nCoV): orientaciones provisionales”, 31 de enero de 2020, <https://apps.who.int/iris/handle/10665/330859> (Fecha de consulta: 15 de septiembre de 2020).

<sup>2</sup> BasqueTrade & Investment, *Informe del impacto de la COVID-19 en Italia*, BasqueTrade & Investment, 2020.

<sup>3</sup> Centro de Coordinación de alertas y emergencias sanitarias, “Información científica-técnica. Enfermedad por coronavirus, COVID-19”, 2020.

dose, por lo que las autoridades han estado endureciendo las medidas con declaraciones de estados de emergencia, el cierre de fronteras y aeropuertos, y hasta el aislamiento obligatorio.

Es por ello que durante la emergencia del coronavirus Sars-CoV-2 (enfermedad COVID-19), diversos organismos de derechos humanos realizaron múltiples llamados para tratar de reducir el impacto potencialmente negativo que podría surgir como consecuencia de las decisiones públicas –en especial para el sector poblacional que se considera en mayor condición de vulnerabilidad–. Entre éstos se advirtió la necesidad de proteger el derecho de acceso a la información en el marco de la amenaza que esta enfermedad supone y la difusión fidedigna de los medios de protección que podían adoptarse de manera individual, familiar, laboral o comunitaria.<sup>4</sup> Asimismo, se alertó sobre la protección contra abusos derivados de las medidas de emergencia, para evitar que se usen con el fin de atacar a grupos o individuos, silenciar el trabajo de las personas defensoras de derechos humanos o para acallar las opiniones disidentes<sup>5</sup> en torno a las medidas adoptadas para prevenir la pandemia, y las restricciones hechas a ciertos derechos.

Debido a la rápida propagación de la COVID-19 fue que el gobierno salvadoreño emprendió acciones drásticas –algunas quizá demasiado– para evitar la presencia del virus en el país, las cuales abarcaron desde prohibir a las personas extranjeras su ingreso al territorio nacional, hasta presentar una solicitud a la Asamblea Legislativa para que se declarara un estado de excepción en el territorio salvadoreño, esto a pesar de que para ese momento no se tenía ningún caso confirmado. Así, el 11 de marzo de 2020 se decretó de forma preventiva la cuarentena nacional con el fin de evitar la entrada del virus al país.<sup>6</sup> No obstante, el 18 de marzo El Salvador registró su primer caso de contagio, el cual, según la información brindada por las autoridades al pueblo salvadoreño, se trató de una persona proveniente de Italia que ingresó por un punto ciego en el occidente del país, específicamente por el municipio de Metapán, departamento de Santa Ana. Hasta el 14 de octubre de 2020 la cifra de casos confirmados ascendió a más de 30 480.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “COVID-19: Los gobiernos deben promover y proteger el acceso y la libre circulación de la información durante la pandemia-Expertos internacionales”, <http://www.oacnudh.org/covid-19-los-gobiernos-deben-promover-y-protger-el-acceso-y-la-libre-circulacion-de-la-informacion-durante-la-pandemia-expertos-internacionales/> (Fecha de consulta: 20 de septiembre de 2020).

<sup>5</sup> Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, “La COVID-19 y sus dimensiones de derechos humanos”, <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/COVID-19.aspx> (Fecha de consulta: 20 de septiembre de 2020).

<sup>6</sup> Decreto ejecutivo núm. 12, publicado en el *Diario Oficial* núm. 49, tomo 426, del 11 de marzo de 2020.

<sup>7</sup> Gobierno de El Salvador, “Situación Nacional COVID-19”, <https://covid19.gob.sv> (Fecha de consulta: 14 de octubre de 2020).

## II. Las restricciones a los derechos fundamentales

Para tratar de contener el contagio de COVID-19 y las muertes en la población salvadoreña, el Órgano Ejecutivo emitió varios decretos a través del ramo de salud,<sup>8</sup> en los cuales se abordó lo siguiente: el Estado de emergencia nacional por la epidemia de COVID-19; las medidas de contención en el ámbito de la actividad alimenticia de restaurantes y otros similares relacionados con la atención de la emergencia sanitaria por COVID-19; la medida de contención en el ámbito de la actividad comercial e industrial con la atención de la emergencia sanitaria por COVID-19; las medidas sanitarias de contención del ámbito de la actividad comercial de centros o plazas comerciales, cualquiera que sea su denominación, relacionada con la atención de la emergencia sanitaria por COVID-19; las medidas extraordinarias de prevención y contención para declarar el territorio nacional como zona sujeta a control sanitario, a fin de contener la pandemia de COVID-19, entre otras.

De igual forma, la Asamblea Legislativa adoptó una serie de decretos<sup>9</sup> entre los cuales se estableció: la Ley de Restricción Temporal de Derechos Constitucionales Concretos para Atender la Pandemia COVID-19; las disposiciones especiales y transitorias al Ministerio de Agricultura y Ganadería y a particulares, en las operaciones de compra de maíz, frijol y arroz para el consumo humano, en el marco de la emergencia por COVID-19, la Prórroga del Estado de Emergencia Nacional de la pandemia por COVID-19; la Ley de Regulación para el Aislamiento, Cuarentena, Observación y Vigilancia por COVID-19, entre otros. Además, el Estado logró la suspensión de actividades académicas, la restricción de vuelos, el cierre de fronteras, la creación de centros de cuarentena para personas viajeras, entre

<sup>8</sup> Entre ellos los decretos ejecutivos núms. 4, 12 y 13, publicados en el *Diario Oficial* núm. 49, tomo 426, del 11 de marzo de 2020; el Decreto ejecutivo núm. 14, publicado en el *Diario Oficial* núm. 50, tomo 426, del 12 de marzo de 2020; Decreto ejecutivo núm. 9, publicado en el *Diario Oficial* núm. 55, tomo 426, del 17 de marzo de 2020; Decreto ejecutivo núm. 10, publicado en el *Diario Oficial* núm. 56, tomo 426, del 18 de marzo de 2020; Decreto ejecutivo núm. 11, publicado en el *Diario Oficial* núm. 57, tomo 426, del 19 de marzo de 2020; Decreto ejecutivo núm. 15, publicado en el *Diario Oficial* núm. 64, tomo 426, del 27 de marzo de 2020; Decreto ejecutivo núm. 16, publicado en el *Diario Oficial* núm. 72, tomo 427, del 10 de abril de 2020; Decreto ejecutivo núm. 21, publicado en el *Diario Oficial* núm. 84; tomo 427, del 27 de abril de 2020.

<sup>9</sup> Decreto legislativo núm. 593, publicado en el *Diario Oficial* núm. 52, tomo 426, del 14 de marzo de 2020; decretos legislativos núms. 592 y 594, publicados en el *Diario Oficial* núm. 53, tomo 426, del 15 de marzo de 2020; Decreto legislativo núm. 587, publicado en el *Diario Oficial* núm. 54, tomo 426, del 16 de marzo de 2020; Decreto legislativo núm. 606, publicado en el *Diario Oficial* núm. 60, tomo 426, del 23 de marzo de 2020; Decreto legislativo núm. 607, publicado en el *Diario Oficial* núm. 63, tomo 426, del 26 de marzo de 2020; Decreto legislativo núm. 611, publicado en el *Diario Oficial* núm. 65, tomo 426, del 29 de marzo de 2020; decretos legislativos núms. 615 y 616, publicados en el *Diario Oficial* núm. 69, tomo 427, del 2 de abril de 2020.

otras, a través del Decreto legislativo 593,<sup>10</sup> emitido el 14 de marzo de 2020 en el marco de la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional.

### *Con respecto al derecho a la salud*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha interpretado que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) incorporó en su catálogo de derechos protegidos los denominados derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, a través de una derivación de las normas reconocidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), así como de las normas de interpretación dispuestas en el propio artículo 29 de la Convención, que particularmente impide limitar o excluir el goce de los derechos establecidos en la Declaración Americana e inclusive los reconocidos en materia interna. Asimismo, de conformidad con una interpretación sistemática, teleológica y evolutiva, la Corte Interamericana ha recurrido al *corpus iuris* internacional y nacional en la materia para dar contenido específico al alcance de los derechos tutelados por la Convención.<sup>11</sup>

Con respecto al derecho a la salud, protegido por el artículo 26 de la Convención Americana, la Corte IDH observa que los términos de éste indican que se trata de un derecho que se deriva de las normas económicas, sociales y de educación, ciencia y cultura que están contenidas en la Carta de la OEA. Ahora bien, los artículos 34, inciso *i* y 34, inciso *l*, de la Carta establecen entre los objetivos básicos del desarrollo integral: el de “defensa del potencial humano mediante la extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica”, así como el de las condiciones que hagan posible una vida sana, productiva y digna.

En este sentido, el artículo XI de la Declaración Americana permite identificar el derecho a la salud al referir que toda persona tiene derecho “a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”. Por lo anterior, la Corte IDH considera que el derecho a la salud está protegido por el artículo 26 de la Convención.

---

<sup>10</sup> Decreto Legislativo 593 del 14 de marzo de 2020, publicado en el *Diario Oficial* núm. 52, tomo 426 del 15 de marzo de 2020.

<sup>11</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Muelle Flores vs. Perú (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, Sentencia del 6 de marzo de 2019, serie C, núm. 375, párr. 170.

Asimismo, el derecho a la salud está consagrado por un vasto *corpus iuris* internacional; *inter alia*: el artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. También el derecho a la salud se reconoce en el artículo 5º, inciso e, de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; el artículo 12.1 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; el artículo 24.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros.

Por ello, la Corte IDH estima que la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio adecuado de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente, entendida la salud no sólo como la ausencia de afecciones o enfermedades, sino también a un estado completo de bienestar físico, mental y social, derivado de un estilo de vida que permita alcanzar a las personas un balance integral.<sup>12</sup> El Tribunal ha precisado que la obligación general se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios esenciales de salud, garantizando una prestación médica de calidad y eficaz, así como impulsar el mejoramiento de las condiciones de salud de la población.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha indicado que la principal finalidad de toda atención o servicio de salud y cuidado dirigido a personas con COVID-19 es la protección a la vida, la salud –tanto física como mental–, la optimización de su bienestar de forma integral, el no abandono, el respeto a la dignidad como ser humano y su autodeterminación, haciendo uso del máximo de los recursos disponibles para el mejor cuidado y tratamiento posible. Esto es así, al grado que para proteger a las personas con COVID-19 los Estados deben guiar las medidas que adopten con los principios de igualdad y no discriminación, de conformidad con los estándares interamericanos e internacionales de derechos humanos.<sup>13</sup>

La CIDH hace énfasis en que para garantizar el acceso adecuado y oportuno a la atención de salud es necesario evitar el colapso de los sistemas sanitarios, así como mayores riesgos para los derechos de las personas con COVID-19 y de las personas trabajadoras de la salud. Por lo tanto, establece que puede ser necesario que los Estados habiliten plataformas y

---

<sup>12</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Cuscul Pivalar y otros vs. Guatemala (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”, Sentencia del 23 de agosto de 2018, serie C, núm. 359.

<sup>13</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución 04/2020, Derechos Humanos de las Personas con COVID-19, 27 de julio de 2020.

canales eficientes de atención para casos sospechosos o con síntomas leves o moderados de la enfermedad.<sup>14</sup> Entre las medidas a las que pueden recurrir los Estados se encuentran: la telemedicina, las consultas telefónicas, las visitas médicas a domicilio o el apoyo comunitario de asistencia básica de salud y cuidado que incluya vigilancia continua de factores de riesgo, así como estados de salud que puedan requerir atención y cuidado médico más especializado.<sup>15</sup>

De igual forma, entre las orientaciones que los organismos internacionales emitieron para los Estados se estableció que debían garantizar la provisión de tratamiento intensivo y prestaciones médicas de hospitalización a las personas con COVID-19 en situación de urgencia médica, donde se encuentre en riesgo la vida si no se da el soporte vital requerido y, en particular, velar porque se ofrezca un trato humanizado cuyo centro sea la dignidad y la salud integral de la persona, además de que disponga y acceda a bienes esenciales y básicos para los tratamientos de urgencia y emergencia de esta enfermedad.<sup>16</sup>

Entre las medidas que podrían adoptarse con tal fin se encuentran: el incremento de la capacidad de respuesta de las Unidades de Cuidado Intensivo (UCI), la disponibilidad, y en su caso, adquisición o producción de oxígeno medicinal, la medicación relacionada o respiradores mecánicos, los insumos para cuidados paliativos, la disponibilidad de ambulancias, el personal de salud suficiente y capacitado, así como un mayor número de camas y espacios adecuados para la hospitalización.<sup>17</sup> Esto incluye también la posibilidad de facilitar el traslado oportuno, inclusive por vía fluvial o aérea, de personas con necesidad de atención médica de urgencia o emergencia a centros sanitarios con capacidad para responder adecuadamente a las necesidades médicas de la persona, además de facilitar la comunicación de ésta con los familiares directos por los medios más apropiados.<sup>18</sup>

Cabe señalar que el Estado salvadoreño adoptó estas recomendaciones en la medida de lo posible, puesto que habilitó el número 132 del Sistema Nacional de Emergencias Médicas

---

<sup>14</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución 04/2020, Derechos Humanos de las Personas con COVID-19.

<sup>15</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución 04/2020, Derechos Humanos de las Personas con COVID-19.

<sup>16</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución 04/2020, Derechos Humanos de las Personas con COVID-19.

<sup>17</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución 04/2020, Derechos Humanos de las Personas con COVID-19.

<sup>18</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución 04/2020, Derechos Humanos de las Personas con COVID-19.

para atender a personas afectadas por el virus, así como para orientar a la población en general sobre la enfermedad y sus síntomas, y con ello detectar casos sospechosos.

Asimismo, en marzo inició el proyecto de construcción de un nosocomio para atender a personas contagiadas de COVID-19, el cual se planteó en tres fases. La primera se inauguró el 21 de junio de 2020, en ésta se habilitaron 400 camas en la UCI para atender a más pacientes. La segunda fase inició el 5 de agosto de 2020 –y no tuvo inauguración ante la urgencia de utilizar las camas, según dijo el presidente de la república, Nayib Bukele, en cadena nacional–, y cuenta con 575 camas disponibles. La tercera fase del hospital se encuentra con 80% de avance<sup>19</sup> y contará con 550 camas. De acuerdo con el ministro de salud, se espera que su construcción concluya pronto, aunque no se tiene una fecha exacta; dicho hospital contará con más de 1 400 camas en la UCI, banco de sangre, banco de plasma, laboratorio clínico, etcétera.<sup>20</sup>

Lo anterior significó un gran avance para el sistema hospitalario del país, ya que en el sector público se cuenta con un total de 44 hospitales a nivel nacional, los cuales disponen en total de 6 516 camas, y el sector privado cuenta con 39 hospitales con 425 camas.<sup>21</sup> En el sector público, en cuanto al número de centros ambulatorios –unidades de salud, clínicas de empleados, centros de atención de emergencias, casas de salud y centros rurales de nutrición del Ministerio de Salud de El Salvador (MSPAS) y las clínicas empresariales y comunales, las unidades médicas del Instituto Salvadoreño del Seguro Social (ISSS)–, se cuenta en total con 883 y con 6 585 camas.<sup>22</sup>

Es notable el esfuerzo por parte del Estado salvadoreño de proteger a su población de la pandemia de COVID-19, no obstante, a pesar de que las medidas mencionadas son aplicables a la población en general, el gobierno no ha establecido acciones para prevenir y atender a la población carcelaria. Con respecto a ello, la CIDH ha indicado que los Estados deben respetar y garantizar los derechos a la vida e integridad personal de las personas privadas

---

<sup>19</sup> Gobierno de El Salvador, “Situación Nacional COVID-19”, <https://covid19.gob.sv/> (Fecha de consulta: 17 de noviembre de 2020).

<sup>20</sup> Gobierno de El Salvador, “Hospital El Salvador ampliará su capacidad a 1 064 camas UCI para pacientes con COVID-19”, <https://www.presidencia.gob.sv/hospital-el-salvador-ampliara-su-capacidad-a-1064-camas-uci-para-pacientes-con-covid-19/> (Fecha de consulta: 16 de septiembre de 2020).

<sup>21</sup> MSPAS 2005, ISSS Boletín 2005, Unidad de Estadísticas ISSS 2005, Hospital Militar obtenidos del perfil El Salvador, OPS-OMS, actualización 2001 y Salud para un país de futuro 2004-2009, OPS-OMS, y las entrevistas e informes recibidos de 10 hospitales privados en noviembre 2005.

<sup>22</sup> Organización Panamericana de la Salud/Organización Mundial de la Salud, *Perfil de los sistemas de Salud, El Salvador. Monitoreo y análisis de los procesos de cambio y reforma* (Washington, D. C.: OPS/OMS, 2006).

de la libertad, y asegurarles condiciones mínimas que sean compatibles con su dignidad.<sup>23</sup> Esto incluye los derechos a la vida y a la salud.

El primero de ellos es el más fundamental de los derechos y se encuentra establecido en los instrumentos del sistema interamericano de derechos humanos y en otros sistemas de derechos humanos –como el europeo y el africano–, pues sin su pleno respeto es imposible garantizar o gozar efectivamente de ninguno de los otros derechos humanos o libertades.<sup>24</sup> El goce del derecho a la vida es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos, de no ser respetado éste, aquellos carecen de sentido<sup>25</sup> porque desaparece su titular.<sup>26</sup> Las continuas violaciones al derecho a la vida de las personas privadas de libertad constituyen actualmente uno de los principales problemas de las cárceles de la región, asimismo es deber del Estado el proveer servicios de salud a las personas sometidas a su custodia, es una obligación que deriva directamente de su deber de garantizar los derechos a la vida e integridad personal de las personas reclusas.

En las cárceles de El Salvador existen problemas de hacinamiento y no se tienen medidas de separación entre las personas detenidas, lo que genera graves vulneraciones a su seguridad e integridad, incluso son mayores de las que sufren en los centros penitenciarios debido a lo reducido de los espacios y a que convive un gran número de personas. Específicamente las condiciones son graves en las bartolinas policiales de la zona oriental del país, las cuales tienen capacidad para albergar a 266 personas y en 2014 tenían a 8 344, incluyendo las detenidas por 72 horas, las que estaban bajo medida cautelar y las condenadas.<sup>27</sup>

El hacinamiento carcelario en América Latina constituye una clara violación a los derechos humanos de las personas privadas de la libertad. El miedo al contagio y la proliferación de la COVID-19 en los centros penitenciarios ha generado amotinamientos en varios de ellos. Y debido a que una de las medidas más efectivas para evitar el contagio es el distanciamiento social, es que se deben pensar en acciones como la excarcelación y la búsqueda de penas alternativas a la cárcel. El Institute for Crime and Policy Research expuso que en

<sup>23</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. “Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas”, principio I, <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>.

<sup>24</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.116, Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos, párr. 81.

<sup>25</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, Sentencia del 19 de noviembre de 1999, serie C, núm. 63, párr. 144.

<sup>26</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay “(Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, Sentencia del 2 de septiembre de 2004, serie C, núm. 112, párr. 156.

<sup>27</sup> Laura Andrade y Adilio Carrillo, *El sistema penitenciario salvadoreño y sus prisiones* (San Salvador: Instituto Universitario de Opinión Pública-Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”, 2015).

2019 algunos países de América Latina y el Caribe tenían las situaciones más críticas de hacinamiento carcelario, siendo los casos más extremos los de Haití (454%), El Salvador (333%), Guatemala (333%), Bolivia (253%) y Perú (232%), cuyas prisiones superan en más de 200% su capacidad.

Aunado a lo anterior, en dichos espacios el distanciamiento social para prevenir los contagios de COVID-19 se torna muy difícil, pues las y los reclusos carecen del espacio mínimo necesario según lo refieren los instrumentos de derechos humanos. La situación del hacinamiento merma la capacidad de los establecimientos penitenciarios, dificulta el facilitar alimentos y servicios de saneamiento y salud adecuados,<sup>28</sup> y hace imposible que las personas internas mantengan entre sí la distancia de un metro entre ellas, en el afán de evitar un posible contagio de COVID-19.

### *Sobre el derecho a la libertad de circulación*

El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos establece en su artículo 12.1 que “toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia”. Asimismo el artículo 22 de la CADH establece en sus primeros numerales lo siguiente:

1. Toda 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.
2. Toda persona tiene derecho a salir libremente de cualquier país, inclusive del propio.
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.

A su vez la Corte IDH ha establecido de manera reiterada en su jurisprudencia que la libertad de circulación es una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona.<sup>29</sup> Asimismo, ha coincidido con lo indicado por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en su Observación General núm. 27, la cual establece que el disfrute de este derecho

<sup>28</sup> Oficina de las Naciones Unidas de Servicios para Proyectos, *Orientaciones Técnicas para la Planificación de Establecimientos Penitenciarios, Consideraciones técnicas y prácticas basadas en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas de Nelson Mandela)* (Copenhague: UNOPS, 2016).

<sup>29</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Comunidad Moiwana vs. Suriname (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, Sentencia del 15 de junio de 2005, serie C, núm. 124, párr. 110.

no depende de ningún objetivo o motivo en particular de la persona que desea circular o permanecer en un lugar.<sup>30</sup>

Al respecto, la Corte IDH ha establecido que “el derecho de circulación y de residencia, protegido en el artículo 22.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (ratificada por El Salvador) es una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona, y contempla, el derecho de quienes se encuentren legalmente dentro de un Estado a circular libremente en él”.<sup>31</sup> Por otra parte, también sostiene que este derecho no sólo puede ser vulnerado por existir restricciones formales o legales a la circulación de la población, sino que también por condiciones *de facto* que impidan a la población desplazarse libremente.

Si bien es cierto, la CIDH ha indicado en sus resoluciones que en determinadas circunstancias, con el objetivo de generar adecuada distancia social, puede resultar de hecho imperativa la restricción del pleno goce de derechos como el de reunión y la libertad de circulación en espacios tangibles, públicos o comunes que no sean indispensables para el abastecimiento de insumos esenciales o para la propia atención médica.<sup>32</sup> Pero que aún en los casos más extremos y excepcionales donde pueda ser necesaria la suspensión de determinados derechos, el derecho internacional impone una serie de requisitos –tales como la legalidad, necesidad, proporcionalidad y temporalidad– para evitar que medidas como el estado de excepción o emergencia sean utilizadas de manera ilegal, abusiva y desproporcionada, ocasionando violaciones a derechos humanos o afectaciones al sistema democrático de gobierno.<sup>33</sup> No obstante, cuando la restricción se encuentre contemplada por la ley, su regulación no debe tener ninguna ambigüedad, de tal forma que no genere dudas en las y los encargados de aplicar la restricción y con ello se eviten actuaciones arbitrarias y discrecionales en virtud de interpretaciones extensivas de la restricción.<sup>34</sup>

<sup>30</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Yarce y otras vs. Colombia (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”, Sentencia del 22 de noviembre de 2016, serie C, núm. 325; y Comité de Derechos Humanos, Libertad de circulación (art. 12): 02/11/99. CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, CCPR OBSERVACIÓN GENERAL 27. (General Comments), <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1400.pdf>.

<sup>31</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia. (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”, Sentencia del 3 de septiembre de 2012, serie C, núm. 248, párr. 220.

<sup>32</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución 1/2020, Pandemia y Derechos Humanos en las Américas, 10 de abril de 2020.

<sup>33</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución 1/2020, Pandemia y Derechos Humanos en las Américas.

<sup>34</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Álvarez Ramos vs. Venezuela (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”, Sentencia del 30 de agosto de 2019, serie C, núm. 380, párr. 173.

En concordancia con ello, la Sala de lo Constitucional de El Salvador ya ha establecido en sus sentencias con referencia al Amparo 107-2009<sup>35</sup> y al Amparo 545-2010,<sup>36</sup> que el derecho a la libertad de circulación –consagrado en el artículo 5º de la Constitución salvadoreña– es la facultad de toda persona a moverse libremente en el espacio, sin otras limitaciones más que aquellas impuestas por las condiciones del medio en el que pretende actuar. Por ello, las notas características de este derecho son la acción de movilizarse del sujeto, el ámbito físico en el que pretende desplazarse y la inexistencia de obstáculos que dificulten su tránsito de un sitio a otro. Así, se estará en presencia de una vulneración del derecho a la libertad de circulación cuando se dificulte o impida de manera injustificada a una persona el libre desplazamiento de un sitio a otro.

No obstante la limitación al derecho a la libertad personal, tránsito y de circulación establecida en el Decreto legislativo 639<sup>37</sup> y Decreto ejecutivo 24<sup>38</sup> –referentes a la Ley de Regulación para el Aislamiento, Cuarentena, Observación y Vigilancia por COVID-19, y a las habilitaciones previstas en el artículo 8º de la Ley de Regulación para el Aislamiento, Cuarentena, Observación y Vigilancia por COVID-19, respectivamente– han implicado graves violaciones a los derechos humanos a la salud, trabajo y alimentación, pues el mecanismo establecido fue improvisado y poco difundido, agudizando la situación con la prohibición de movilizarse a un municipio distinto al de residencia, cuando en el caserío o municipio no hay lugar para adquirir alimentos, medicamentos o no pueden desplazarse a un hospital especializado.

Asimismo, el Decreto legislativo número 594 que contenía la Ley de Restricción Temporal de Derechos Constitucionales Concretos para Atender la Pandemia COVID-19, emitido el 14 de marzo de 2020, restringía también el derecho a la libertad de tránsito, libertad de reunión pacífica y el derecho a no cambiar de domicilio, con lo cual se limitaba la circulación de personas. Con ello se señaló que aquellas personas cuyas labores no forman parte de la producción y distribución de productos de primera necesidad o de servicios básicos para la contención de la pandemia, las instituciones del sector público y empresa privada debía enviar a casa a sus trabajadores y trabajadoras a guardar cuarentena obligatoria, y con ello evitar

---

<sup>35</sup> Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Amparo referencia 107-2009, Sentencia del 18 de febrero de 2011.

<sup>36</sup> Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Amparo referencia 545-2010, Sentencia del 25 de septiembre de 2013.

<sup>37</sup> Decreto legislativo núm. 639 del 5 de mayo de 2020, publicado en el *Diario Oficial* núm. 91, tomo 427, del 7 de mayo de 2020.

<sup>38</sup> Decreto ejecutivo núm. 24 del 9 de mayo de 2020, publicado en el *Diario Oficial* núm. 132, tomo 427, del 30 de junio de 2020.

saturar el sistema nacional de salud que brindara atención a pacientes que resulten positivo de COVID-19. Debe tenerse presente que en el país la mayoría de los empleos se ubican en el sector informal o por cuenta propia, y todas las personas de pequeños negocios o ventas ambulantes fueron enviadas a sus casas, sin que existiera un plan económico para la micro, pequeña y mediana empresa que ayude a sobrellevar la crisis económica como impacto directo de la pandemia.

### *Sobre el derecho a no ser privado arbitrariamente de la libertad durante la cuarentena*

El artículo 9.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos establece de manera literal que: “Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta”. Asimismo, el artículo 7º de la CADH contiene como garantías específicas, descritas en sus numerales 2 y 3, la prohibición de detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, respectivamente. En el segundo supuesto, se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aún calificados de legales– puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad.<sup>39</sup>

Con respecto al artículo 7º de la Convención Americana, la Corte IDH ha reiterado que cualquier restricción al derecho a la libertad personal debe darse únicamente por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas o por las leyes dictadas conforme a ellas (aspecto material), y además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal).<sup>40</sup>

Así, a raíz de la pandemia por COVID-19, mediante el Decreto legislativo núm. 593, del 14 de marzo de 2020,<sup>41</sup> se declaró Estado de Emergencia Nacional, Estado de Calamidad Pública y Desastre Natural en todo el territorio de la república salvadoreña por el plazo de 30 días, el cual fue prorrogado mediante Decreto legislativo núm. 634, del 30 de abril

<sup>39</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala (Fondo)”. Sentencia del 25 de noviembre de 2000, serie C, núm. 70, párr. 139.

<sup>40</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso García y Familiares vs. Guatemala (Fondo, Reparaciones y Costas)”, Sentencia del 29 noviembre de 2012, serie C, núm. 258, párr. 100.

<sup>41</sup> Decreto legislativo núm. 593 del 14 de marzo de 2020, publicado en el *Diario Oficial* núm. 52, tomo 426 del 15 de marzo de 2020.

de 2020,<sup>42</sup> que entró en vigor el 2 de mayo del presente año y sus efectos fenecían el 16 de mayo de 2020. Con dichos decretos se mandó a guardar cuarentena obligatoria a la población salvadoreña y la persona que desobedecía este mandato era detenida y llevada a un centro de cuarentena, lo que constituía una detención arbitraria.

Al respecto, la Sala de lo Constitucional estableció que aunque la medida de cuarentena domiciliar es obligatoria para toda la ciudadanía que no se encuentre habilitada para circular, el incumplimiento de ésta no puede significar, bajo ninguna circunstancia, que la autoridad puede lesionar los derechos fundamentales o restringirlos por medidas o actos de autoridad que la ley no ha habilitado, y que *ni la policía ni la Fuerza Armada, están autorizados para realizar detenciones discrecionales o arbitrarias, así como tampoco lesionar, injustificadamente, a las personas en dichos procedimientos.*<sup>43</sup>

Asimismo, a pesar de que la CIDH en sus directrices había establecido que se debía garantizar que no se realizaran detenciones arbitrarias durante la vigencia de estados de emergencia o restricciones a la circulación de las personas, y que toda detención debía contar con el debido control judicial, de conformidad con los estándares,<sup>44</sup> dado que la imposición de una cuarentena obligatoria -de la cual nadie puede eximirse por ningún motivo-, en el contexto de una emergencia de salud pública, es una privación de libertad *de facto*, es preciso que se respeten las salvaguardas contra la arbitrariedad tal y como señala el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria.<sup>45</sup>

Por lo tanto, se debía asegurar que toda restricción o limitación que se impusiera a los derechos humanos con la finalidad de la protección a la salud en el marco de la pandemia de COVID-19 cumpliera con los requisitos establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos. En particular, dichas restricciones deben cumplir con el principio de legalidad, ser necesarias en una sociedad democrática y, por ende, resultar estrictamente proporcionales para atender la finalidad legítima de proteger la salud,<sup>46</sup> requisitos no fueron

<sup>42</sup> Decreto legislativo núm. 634 del 30 de abril de 2020, publicado en el *Diario Oficial* núm. 87, tomo 427, del 30 de abril de 2020.

<sup>43</sup> Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, *Hábeas Corpus* referencia HC. 148-2020, Sentencia del 8 de abril de 2020.

<sup>44</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución 1/2020, Pandemia y Derechos Humanos en las Américas.

<sup>45</sup> Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, "El Covid-19 no es excusa para la privación ilícita de libertad", <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/HRC/Pages/NewsDetail.aspx?NewsID=25876&LangID=S> (Fecha de consulta: 1 de octubre de 2020).

<sup>46</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución 1/2020, Pandemia y Derechos Humanos en las Américas.

cumplidos por parte del Estado, ya que con base en la normativa emitida en el contexto de la emergencia, tanto la Policía Nacional Civil (PNC) y efectivos del Ministerio de la Defensa Nacional justificaron su tarea de privar de la libertad o retener a las personas que incumplieron el aislamiento domiciliario obligatorio.

Dichas detenciones no fueron legales ya que no cumplían con las formalidades requeridas, no contenían un fin legítimo, y las detenciones injustificadas de las personas que no guardaban la cuarentena obligatoria no eran necesarias ni proporcionales, y en palabras del abogado Arnau Baulenas, del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”, “no son retenciones. Son detenciones, sin garantizar sus derechos, entre ellos contar con un abogado y presentarlos ante un juez. Mantener privada de libertad a una persona, solo porque un policía interpreta que la salida a la calle no está amparada por el decreto, es ilegal”.

De acuerdo con el ministro de Justicia y Seguridad Pública, a las 8:10 de la noche del 8 de abril de 2020 se habían “retenido” a más de 1 350 personas por ese motivo y la cifra continuó aumentando. Es por ello que la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia dispuso como medida cautelar que las personas que habían sido privadas de la libertad con anterioridad –específicamente desde la noche del sábado 21 de marzo de 2020 con base en el Decreto ejecutivo núm. 12–, que se encontraban en dependencias policiales, cumpliendo con los protocolos sanitarios establecidos por las autoridades de salud y los que cada caso requiera, debían ser conducidos a su vivienda para que cumplieran ahí la cuarentena.

Con base en las situaciones antes establecidas y las detenciones arbitrarias, en la resolución de las 10:54 del 26 de marzo de 2020, pronunciada en el proceso de *habeas corpus*, referencia 148-2020, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia reconoció que en el contexto actual constituye un hecho notorio la crisis sanitaria mundial que ha ocasionado la pandemia por COVID-19 y que El Salvador se ha visto afectado con esta pandemia, habiéndose confirmado los primeros casos positivos en el territorio nacional. En dicha resolución la Sala de lo Constitucional rechaza la habilitación legal necesaria para aplicar un confinamiento o internamiento sanitario automático y forzoso a quienes incumplan la cuarentena domiciliaria ordenada por el gobierno.

Asimismo, establece que tampoco es admisible la mera invocación del principio de primacía del interés público (artículo 246, inciso 2 de la Constitución de la República de El Salvador), la defensa del derecho fundamental a la salud ni su carácter de bien público (artículos 65 y 66 de la Constitución de la república) o alguna otra supuesta forma de *aplicación directa de la Constitución*, para privar de libertad, sin ley formal, a las personas que incumplan la

cuarentena domiciliaria. El interés público al que la Constitución confiere primacía incluye el respeto irrestricto a todos los derechos fundamentales, con el alcance y ponderación que les dé la Sala de lo Constitucional en sus decisiones, incluidas las medidas cautelares en *hábeas corpus*. El derecho a la salud y su carácter de bien público deben observarse tomando en cuenta el respeto al resto de los derechos fundamentales –lo que comprende la libertad e integridad física de las personas, debido a que todos los derechos son indivisibles e interdependientes como se ha sostenido antes en la Sentencia de inconstitucionalidad 7-2012.<sup>47</sup>

Finalmente, indica que cualquier intento de privación de libertad sin base legal de las personas que infringieran la cuarentena domiciliaria, sustituyendo las palabras que regulen el internamiento sanitario forzoso por términos como *retención, traslado, evaluación, localización* y cualesquiera otra que utilicen las autoridades, mientras no se regule esa forma de limitación de la libertad física en una ley formal carecería de legitimidad constitucional.

Además, los decretos ejecutivos en el ramo de salud pública no debían interpretarse ni aplicarse por las autoridades del órgano ejecutivo como una sanción o castigo o como una consecuencia automática ante el incumplimiento de la cuarentena domiciliaria, ni tampoco la privación de un bien patrimonial –vehículo automotor– de quienes incumplan dicha cuarentena domiciliaria; en tanto no se regularan mediante una ley formal, la cual nunca fue creada debido a que el órgano Legislativo y Ejecutivo no pudieron llegar a un consenso.

Por último, con respecto a las y los periodistas que realizan su labor en diversos escenarios, ciertas decisiones gubernamentales limitaron el derecho a la información de la población, esto en virtud que durante el tiempo de la pandemia se establecieron restricciones a realizar preguntas en las conferencias de prensa informativas sobre la situación de los centros de contención, se impusieron limitaciones para realizar entrevistas a funcionarios del Órgano Ejecutivo, y se reportaron múltiples obstáculos a la labor de periodistas independientes y de quienes laboran en radios comunitarias, así como destrucción de material periodístico. De igual forma se considera negativa la conducta de las y los funcionarios de la Secretaría de la Presidencia en redes sociales, que desacreditaron a medios comunitarios. Y fue debido a estas situaciones que el 2 de abril de 2020 se recomendó incluir a periodistas en el listado de personas autorizadas para circular, debido a que en un primer momento no fueron consideradas en el Decreto Ejecutivo respectivo, y se solicitó, además, la emisión de medidas de prevención y protección para el cumplimiento de sus labores.

---

<sup>47</sup> Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Inconstitucionalidad referencia 7-2012, Sentencia del 16 de diciembre de 2013.

### *Sobre las restricciones a la libertad de prensa y libertad de expresión*

La Corte IDH ha establecido que la CADH garantiza el derecho a la libertad de expresión a “toda persona, independientemente de cualquier otra consideración, por lo que no cabe considerarla ni restringirla a una determinada profesión o grupo de personas. La libertad de expresión es un componente esencial de la libertad de prensa, sin que por ello sean sinónimos o el ejercicio de la primera esté condicionado a la segunda”.<sup>48</sup>

Asimismo, los Estados tienen tres obligaciones primordiales respecto a la libertad de expresión y la libertad de prensa, las cuales son: *i)* Respetar el derecho, o abstenerse de interferir en el goce de éste. *ii)* Proteger, o ejercer la diligencia debida a fin de prevenir, punir, investigar y compensar el daño causado por personas o entidades privadas. *iii)* Dar cumplimiento al derecho, o tomar medidas positivas o proactivas a fin de hacerlo efectivo.<sup>49</sup>

Con base en lo anterior, las restricciones al derecho a la libertad de prensa y libertad de expresión en el contexto de la pandemia COVID-19 han incurrido con graves afectaciones para las y los periodistas, tal es así que el procurador de Derechos Humanos del país, José Apolonio Tobar, señaló el 2 de abril que ha existido una serie de restricciones al trabajo de la prensa por parte de agentes de la PNC y de la Fuerza Armada en medio de la cuarentena por COVID-19, en virtud de que han restringido la labor de los comunicadores “destruyendo material periodístico”. Esta misma situación ha sido denunciada por la Asociación de Periodistas de El Salvador en diversas ocasiones. De igual forma se hizo el señalamiento sobre las restricciones a realizar preguntas en las conferencias de prensa informativas sobre la situación de la pandemia de COVID-19 en El Salvador y que empleados de la Presidencia “han impedido la realización de entrevistas a algunos funcionarios para ampliar información”.

### **III. Conclusiones**

El Estado debe adoptar las medidas necesarias a fin de garantizar que los centros de detención sean lugares respetuosos de la dignidad humana y que a las personas privadas de su libertad se les respeten sus derechos a la vida digna y a la salud.

<sup>48</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Tristán Donoso vs. Panamá (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)”, Sentencia del 27 de enero de 2009, serie C, núm. 193, párr. 114.

<sup>49</sup> Centro de Asistencia a los Medios Internacionales. Estándares internacionales de libertad de expresión. Washington, D. C.: CIMA, agosto 2017, p. 7. [https://www.cima.ned.org/wp-content/uploads/2015/02/CIMA\\_Esta%CC%81n-dares-internacionales\\_web-1.pdf](https://www.cima.ned.org/wp-content/uploads/2015/02/CIMA_Esta%CC%81n-dares-internacionales_web-1.pdf).

Debido a la alta tasa de comercio informal debe realizarse un plan económico que apoye a las micros, pequeñas y medianas empresas para que puedan sobrellevar la crisis económica producto de la pandemia.

Ningún derecho es absoluto y la libertad personal puede restringirse siempre que se ampare en una ley con un fin legítimo y que ésta sea idónea para conseguir ese fin, necesaria para una sociedad democrática y que al realizar una equiparación entre la restricción del derecho y el objetivo alcanzado, este último sea más beneficioso, siendo así proporcional.

El Estado debe de respetar la libertad de expresión y libertad de prensa a fin de evitar que través de sus agentes estatales se restrinja o se destruya material periodístico.

#### IV. Bibliografía

- Andrade, Laura, y Adilio Carrillo. *El sistema penitenciario salvadoreño y sus prisiones*. San Salvador: Instituto Universitario de Opinión Pública-Universidad Centroamericana “José Simeón Cañas”, 2015.
- BasqueTrade & Investment. *Informe del impacto de la COVID-19 en Italia*. BasqueTrade & Investment, 2020.
- Centro de Asistencia a los Medios Internacionales. *Estándares internacionales de libertad de expresión*. Washington, D. C.: CIMA, agosto 2017. [https://www.cima.ned.org/wp-content/uploads/2015/02/CIMA\\_Esta%CC%81ndares\\_internacionales\\_web-1.pdf](https://www.cima.ned.org/wp-content/uploads/2015/02/CIMA_Esta%CC%81ndares_internacionales_web-1.pdf).
- Centro de Coordinación de Alertas y Emergencias Sanitarias. “Información científica-técnica. Enfermedad por coronavirus, COVID-19”, 2020.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Resolución 1/2020. Pandemia y Derechos Humanos en las Américas, 10 de abril de 2020.
- \_\_\_\_\_. OEA/Ser.L/V/II.116. Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos. 22 de octubre de 2002, párr. 81.
- \_\_\_\_\_. “Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas”. <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>.
- \_\_\_\_\_. Resolución 04/2020. Derechos Humanos de las Personas con COVID-19, 27 de julio de 2020.
- Comité de Derechos Humanos. Libertad de circulación (art. 12): 02/11/99. CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, CCPR OBSERVACION GENERAL 27. (General Comments). <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1400.pdf>.

Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. "El COVID-19 no es excusa para la privación ilícita de libertad". <https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/HRC/Pages/NewsDetail.aspx?NewsID=25876&LangID=S> (Fecha de consulta: 1 de octubre de 2020).

\_\_\_\_\_. "Caso 'Instituto de Reeducción del Menor' vs. Paraguay". Sentencia del 2 de septiembre de 2004, párr. 156.

\_\_\_\_\_. "Caso Álvarez Ramos vs. Venezuela (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)". Sentencia del 30 de agosto de 2019, serie C, núm. 380, párr. 173.

\_\_\_\_\_. "Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala (Fondo)". Sentencia del 25 de noviembre de 2000, serie C, núm. 70, párr. 139.

\_\_\_\_\_. "Caso Comunidad Moiwana vs. Suriname (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)". Sentencia del 15 de junio de 2005, serie C, núm. 124, párr. 110.

\_\_\_\_\_. "Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)". Sentencia del 23 de agosto de 2018, serie C, núm. 359.

\_\_\_\_\_. "Caso de los 'Niños de la Calle' (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala". Sentencia del 19 de noviembre de 1999, serie C, núm. 63, párr. 144.

\_\_\_\_\_. "Caso García y Familiares vs. Guatemala (Fondo, Reparaciones y Costas)". Sentencia del 29 noviembre de 2012, serie C, núm. 258, párr. 100.

\_\_\_\_\_. "Caso Muelle Flores vs. Perú (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)". Sentencia del 6 de marzo de 2019, serie C, núm. 375, párr. 170.

\_\_\_\_\_. "Caso Tristán Donoso vs. Panamá (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)". Sentencia del 27 de enero de 2009, serie C, núm. 193, párr. 114.

\_\_\_\_\_. "Caso Vélez Restrepo y familiares vs. Colombia (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)". Sentencia del 3 de septiembre de 2012, serie C, núm. 248, párr. 220.

\_\_\_\_\_. "Caso Yarce y otras vs. Colombia (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas)". Sentencia del 22 de noviembre de 2016, serie C, núm. 325.

Decreto ejecutivo núm. 10, publicado en el *Diario Oficial* núm. 56, tomo 426, del 18 de marzo de 2020;

Decreto ejecutivo núm. 11, publicado en el *Diario Oficial* núm. 57, tomo 426, del 19 de marzo de 2020;

Decreto ejecutivo núm. 12, publicado en el *Diario Oficial* núm. 49, tomo 426, del 11 de marzo de 2020.

Decreto ejecutivo núm. 14, publicado en el *Diario Oficial* núm. 50, tomo 426, del 12 de marzo de 2020.

Decreto ejecutivo núm. 15, publicado en el *Diario Oficial* núm. 64, tomo 426, del 27 de marzo de 2020.

- Decreto ejecutivo núm. 16, publicado en el *Diario Oficial* núm. 72, tomo 427, del 10 de abril de 2020.
- Decreto ejecutivo núm. 21, publicado en el *Diario Oficial* núm. 84, tomo 427, del 27 de abril de 2020.
- Decreto ejecutivo núm. 24, del 9 de mayo de 2020, publicado en el *Diario Oficial* núm. 132, tomo 427, del 30 de junio de 2020.
- Decreto ejecutivo núm. 9, publicado en el *Diario Oficial* núm. 55, tomo 426, del 17 de marzo de 2020.
- Decreto legislativo núm. 587, publicado en el *Diario Oficial* núm. 54, tomo 426, del 16 de marzo de 2020.
- Decreto legislativo núm. 593, publicado en el *Diario Oficial* núm. 52, tomo 426, del 14 de marzo de 2020.
- Decreto legislativo núm. 606, publicado en el *Diario Oficial* núm. 60, tomo 426, del 23 de marzo de 2020.
- Decreto legislativo núm. 607, publicado en el *Diario Oficial* núm. 63, tomo 426, del 26 de marzo de 2020.
- Decreto legislativo núm. 611, publicado en el *Diario Oficial* núm. 65, tomo 426, del 29 de marzo de 2020.
- Decreto legislativo núm. 634 del 30 de abril de 2020, publicado en el *Diario Oficial* núm. 87, tomo 427, del 30 de abril de 2020.
- Decreto legislativo núm. 639 del 5 de mayo de 2020, publicado en el *Diario Oficial* núm. 91, tomo 427, del 7 de mayo de 2020.
- Decretos legislativos núms. 592 y 594, publicados en el *Diario Oficial* núm. 53, tomo 426, del 15 de marzo de 2020.
- Decretos legislativos núms. 615 y 616, publicados en el *Diario Oficial* núm. 69, tomo 427, del 2 de abril de 2020.
- Gobierno de El Salvador. "Hospital El Salvador ampliará su capacidad a 1 064 camas UCI para pacientes con COVID-19". <https://www.presidencia.gob.sv/hospital-el-salvador-ampliara-su-capacidad-a-1064-camas-uci-para-pacientes-con-covid-19/> (Fecha de consulta: 16 de septiembre de 2020).
- \_\_\_\_\_. "Situación Nacional COVID-19". <https://covid19.gob.sv> (Fecha de consulta: 14 de octubre de 2020).
- MSPAS 2005, ISSS Boletín 2005, Unidad de Estadísticas ISSS 2005, Hospital Militar obtenidos del perfil El Salvador, OPS-OMS, actualización 2001 y Salud para un país de futuro 2004-2009, OPS-OMS, y las entrevistas e informes recibidos de 10 hospitales privados en noviembre 2005.
- Oficina de las Naciones Unidas de Servicios para Proyectos, *Orientaciones Técnicas para la Planificación de Establecimientos Penitenciarios, Consideraciones técnicas y prácticas basa-*

*das en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas de Nelson Mandela)* (Copenhague: UNOPS, 2016).

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. "COVID-19: Los gobiernos deben promover y proteger el acceso y la libre circulación de la información durante la pandemia-Expertos internacionales". <http://www.oacnudh.org/covid-19-los-gobiernos-deben-promover-y-proteger-el-acceso-y-la-libre-circulacion-de-la-informacion-durante-la-pandemia-expertos-internacionales/> (Fecha de consulta: 20 de septiembre de 2020).

\_\_\_\_\_. "La COVID-19 y sus dimensiones de derechos humanos". <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/COVID-19.aspx> (Fecha de consulta: 20 de septiembre de 2020).

Organización Mundial de la Salud. "Vigilancia mundial de la infección humana por el nuevo coronavirus (2019-nCoV): orientaciones provisionales", 31 de enero de 2020. <https://apps.who.int/iris/handle/10665/330859> (Fecha de consulta: 15 de septiembre de 2020).

Organización Panamericana de la Salud/Organización Mundial de la Salud. *Perfil de los sistemas de Salud, El Salvador. Monitoreo y análisis de los procesos de cambio y reforma*. Washington, D. C.: OPS/OMS, 2006.

Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Amparo referencia 107-2009. Sentencia del 18 de febrero de 2011.

\_\_\_\_\_. Amparo referencia 545-2010. Sentencia del 25 de septiembre de 2013.

\_\_\_\_\_. *Hábeas Corpus* referencia HC. 148-2020. Sentencia del 8 de abril de 2020.

\_\_\_\_\_. Inconstitucionalidad referencia 7-2012. Sentencia del 16 de diciembre de 2013.

# La teoría de la ponderación como una herramienta útil para la defensa de los derechos humanos

The weighting theory as a useful argumentation tool for the defense of human rights

**Cesia Azul Ramírez Salazar\***

Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México  
Ciudad de México, México.  
[cesia.ramirez@cdhcm.org.mx](mailto:cesia.ramirez@cdhcm.org.mx)

Recibido: 13 de agosto de 2020.

Aceptado: 23 de noviembre de 2020.

---

\* Maestranda en Derecho, Especialista en derecho constitucional y licenciada en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Estancia y conclusión del Programa de Estudios Avanzados en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario en American University Washington College of Law. Jefa de Departamento de Investigación en la Dirección Ejecutiva de Información e Investigación en Derechos Humanos de la Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de 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

En el presente trabajo se realiza un ejercicio de argumentación jurídica mediante la teoría de la ponderación propuesta por Robert Alexy, con el fin de identificar si ésta es una herramienta útil para las y los operadores jurídicos cuando deben deliberar sobre la colisión de derechos. Con la intención de concluir que esta línea argumentativa abona a un escrutinio más estricto y objetivo de cada caso y, por lo tanto, salvaguarda los derechos humanos de las personas involucradas.

En ese sentido, a manera de ejemplo, se analizará la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso Gonzales<sup>1</sup> Lluy y otros vs. Ecuador, bajo las premisas propuestas por Alexy.

*Palabras clave:* argumentación, teoría de la ponderación, fórmula del peso, derechos humanos, operadores jurídicos.

## Abstract

In this paper, an exercise of legal argumentation is carried out, under the theory of weighting proposed by Robert Alexy, to identify whether it is a useful tool for legal operators when they must deliberate on the collision of rights. With the intention of concluding that this line of argument contributes to a stricter and more objective scrutiny of each case and, therefore, safeguards the human rights of the people involved.

In that sense, as an example, analyze the sentence issued by the Inter-American Court of Human Rights (hereinafter Court IDH) in the case of Gonzales Lluy and others vs. Ecuador, under the premises proposed by Alexy.

*Key words:* argumentation, weighting theory, weight formula, human rights, legal operators.

---

<sup>1</sup> La forma de escribir el apellido es conforme se documentó en la sentencia de la Corte IDH.

## Sumario

I. Introducción; II. Ponderación según Robert Alexy; III. Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador; IV. Sentencia emitida por la Corte IDH: derechos en colisión; V. Ejercicio de ponderación; VI. Conclusión; VII. Fuentes de consulta.

## I. Introducción

El presente artículo tiene el objetivo de analizar la *teoría de la ponderación* propuesta por el jurista alemán Robert Alexy, como una herramienta idónea para las y los operadores jurídicos con el fin de robustecer la argumentación de las determinaciones que se emitan en materia de derechos humanos cuando se presente una colisión de derechos. Para ello, se realiza un ejercicio práctico que retoma como ejemplo una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

En el primer apartado se explica la teoría de la *ley de ponderación* que desarrolló Alexy, el principio de proporcionalidad y la fórmula del peso, a fin de acercar los elementos esenciales de la teoría del jurista alemán.

Posteriormente se expone, a modo de ejemplo, el caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, apuntando los hechos y contextualizando los daños sufridos por Talía Gabriela Gonzales, quien fue víctima de violaciones a sus derechos humanos.

El siguiente punto por desarrollar son los argumentos que la Corte IDH esgrimió respecto de la colisión entre los derechos a la integridad personal y a la educación, así como la conclusión de la sentencia.

También, mediante un ejercicio práctico, se analiza una resolución emitida por la Corte IDH con la aplicación de la fórmula del peso de Robert Alexy, desglosando las variables y la designación del valor numérico de cada una de ellas.

Finalmente, se plantea una propuesta de la fórmula de peso, de acuerdo con la perspectiva de un derecho humano reforzado con un principio de carácter imperativo, para recomendar un cálculo que blinde, con mayor justificación, la sentencia emitida por la Corte IDH.

## II. Ponderación según Robert Alexy

La teoría formulada por Robert Alexy sobre la *ley de la ponderación* expone que los derechos fundamentales –o constitucionales– son principios, esto implica que su cumplimiento no es absoluto, sino que están sujetos a las condiciones de hecho y de derecho, conforme cada caso. Por lo tanto, los nombra *mandatos de optimización*.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Manuel Atienza Rodríguez, *Curso de argumentación jurídica* (España: Trotta, 2013), 249.

En tanto mandatos, los derechos fundamentales se ejercen en la mayor posibilidad que las circunstancias lo permiten, situación que se justifica a partir de un ejercicio argumentativo basado en la razón. Para ello, el jurista alemán propone utilizar el *principio de proporcionalidad* y la fórmula del peso.<sup>3</sup>

Explica que al haber dos principios en tensión se tendrá que preferir uno, con un escrutinio razonado, sin que ello signifique la invalidación del otro. Y aclara que este ejercicio sólo debe realizarse cuando necesariamente un principio deba superar al otro, en cuyo supuesto se asignan pesos a cada mandato, con el fin de evaluar sus dimensiones de aplicación.

Esta técnica argumentativa advierte que las juezas y los jueces pueden enfrentarse a casos difíciles en los que se presente la tasación de derechos, debiendo acudir a la *ley de la ponderación* bajo la premisa de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad comprende tres subprincipios, a saber: a) el de adecuación, el cual implica que la preferencia de un derecho debe abonar al cumplimiento de otro derecho o de un bien constitucionalmente protegido; b) el de necesidad, que apunta a que la elección de un principio es lo más beneficioso o menos lesivo de entre todas las posibilidades, y c) el principio de proporcionalidad, mismo que justifica, en sentido estricto, la preferencia de un derecho porque su grado de importancia es tal que, al elegirse, se subsana el incumplimiento del otro.<sup>4</sup>

En cuanto al tercer subprincipio, éste se integra de tres componentes que son: la ley de la ponderación, la fórmula del peso y las cargas de argumentación. La *ley de la ponderación* hace referencia al ejercicio de proporcionalidad como tal, es decir, acredita que el grado de satisfacción de un principio es mayor que el grado de afectación del otro.<sup>5</sup> Esta ley presenta variables que son el grado de afectación de los principios, el peso de éstos y la certeza de las apreciaciones fácticas.

Para la *fórmula del peso* Alexy propone un modelo de tres intensidades, a las cuales les asigna un valor numérico. El valor abstracto del principio y el grado de afectación los representa con niveles de leve, medio y grave; mientras que a las condiciones de hecho las califica como

---

<sup>3</sup> Atienza Rodríguez, *Curso de argumentación jurídica*.

<sup>4</sup> Jaime Cárdenas Gracia, *Argumentación jurídica* (México: Porrúa/Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2017), 137.

<sup>5</sup> Atienza Rodríguez, *Curso de argumentación jurídica*, 250.

plenas, regulares o nulas.<sup>6</sup> A esta operación se le han sumado otras variables, las cuales no se abordarán en el presente texto por considerar que las explicadas serán suficientes para realizar el ejercicio práctico propuesto.

Cuando al modelo tríadico (valor abstracto, grado de afectación y condiciones de hecho o fiabilidad fáctica) se le asigna su valor numérico y se pondera, da como resultado un cociente que apoya la elección de un principio conforme al mayor grado en número. Para explicar esta fórmula se propone el siguiente esquema:<sup>7</sup>

$$\frac{\text{Principio A: } Va \times Ga \times Ff}{\text{Principio B: } Va \times Ga \times Ff}$$

En donde:  
 Va = Valor abstracto  
 Ga = Grado de afectación (leve, medio o grave)  
 Ff = Fiabilidad fáctica (plena, regular o nula)

Sólo si existe un empate en el peso de los principios se acude a las *cargas de la argumentación*, que son puntos de inclinación para generar discusión y verificar el mayor consenso sobre la preferencia de uno u otro principio, para asignar nuevos valores numéricos que generen otra operación y cociente.

La propuesta del jurista alemán ha sido criticada por varios aspectos, entre ellos están los siguientes: la base para determinar un valor numérico a las variables de la ponderación; el carácter particular sobre el general, en la toma de decisiones, y la ponderación como método racional, así como su utilidad práctica.

La primera cuestión se refiere a la ambigüedad y a la falta de fundamento para fijar un valor abstracto a los derechos fundamentales; por ejemplo, el derecho a la libertad frente al derecho de honor, para una persona valdría más que se interfiriera en su voluntad a que se realizaran actos en contra de su nombre y viceversa. Por lo tanto, varios teóricos han juzgado duramente la proposición de Alexy, debido a que consideran que determinar un valor es un ejercicio subjetivo y depende de las preferencias y diversidades de cada persona.

<sup>6</sup> Atienza Rodríguez, *Curso de argumentación jurídica*, 250.

<sup>7</sup> Esquema propuesto por la autora, con base en las variables e intensidades expuestas por la teoría de Robert Alexy.

En ese sentido, Jürgen Habermas refirió que el modelo de ponderación sólo conlleva decisiones inestables y subjetivas. Para este filósofo, Alexy atenta contra el principio de seguridad jurídica, pues da pie a que sean otras necesidades y propósitos los que prevalezcan por encima de los derechos. De esa forma, a lo que Habermas apuesta es a la libre discusión de un caso, mediante las normas y no con un diálogo coercitivo como la fórmula propuesta por Alexy.<sup>8</sup>

Asimismo, para el jurista alemán Bernhard Schlink, el realizar un ejercicio de proporcionalidad no es racional, ya que se deja a la voluntad de cada juzgador, lo que se convierte en un proceso creativo y discrecional.<sup>9</sup>

El presente artículo busca justificar que la asignación de valores numéricos no limita la utilidad de la herramienta argumentativa propuesta por Alexy para resolver casos ante la vía judicial y no jurisdiccional, por el contrario, abona a la objetividad de las determinaciones. En los subsecuentes apartados esta postura se desarrollará con la ayuda de un ejercicio práctico.

La segunda crítica refiere que, al apostar porque cada caso se valore según las circunstancias propias, se soslaya el carácter general de las decisiones de las juezas, los jueces y las y los operadores del derecho, ocasionando una concepción *ad hoc* que podría conducir a la discrecionalidad en las determinaciones.

Sobre este punto José Juan Moreso discrepa de la postura de Alexy en su operación de ponderación, pues refiere que para llevarla a cabo siempre se tendría que resolver de manera individual, es decir, caso por caso, tornándose en una concepción particularista que reemplaza el modelo generalista de toma de decisiones. Por lo tanto, se elimina la posibilidad de enlazar diversas decisiones al tener que asignar un valor abstracto a cada variable en cada caso concreto.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> Michele Zezza, "La racionalidad de la ponderación judicial: análisis de las teorías de Robert Alexy y Riccardo Guastini", *Uc3m Working paper*, Materiales de Filosofía del Derecho, 18-03. Universidad Carlos III de Madrid (marzo 2018), <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/26545/WF-18-03.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (Fecha de consulta: 12 de octubre de 2020).

<sup>9</sup> Zezza, "La racionalidad de la ponderación judicial: análisis de las teorías de Robert Alexy y Riccardo Guastini" (12 de octubre de 2020).

<sup>10</sup> Miguel Carbonell (coord.), *El principio de proporcionalidad y protección de los derechos fundamentales*, (México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos/ Comisión Estatal de Derechos Humanos Aguascalientes, 2008), 68.

Con respecto a la pregunta sobre la utilidad de la ponderación y su racionalidad, los teóricos han sostenido que se basa en elementos ideológicos que justifican las decisiones de las y los juzgadores.<sup>11</sup>

Frente a las opiniones que cuestionan la ley de la ponderación y el principio de proporcionalidad es útil traer a colación la opinión de Manuel Atienza, quien señala:

La mala aplicación de un método o esquema de razonamiento o argumentación no es argumento contra ese método en sí, sino contra quienes lo malentienden o incorrectamente lo utilizan [...]

[...] En mi opinión, las tesis de fondo sobre la ponderación que sostiene Alexy son básicamente acertadas, pero la presentación que hace de las mismas no es del todo afortunada [...] se trata de un esquema puramente formal [...] no puede usarse más que como ayuda para resolver un problema, el de la ponderación que es fundamentalmente material y, por así decirlo, interpretativo.

[...] Mi sugerencia es, por tanto, la de no seguir a Alexy en su excesivo afán sistematizador, sino hacer un uso más pragmático y, por así decirlo, oportunista de esas ideas.<sup>12</sup>

En ese sentido, Atienza invita a que se le dé el justo sentido a la ley de ponderación de Alexy, como una herramienta argumentativa que permite un estudio concreto cuando dos derechos colisionan, identificando que tiene fallas –las llama *excesivo afán sistematizador*–, y por ello recomienda utilizar sus premisas de manera que sean provechosas. De ahí que identifique que la esencia de las propuestas de Alexy no sólo radica en una fórmula o en el aspecto matemático.<sup>13</sup>

### III. Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador

En este apartado se realizará una breve narración sobre los hechos del caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, resuelto por la Corte IDH, con la sentencia del 1 de septiembre de 2015,<sup>14</sup> la cual será objeto de estudio del presente ensayo, para realizar un ejercicio práctico con la teoría propuesta por Robert Alexy.

<sup>11</sup> Carbonell (coord.), *El principio de proporcionalidad y protección de los derechos fundamentales*, 41.

<sup>12</sup> Atienza Rodríguez, *Curso de argumentación jurídica*, 255-258.

<sup>13</sup> Atienza Rodríguez, *Curso de argumentación jurídica*, 255-258.

<sup>14</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)", Sentencia del 1 de septiembre de 2015, serie C, número 298.

Los hechos tienen su origen cuando la niña Talía Gonzales Lluy, nacida en Azuay, Ecuador, es contagiada del virus de VIH a la edad de tres años, mediante una transfusión de sangre, plasma que provenía del banco de sangre de la Cruz Roja, una clínica de carácter privado.

Cuando Talía cumplió cinco años fue inscrita a la educación básica en la escuela pública “Zoila Aurora Palacios”, asistiendo de forma regular. Sin embargo, cuando su profesora se enteró de que vivía con VIH se lo reportó al director, quien decidió limitar su acceso a la escuela hasta que las autoridades competentes determinaran lo procedente.<sup>15</sup>

Con respecto al derecho a la educación, su madre inició un recurso de amparo. En la audiencia del juicio las autoridades educativas argumentaron que la ley les otorgaba la facultad de adoptar medidas para resguardar a las y los alumnos del plantel ante la existencia de un riesgo, como la probabilidad de contagiarse de la enfermedad con la que vivía Talía.<sup>16</sup>

El tribunal que conoció del caso desestimó el recurso por considerar que los intereses colectivos debían prevalecer frente al derecho a la educación de la niña, y determinó que Talía podía recibir educación de manera particularizada. A partir de la expulsión de Talía del centro educativo y la decisión del tribunal que avaló su desprotección, ella tuvo que ser inscrita en más de cuatro escuelas, en las que una vez que se enteraban de que la niña vivía con VIH, la excluían de sus instalaciones.<sup>17</sup>

El 26 de junio de 2006, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) recibió la petición del caso, y tres años más tarde aprobó el informe de admisibilidad. Para el 5 de noviembre de 2015, la CIDH determinó la responsabilidad del Estado de Ecuador por la violación a los derechos a la vida digna, la integridad personal, las garantías judiciales y protección judicial en contra de Talía.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, párr. 133.

<sup>16</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, párr. 135.

<sup>17</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, párr. 273.

<sup>18</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, párr. 2.

Asimismo, consideró como víctimas indirectas a la madre y al hermano de Talía, y concluyó que se vulneraron sus derechos a la integridad psíquica y moral, a las garantías judiciales y protección judicial, por lo que emitió las recomendaciones correspondientes al Estado.<sup>19</sup>

Debido a un examen de la CIDH, sobre la necesidad de que las víctimas obtuvieran justicia, el 18 de marzo de 2014 presentó el caso ante la Corte IDH, sugiriendo la responsabilidad internacional del Estado, así como medidas de reparación.<sup>20</sup>

La Corte IDH declaró procedente el caso e inició las actuaciones correspondientes, y comenzó la discusión desde el 26 de agosto de 2015.<sup>21</sup>

#### IV. Sentencia emitida por la Corte IDH: derechos en colisión

Ahora se mencionarán los argumentos que la Corte IDH realizó en la sentencia en comento –emitida el 1 de septiembre de 2015– por cuanto hace a los derechos en colisión: a la integridad personal y a la educación.

La Corte IDH retomó la argumentación que realizó el tribunal de Ecuador en el recurso de amparo, respecto al conflicto de intereses del derecho a la integridad personal y a la educación, para reformular el razonamiento.

En un primer momento resaltó que el deber de proteger la integridad de las niñas y los niños que estudiaban en la escuela “Zoila Aurora Palacios” era un fin legítimo e imperioso, avalado por el *corpus iuris* interamericano y que, con la perspectiva del interés superior de la niñez, era constituidor de la dignidad humana y plataforma para el desarrollo integral de las niñas y los niños.<sup>22</sup>

Para dar soporte al enunciado, la Corte IDH recordó lo establecido en el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que prevé:

<sup>19</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, párr. 2.

<sup>20</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, párr. 3.

<sup>21</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, párr. 15.

<sup>22</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, párr. 268.

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de [persona] menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.<sup>23</sup>

En ese sentido, para el tribunal interamericano la defensa del derecho a la integridad de las niñas y los niños no constituyó un conflicto, sino la valoración que se realizó en relación con el derecho a la educación de Talía y las supuestas hemorragias que tenía, las cuales presuntamente colocarían en riesgo a las y los alumnos.<sup>24</sup>

Este órgano interamericano consideró que el Estado realizó una argumentación errónea, por los siguientes aspectos:<sup>25</sup>

- a) No tomó en cuenta la evidencia médica sobre la situación de salud de Talía.
- b) No justificó la necesidad de aislar a Talía.
- c) No hubo proporcionalidad en la decisión de limitar a Talía el acceso al centro educativo.

Con respecto al primer inciso, apuntó que el tribunal de Ecuador ignoró el informe médico del estado de salud de Talía, el cual la reportó con buenas condiciones hematológicas, además dio cuenta de que para el momento en que fue expulsada del centro educativo, no presentaba síntomas de la enfermedad con la que vivía.<sup>26</sup>

Por lo tanto, las determinaciones de las autoridades educativas y la resolución judicial partieron de prejuicios, presunciones y estereotipos en torno al VIH, debido a que en realidad no contaban con información que avalara que Talía podría contagiar a las compañeras y los compañeros de la escuela a la que asistía, asumiendo que la enfermedad podría trascender, sin que tuvieran el sustento para defender esa postura.

Ahora, sobre la necesidad de la medida de aislar a Talía, la Corte IDH determinó que el tribunal local debió llevar a cabo un examen de otras acciones que pudieran aplicarse al caso, para así elegir la menos lesiva para la víctima. Sin embargo, el órgano jurisdiccional sólo se limitó

---

<sup>23</sup> 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 19º.

<sup>24</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)", párr. 269.

<sup>25</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)", párr. 270-273.

<sup>26</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)", párr. 270.

a indicar que Talía debía recibir una *instrucción particularizada y a distancia*, sin considerar que el riesgo de contagio era mínimo. En consecuencia, no observó un razonamiento objetivo que sustentara la medida.<sup>27</sup>

En cuanto al aspecto de proporcionalidad, la Corte IDH refirió que el tribunal de Ecuador debió estudiar la relación entre el derecho a la educación de Talía y la finalidad de proteger a las niñas y los niños a partir de pruebas razonadas, así como verificar que no se constituyera un trato discriminatorio. La Corte Interamericana concluyó que no procedía limitar el derecho a la educación de Talía, al no probarse fehacientemente que su estancia en el colegio afectara la integridad personal de las y los alumnos; además, porque se podían aplicar otras medidas para que, de existir un riesgo de contagio, se velara por la vida de las compañeras y los compañeros sin excluir a la víctima; por ejemplo, con medidas de bioseguridad, que implicaban adaptar el entorno del centro educativo.<sup>28</sup>

En consecuencia, Talía asumió la carga del estigma sobre el VIH y sus supuestas implicaciones y riesgos de contagio. Asimismo, fue limitada en su derecho a la educación, al ser excluida de los centros educativos y se le discriminó al impedirle el ejercicio de un derecho, sin razón, ni argumentos proporcionales.<sup>29</sup>

El tribunal interamericano determinó que el Estado ecuatoriano violó el derecho a la educación en contra de Talía, ya que debió adaptar el entorno educativo con medidas de bioseguridad, a fin de garantizar su inclusión y, al mismo tiempo, proteger la integridad del alumnado.<sup>30</sup>

## v. Ejercicio de ponderación

En este apartado se hará un ejercicio de tasación entre el derecho a la integridad personal de las y los niños inscritos en la escuela “Zoila Aurora Palacios” y el derecho a la educación

<sup>27</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, párr. 271.

<sup>28</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, párr. 274.

<sup>29</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, párr. 273.

<sup>30</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, párr. 291.

de Talía Gonzales Lluy, con la ley de la ponderación y el principio de proporcionalidad propuestos por Robert Alexy, a partir de los argumentos sostenidos por la Corte IDH.

#### *a) Consideraciones del derecho a la integridad personal y del derecho a la educación*

Para iniciar el examen de la sentencia se estimó adecuado explicar el contenido de los derechos aludidos, según el estándar interamericano, a fin de proseguir con el ejercicio de ponderación y llegar a una conclusión.

De acuerdo con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el derecho a la integridad personal se traduce en el respeto a la plenitud física, psíquica y moral, y prohíbe la tortura, así como tratos crueles, inhumanos o degradantes.<sup>31</sup>

Del concepto aportado por este instrumento interamericano se observa que el derecho a la integridad personal vincula tres esferas de la persona.<sup>32</sup> La primera es el ámbito *físico*, que apunta la plenitud del cuerpo, el cual debe ser protegido contra lesiones o el menoscabo en la salud; la segunda alude al aspecto *psíquico*, que hace referencia a la integridad mental, y que se vincula con no ser afectada o afectado en la parte emotiva, anímica, o de la voluntad –aquí la Corte IDH ha apuntado, sobre todo, los casos de tortura, tratos crueles y desapariciones forzadas–, y la tercera es la *moral*, que advierte lo relacionado con la honra y el interior de la persona.

Como un atributo de los derechos humanos –el de la interdependencia– el derecho a la integridad personal guarda relación con otros, pero de forma especial está asociado con el derecho a la vida, aunque en diferente dimensión, debido a que el segundo alude a la existencia de la persona, mientras que el primero especifica su magnitud en forma física, psíquica y moral.<sup>33</sup>

Por otra parte, también es interdependiente con el derecho a la salud, cuya pretensión es que la persona goce al máximo que sea posible un estado benéfico. Comprende también todas las esferas de su ser, como se ha explicado en el derecho a la integridad personal.<sup>34</sup>

<sup>31</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 5º.

<sup>32</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 5º.

<sup>33</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones)”, Sentencia del 30 de noviembre de 2012, serie C, número 259, párr. 191.

<sup>34</sup> Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, adoptado por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos, en el 18º periodo ordinario de sesiones, San Salvador, El Salvador, 17 de noviembre de 1988, artículo 10º.

Sobre el derecho a la educación, el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé la necesidad de que los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) se logren de forma progresiva.<sup>35</sup> A su vez, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de DESC, conocido como Protocolo de San Salvador, señala el contenido de este derecho e indica que la enseñanza primaria debe ser gratuita y obligatoria; además, que la secundaria y superior, tendrán que ser accesibles, y en la medida de lo posible avanzar hacia su gratuidad.<sup>36</sup>

En forma particular, el Protocolo aludido contempla principios que deben conducir el quehacer de la enseñanza, tales como la dignidad, los derechos humanos, la justicia, la democracia, la paz, la tolerancia y la amistad, y promover el respeto por la diversidad y la multiplicidad de ideologías.<sup>37</sup> También aborda el derecho de las madres y los padres a decidir el tipo de instrucción que desean impartir a sus hijas e hijos, así como una educación inclusiva para las personas con discapacidad.<sup>38</sup>

A su vez, la Observación General núm. 13, emitida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, introduce los llamados *elementos institucionales* para el ejercicio de los derechos humanos, aludiendo a los siguientes componentes:<sup>39</sup>

- *Disponibilidad.* Es un aspecto cuantitativo que apunta a la suficiencia de centros educativos, así como del recurso humano para operar el sistema de enseñanza y contar con el material, como tecnología, servicios y espacios.
- *Accesibilidad.* Indica la posibilidad de alcanzar algo o *poder llegar a*. En relación con el derecho a la educación apunta al acceso de todas las personas a los servicios y bienes, para el ejercicio del derecho fundamental, no sólo de manera física sino también económica y con el principio de no discriminación.

De forma *física* porque las escuelas deben estar cerca de la población o hacer uso de los medios adecuados para ello, como la tecnología; de manera *económica*, al ser obligación que la educación primaria sea gratuita, y que la secundaria y superior progresen a tal estado; y finalmente, el principio de *no discriminación* refiere la

<sup>35</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 26º.

<sup>36</sup> Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", artículo 13º.

<sup>37</sup> Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", artículo 13º.

<sup>38</sup> Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", artículo 13º.

<sup>39</sup> Comité DESC, E/C.12/1999/10, Observación general núm. 13. El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto), 8 de diciembre de 1999, párr. 6.

obligación de asegurar que la enseñanza no se prohíba a ninguna persona por alguna de las categorías sospechosas (color, sexo, edad, raza, religión, discapacidad, etc.), en especial respecto de los grupos de atención prioritaria.

- *Aceptabilidad.* Es un elemento cualitativo que advierte la aprobación de la persona que ejerce el derecho, sobre las condiciones y la forma en que se imparte la educación, por ejemplo, en los métodos pedagógicos y didácticos, los cuales deben estar enfocados a la cultura y contexto de cada persona.
- *Adaptabilidad.* Este elemento indica la obligación de adecuar la enseñanza y los espacios conforme a las necesidades sociales, según la pluralidad de las personas y sus contextos; de esa forma el sistema educativo debe responder, realizando acciones que atiendan las exigencias y transformen los esquemas, para transitar a la inclusión.

De los componentes institucionales estudiados se desprendió el vínculo del derecho a la igualdad y no discriminación con el de la educación. Respecto del primer derecho, se ha sostenido como un principio *ius cogens*, es decir, como una norma imperativa de derecho internacional que no admite otra en contrario, para ello se advierte el siguiente criterio de la Corte IDH.

Sobre el principio de igualdad ante la ley y la no discriminación, la Corte ha señalado que la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, *el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del jus cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico.<sup>40</sup>

Cabe aclarar que el derecho a la integridad personal también tiene cierto matiz de norma *ius cogens*, pero relacionado con la prohibición de la tortura, impedimento absoluto frente a cualquier otro derecho o argumento que quisiera aludirse a favor de tal suplicio.

---

<sup>40</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Caso Espinoza González vs. Perú, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)", Sentencia del 20 de noviembre de 2014, serie C, número 298, párr. 216.  
N. de la ed.: La cursiva es énfasis de la autora.

## *b) Argumentación y la ley de la ponderación*

Habiendo desglosado, de forma sucinta, el contenido de los derechos que se pretenden analizar en este trabajo se retomarán los argumentos sostenidos por la Corte IDH con la postura de la ponderación, y así identificar esta teoría como una herramienta útil para que las y los operadores jurídicos determinen con más precisión fáctica y argumentativa la colisión de derechos.

Como se esgrimió en el primer apartado, la ley de la ponderación y el principio de proporcionalidad buscan acreditar que el grado de satisfacción de un derecho fundamental es mayor que el de afectación de otro. Para argumentar qué principio –o derecho fundamental– es el que debe prevalecer, se analizarán las variables: valor abstracto del principio, grado de afectación y fiabilidad de las condiciones de hecho. A tales variables se les asignará un número según la escala leve, medio o grave, así como plenas, regulares o nulas.<sup>41</sup>

En cuanto al primer elemento, el valor abstracto del principio, en la sentencia emitida por la Corte IDH, ésta aludió que el bien jurídico tutelado por el derecho a la integridad personal de la niña y el niño era legítimo e incluso primordial para la vida y el desarrollo integral de las alumnas y los alumnos de la escuela “Zoila Aurora Palacios”.

Con respecto al valor abstracto del derecho a la educación, el tribunal interamericano no abona mucho sobre la estima intrínseca del principio, sino de la limitación que avaló el Estado ecuatoriano, al relacionarlo con el principio de igualdad y no discriminación, indicando que Talía fue restringida en el ejercicio del derecho, por razones de estereotipo.

Se percibe que la Corte IDH debió ahondar en la tasación intrínseca del derecho a la educación, pues en su sentencia no condujo a desglosar el contenido propio del mismo, más que en el aspecto de adaptabilidad del centro educativo y el derecho de Talía de no ser discriminada; sin embargo, no desarrolló en sí el alcance de no ser educada en una institución, bajo los principios que el Protocolo de San Salvador prevé y la consecuencia en su desarrollo integral, cultural, intelectual, etcétera.

---

<sup>41</sup> Daniel G., Gorra, “Teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy: Sistema de ponderación de principios, [http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/teoria\\_de\\_la\\_argumentacion\\_juridica\\_alexey.pdf](http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/teoria_de_la_argumentacion_juridica_alexey.pdf) (fecha de consulta 15 de noviembre de 2018).

Por el argumento que sostuvo la Corte IDH, se considera que el valor abstracto que asignó al derecho a la integridad personal fue alto, debido a que lo relacionó con el interés superior de la niñez, así como con la vida y desarrollo personal, por lo cual en este ejercicio numérico se le determinará el número 4; mientras que al derecho a la educación se considera que por sí sólo no lo estimó en un nivel mayor, pero al relacionarlo con el principio de no discriminación se le fijará el número 2.

Referente a la segunda variable, que es el grado de afectación, se advierte que el tribunal interamericano esgrimió que de todas las medidas posibles a observar por parte del Estado ecuatoriano se eligió la más lesiva en contra del derecho a la educación de Talía, pues se le expulsó del centro educativo sin sopesar que se podrían aplicar otras, como las medidas de bioseguridad, que permitieran su inclusión y el bienestar de las alumnas y los alumnos.

En ese sentido, se considera que la Corte IDH concluyó que el grado de afectación del derecho a la educación fue mayor que al de la integridad personal, por lo cual al primero se le asignará el número 4, mientras que al segundo el 2, estimando que este tribunal también resaltó que el último derecho debe protegerse de manera imperiosa.

En cuanto a la tercer variable, la fiabilidad de hechos, el órgano interamericano apreció que la certeza fáctica de que Talía contagiara a sus compañeras y compañeros de VIH, o representara un riesgo inminente era nula, ya que no existía evidencia científica y objetiva que soportara tales posturas; por el contrario, los reportes médicos indicaron que se encontraba con buenas condiciones hematológicas y sin presentar síntomas de la enfermedad con la que vivía.

Se careció de certeza sobre el argumento de que la integridad personal de las y los niños estuviera en riesgo porque Talía estudiara en el mismo centro educativo, al no haber elementos médicos que avalaran esa postura, por el contrario, se tenía evidencia de las buenas condiciones de Talía para su estancia en la escuela.

En consecuencia, se asignará una certeza nula a la fiabilidad fáctica del derecho a la integridad personal, es decir, 1, y a la seguridad de hechos el 4, sobre el derecho a la educación, pues se contaban con diagnósticos médicos que daban cuenta del no riesgo de convivencia entre las niñas y los niños, así como la existencia de otras medidas de bioseguridad.

Con base en lo anterior, la fórmula del peso del presente caso quedaría de la siguiente forma:

Y:	Derecho a la integridad personal	$Va (4) \times Ga (2) \times Ff (1)$	$\frac{8}{32} = 0.25$
	Derecho a la educación	$Va (2) \times Ga (4) \times Ff (4)$	
	Derecho a la educación	$Va (2) \times Ga (4) \times Ff (4)$	$\frac{32}{8} = 4$
	Derecho a la integridad personal	$Va (4) \times Ga (2) \times Ff (1)$	

Derecho a la integridad personal  $0.25 < 4$  Derecho a la educación

De la ponderación de los principios resultó que prevalece el derecho a la educación, porque de la aplicación de la fórmula de peso se desprende que tiene mayor asignación numérica, al multiplicar todas las variables y realizar la división correspondiente, dando un cociente de 4, que es mayor al de 0.25.

De esa forma se avala que la Corte IDH realizó un razonamiento argumentativo que logra justificarse bajo la ley de la ponderación y fórmula del peso propuestos por Robert Alexy, lo que permite otro modo de analizar de una sentencia y sus elementos, de una manera abstracta y objetiva, que pueda ser explicada de forma esquemática para su comprensión.

Con este ejercicio práctico se puede identificar que la teoría de la ponderación es un herramienta idónea para esgrimir y argumentar casos de violaciones a derechos humanos en los que colisionen derechos, para que mediante las premisas propuestas por Alexy –como la fórmula de peso– se analicen los elementos fácticos y legales de manera objetiva y se arribe a una determinación que sea razonada, justificada y explicada en términos concretos.

Asimismo, se refleja que la asignación de valores numéricos no afecta la utilidad de esta herramienta para la resolución de casos pues, como se advirtió en el ejercicio práctico, esta determinación se realiza con base en el contenido propio de cada derecho, sus atributos y elementos, el contexto y las evidencias fácticas; apartando las valoraciones subjetivas.

A esta fórmula sólo se realizaría una crítica, y es que carece de un método para sopesar el valor abstracto de los principios y para vincular los elementos sustanciales; por ejemplo,

en el caso del derecho a la educación en la sentencia esgrimida, necesariamente debe estudiarse con la perspectiva del derecho a la no discriminación, como una norma *ius cogens* que no admite otra en contrario.

Asimismo, en relación con la sentencia emitida por la Corte IDH, es preciso indicar que omitió argumentar el carácter de *ius cogens* del principio de no discriminación para brindar mayor apoyo a su determinación; pues al aludir a esta naturaleza imperativa se hubiera blindado de refutaciones que procedieran sobre el valor abstracto del principio y de los bienes jurídicos que se tutelan.

Aludiendo al carácter de *ius cogens* del derecho a la no discriminación, vinculado con el derecho a la educación, se propondría la siguiente fórmula:

Derecho a la integridad personal	$Va (4) \times Ga (1) \times Ff (1)$	4	= 0.125
Derecho a la educación	$Va (4) \times Ga (4) \times Ff (2)$	32	
Y:			
Derecho a la educación, con perspectiva de no discriminación	$Va (4) \times Ga (4) \times Ff (2)$	32	= 8
Derecho a la integridad personal	$Va (4) \times Ga (1) \times Ff (1)$	4	

Derecho a la integridad personal 0.125 < 8 Derecho a la educación

Si bien el resultado es el mismo, en tanto que prevalece el derecho a la educación, es claro que la diferencia de los cocientes es considerable, lo que blindaría con mayor autoridad argumentativa a la sentencia emitida en el caso.

De lo anterior se concluye que la ley de la ponderación y la fórmula del peso de Robert Alexy son herramientas argumentativas útiles para soportar una determinación jurídica y explicarla de manera abstracta y objetiva; sin embargo, cabe decir que debe ser robustecida para realizar un análisis integral y con enfoques particulares, como lo son las perspectivas de discapacidad, el principio de no discriminación, entre otras.

## VI. Conclusión

Robert Alexy propone entender a los derechos fundamentales como principios, lo que significa que no tienen un carácter de cumplimiento absoluto, sino que su satisfacción será en la mayor medida posible, por ello los llama *mandatos de optimización*.

En ese tenor, expone que la y el operador jurídico, ante la colisión de mandatos, tendrán que preferir alguno, para ello propone observar el principio de proporcionalidad, el cual se compone de tres subprincipios, a saber: adecuación, necesidad y principio de proporcionalidad en sentido estricto.

El tercer subprincipio, a su vez, se integra por la *ley de la ponderación*, la *fórmula del peso* y las *cargas de argumentación*. En cuanto a la fórmula del peso, es un ejercicio numérico en el que se consideran las variables de valor abstracto del principio, grado de afectación y fiabilidad fáctica, asignándole un valor a cada uno, para obtener un cociente como resultado que permita concluir que un principio es preferible sobre el grado de cumplimiento de otro.

Para analizar si la teoría aludida resulta una herramienta útil para las y los operadores jurídicos, a fin de argumentar una resolución cuando colisionen derechos se realizó un ejercicio práctico con la sentencia del caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador, dictada por la Corte IDH.

En principio resultó necesario explicar los hechos que apuntaron sobre la limitación del ejercicio del derecho a la educación de una niña llamada Talía Gonzales, por vivir con VIH. Asimismo, de forma general se indicaron los argumentos que esgrimió el tribunal interamericano sobre el asunto.

Posteriormente, al realizar la prueba de ponderación con los elementos de la sentencia señalada se logró observar que hubo una adecuación entre la conclusión de la Corte IDH sobre preferir el derecho a la educación y el resultado de la fórmula del peso bajo el examen de las variables de valor abstracto del principio, grado de afectación y fiabilidad fáctica.

Entonces, se logró concluir que la teoría de la ponderación es un elemento útil para las y los operadores jurídicos, la cual abona a blindar sus determinaciones y colabora para que éstas sean razonadas, justificadas y objetivas.

Sin embargo, también se identificó que la Corte IDH debió aludir en forma más detallada sobre el valor abstracto del derecho a la educación y el carácter de *ius cogens* del principio

de no discriminación, con el fin de fortalecer sus argumentos a favor del privilegiar este derecho, y con ello despejar dudas que surgieran sobre la causa que conllevó a ponderar un derecho y no otro.

Por otra parte, se dedujo que con la fórmula del peso es difícil asignar un número a la estima intrínseca de un principio, y más cuando éste se encuentra relacionado con enfoques de derechos humanos, como discapacidad, grupos de atención prioritaria, normas *ius cogens*, entre otras.

No obstante, es preciso indicar que la ley de la ponderación y el principio de proporcionalidad, propuestos por Robert Alexy, son útiles para realizar ejercicios argumentativos, los cuales pueden ser perfectibles.

## VII. Fuentes de consulta

### Bibliográficas

- Atienza Rodríguez, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*. España: Editorial Trotta, 2013.
- Carbonell, Miguel, coord. *Argumentación jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*. México: Editorial Porrúa, 2011.
- \_\_\_\_\_. *El principio de proporcionalidad y protección de los derechos fundamentales*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos/Comisión Estatal de Derechos Humanos Aguascalientes, 2008.
- Cárdenas Gracia, Jaime. *Argumentación jurídica*. México: Editorial Porrúa/Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2017.
- Fabra Zamora, Jorge Luis, y Leonardo García Jaramillo, coords. *Filosofía del derecho constitucional. Cuestiones fundamentales*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.
- Gorra, Daniel G. "Teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy: Sistema de ponderación de principios". <https://jifa.files.wordpress.com/2012/01/gorra-daniel.pdf> (Fecha de consulta: 15 de noviembre de 2018).
- Nava Tovar, Alejandro. *La institucionalización de la razón. La filosofía del derecho de Robert Alexy*. México: Editorial Anthropos, 2015.

### Artículo de revista

- Alexy, Robert. "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad". *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. Trad. de Rubén Sánchez Gil, núm. 11 (enero-junio 2009): 3-14.

### *Tratados*

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.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador". Adoptado en el décimo octavo periodo de sesiones. San Salvador, El Salvador, 17 de noviembre de 1988.

### *Observaciones de organismos internacionales*

Comité DESC. E/C.12/1999/10. Observación general 13. El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto), 8 de diciembre de 1999.

### *Sentencias*

Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)". Sentencia de 20 de noviembre de 2014, serie C, número 298.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Caso González Lluy y otros vs. Ecuador (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)." Sentencia de 1 de septiembre de 2015, serie C, número 289.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones)". Sentencia del 30 de noviembre de 2012, serie C, número 259.

# El derecho a la educación de las niñas, los niños y las y los adolescentes y la violencia familiar durante la pandemia de COVID-19

The right to education of girls, boys and teenagers and the context of violence during the COVID-19 pandemic

**Michelle Guerra Sastré\***

Profesora de la Universidad Iberoamericana.

Ciudad de México, México.

[michelleguerrera@gmail.com](mailto:michelleguerrera@gmail.com)

---

\* Doctoranda en Derecho con especialización en Derecho de Menores por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), maestra y especialista en Derechos Humanos y Democracia por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales sede México (Flacso México) y licenciada en Derecho por la UNAM. Es profesora de asignatura en la licenciatura en Derecho y la maestría en Derechos Humanos de la Universidad Iberoamericana. Fue parte del grupo de expertos convocado por la jefa de Gobierno de la Ciudad de México para generar el marco de actuación en materia del derecho al libre tránsito y la libertad de expresión.

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 presente ensayo expone la situación que las niñas, los niños y las y los adolescentes están viviendo en el ámbito educativo, el cual se está desarrollando en casa debido a la pandemia de COVID-19; y el contexto de violencia familiar latente. Ello a la luz de los estándares internacionales y nacionales de derechos humanos con el fin de realizar un ejercicio crítico de las medidas estatales para garantizar los derechos de la infancia y la adolescencia. Los derechos en los que se centra el análisis son: a la educación y a la vida libre de violencia conforme a los principios rectores para la protección de la niñez.

*Palabras clave:* Infancia, niñez, adolescencia, COVID-19, derechos humanos.

## Abstract

This essay exposes the latent situation that girls, boys and teenagers are living in the educational environment, which is developing at home due to COVID-19 pandemic; and the context of latent family violence. This in the light of international and national standards of human rights in order to carry out a critical exercise of the state measures to guarantee the rights of children and adolescents. The rights that the analysis focuses on are: to education and a life free of violence in accordance with the guiding principles for the protection of children.

*Keywords:* Infancy, childhood, adolescence, COVID-19, human rights.

## Sumario

I. Introducción; II. Sobre el derecho a la educación de las niñas, los niños y las y los adolescentes; III. Sobre la violencia en el contexto familiar durante la pandemia; IV. Conclusiones; V. Bibliografía.

## I. Introducción

En el contexto de la pandemia, los derechos de las niñas, los niños y las y los adolescentes han sido limitados. Se ha construido una idea centrada en que, en general, las personas más jóvenes no son inermes a la enfermedad, pero son un foco de contagio, y por tanto sus derechos, como a la educación, pueden ser soslayados derivado de la emergencia sanitaria latente.

Ya sea por el incumplimiento de las obligaciones atribuibles directamente al Estado en materia de infancias y por otros factores como la exclusión y la desigualdad que se han acentuado, ampliado y evidenciado, la niñez está padeciendo los efectos de la pandemia de forma cruenta, lo que ha culminado en un ambiente de violencia.

En este trabajo se aborda el contexto de las niñas, los niños y las y los adolescentes que permanecen en el hogar en relación con las dinámicas escolares, exponiendo cómo están viviendo dicha etapa de confinamiento y analizando si su derecho a la educación se ha garantizado. Asimismo, se advierte el contexto de violencia familiar que se ha incrementado como producto de la pandemia.

En el desarrollo del texto se coloca en el centro a las niñas, los niños y las y los adolescentes al reconocerles como personas titulares de derechos y emplear el interés superior de la niñez como derecho sustantivo y el principio de interpretación y norma de procedimiento para el análisis sobre la garantía, el respeto y la protección de sus derechos.

## II. Sobre el derecho a la educación de las niñas, los niños y las y los adolescentes

El enfoque de derechos humanos permite instrumentar conceptos utilizados en los derechos humanos como son los principios de universalidad, interdependencia e indivisibilidad; las obligaciones generales del Estado; los elementos institucionales de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad; así como los principios de progresividad y no regresión.<sup>1</sup>

Como principios y derechos transversales al derecho a la educación está el interés superior de la niñez y el derecho de prioridad. Sobre el primero el Comité de los Derechos del Niño refiere que tiene tres dimensiones: es un derecho sustantivo que conlleva que se considere

---

<sup>1</sup> Sandra Serrano y Daniel Vázquez, *Los derechos humanos en acción* (México: Flacso México, 2013), 3-13 y 83.

de forma primordial a las niñas, los niños y las y los adolescentes cuando se deban tomar decisiones; es un principio jurídico interpretativo que implica que se elija la interpretación más protectora y efectiva para la niñez; y es una norma de procedimiento, la cual impone a las instituciones un deber de verificar las repercusiones positivas y negativas cuando se tomen decisiones que involucren a niñas, niños y adolescentes.<sup>2</sup>

Por su parte, el contenido esencial del derecho de prioridad, vinculado al interés superior de la niñez como derecho sustantivo, conlleva que se les proteja y socorra en cualquier circunstancia con antelación a otras personas, y a su vez que se les considere para el proceso de creación de políticas públicas destinadas a la protección de los derechos de la infancia y la adolescencia.<sup>3</sup>

El interés superior de la niñez le impone al Estado un deber reforzado de adoptar las medidas necesarias para el respeto, la protección, la garantía y la promoción de los derechos humanos de este grupo de atención prioritaria. Lo anterior no supone anular la voluntad o asumir una posición tutelarista sino reconocerles como personas titulares de derechos que requieren de una mediación adulta de acuerdo con su edad, madurez y desarrollo cognitivo, a la par que se protege y respeta su autonomía progresiva.<sup>4</sup>

Al mismo tiempo que el interés superior de la niñez se debe observar el principio y derecho a la igualdad y no discriminación, el cual “se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona”.<sup>5</sup>

La igualdad está intrínsecamente relacionada con la prohibición de discriminación, que implica que no se hagan distinciones arbitrarias basadas en el sexo, el género, la edad, la apariencia física, el idioma, el origen étnico, la discapacidad, la orientación o identidad sexual, la condición social o económica, o cualquier otra que limite o restrinja los derechos de las personas.<sup>6</sup>

<sup>2</sup> Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/GC/14, Observación General 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, 29 de mayo de 2013.

<sup>3</sup> Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del 4 de diciembre de 2014 (*Diario Oficial de la Federación*, última reforma del 17 de octubre de 2019).

<sup>4</sup> Comisión Nacional de los Derechos Humanos y Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, *Orientaciones para las áreas especializadas en los derechos de niñas, niños y adolescentes de los organismos públicos de derechos humanos* (México: CNDH-Unicef, 2020), 24, [https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Programas/Ninez\\_familia/Material/cuad-OrientacionesDNyA-OPDH.pdf](https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Programas/Ninez_familia/Material/cuad-OrientacionesDNyA-OPDH.pdf) (Fecha de consulta: 28 de julio de 2020).

<sup>5</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, “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.

<sup>6</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Constitución Política de la Ciudad de México, Convención Americana sobre Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En las cláusulas de igualdad de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes<sup>7</sup> y la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>8</sup> se agrega la prohibición de discriminación por circunstancias de nacimiento y se extiende a cualquier otra condición atribuible no sólo a las niñas, los niños y las y los adolescentes sino a su madre, padre, persona tutora o quien está a cargo de la guarda y custodia. También se establecen las obligaciones del Estado de atender la interseccionalidad en la discriminación y llevar a cabo medidas de igualdad entre dichas acciones afirmativas.<sup>9</sup>

En tal sentido, el derecho a la educación debe estar basado en un enfoque de derechos humanos, igualdad sustantiva y no discriminación al promover el libre desarrollo de la personalidad y adecuar los programas a la edad de las niñas, los niños y las y los adolescentes con una mirada garantista.<sup>10</sup> Es un derecho cuyo ejercicio ha de permitir la emancipación y protección contra la explotación y la violencia.<sup>11</sup>

Sobre los elementos del derecho a la educación, de los instrumentos nacionales<sup>12</sup> e internacionales<sup>13</sup> se desprende que debe ser:

- a) Disponible, lo cual se vincula con la suficiencia de las instituciones, programas y materiales de enseñanza.
- b) Accesible en tres dimensiones: la primera sin discriminación basada en las categorías prohibidas; la segunda con accesibilidad física a las instalaciones y herramientas, incluidas las virtuales; y la tercera económicamente, que implica que esté al alcance de todas las personas, sea gratuita en el nivel básico y progresivamente los Estados impulsen la gratuidad en los niveles superiores.

<sup>7</sup> Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, artículo 39.

<sup>8</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 44/25, 20 de noviembre de 1989, artículo 2º.

<sup>9</sup> Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, artículos 40-42.

<sup>10</sup> Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, artículo 57.

<sup>11</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, E/C.12/1999/10, Observación General 13. El derecho a la educación, 8 de diciembre de 1999, párr. 1.

<sup>12</sup> Se utilizaron los siguientes instrumentos jurídicos para la construcción del estándar: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, artículos 57 y 58; y Constitución Política de la Ciudad de México.

<sup>13</sup> Se utilizaron los siguientes instrumentos jurídicos para la construcción del estándar: Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 28 y 29; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 13; Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre los Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), artículo 13; Observación General núm. 13 del Comité DESC, y Observación General núm. 1 del Comité de los Derechos del Niño.

- c) Aceptable para las niñas, los niños y las y los adolescentes considerando el contexto cultural y la pertinencia de los contenidos.
- d) De calidad,<sup>14</sup> tanto en el diseño, la implementación y la capacitación para la impartición.<sup>15</sup>

Además, se deberán implementar medidas de nivelación e inclusión y acciones afirmativas, y aplicar los enfoques diferenciados necesarios para garantizar el acceso efectivo a la educación de todas las personas, observando especialmente a los grupos de atención prioritaria por razón de edad, género, discapacidad, condición de salud, condición socioeconómica, origen étnico, situación migratoria, etc. Asimismo, prever estrategias para evitar el abandono escolar, detectar y prevenir violencias en el hogar, e impulsar el bienestar general de las niñas, los niños y las y los adolescentes;<sup>16</sup> aunado a que para materializar el cumplimiento del derecho a la educación se deberán designar los recursos presupuestarios suficientes.

Es relevante mencionar que las instituciones educativas dentro de los sistemas para el combate a la violencia en contra de niñas, niños y adolescentes, y en específico contra las mujeres, tienen un papel preventivo que resulta fundamental.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en su Resolución 1/2020 Pandemia y derechos humanos en las Américas;<sup>17</sup> y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Unicef) en las recomendaciones para México sobre el nuevo coronavirus<sup>18</sup> sugirieron algunas medidas de las cuales destacan: poner atención al impacto diferenciado de las medidas de emergencia para los grupos históricamente excluidos, buscar la cooperación internacional para el intercambio de buenas prácticas en materia de educación y combate a la violencia, y garantizar los derechos de las niñas, los niños y las y los adolescentes

<sup>14</sup> Si bien la Observación General núm. 13 del Comité DESC incluye dentro de los elementos institucionales la adaptabilidad, el contenido de este elemento se incluye en el de aceptabilidad y se agrega la calidad como un elemento independiente debido a la relevancia para el cumplimiento de los derechos de forma integral.

<sup>15</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, E/C.12/1999/10, Observación General 13. El derecho a la educación, párr. 6.

<sup>16</sup> Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, artículos 57-59. Convención sobre los Derechos del Niño, artículo 28.

<sup>17</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución 1/2020. Pandemia y derechos humanos en las Américas, 10 de abril de 2020, <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf> (Fecha de consulta: 16 de julio de 2020).

<sup>18</sup> Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, "Urge reforzar la protección de niñas, niños y adolescentes en México ante el incremento de la violencia contra la infancia", 18 de mayo de 2020, <https://www.unicef.org/mexico/comunicados-prensa/unicef-urge-reforzar-la-proteccion-de-ni-nas-y-adolescentes-en-mexico-ante> (Fecha de consulta: 27 de septiembre de 2020).

de forma prioritaria poniendo atención a aquellos que no cuentan con cuidados familiares y asegurando en la medida de lo posible los vínculos familiares y comunitarios.<sup>19</sup>

Sobre la educación refieren el deber de los Estados de disponer de mecanismos que además de permitir la accesibilidad estimulen el desarrollo de acuerdo con la edad, aunado a que deben ser una herramienta para prevenir la violencia en el hogar y en su caso facilitar los medios de denuncia para la atención y sanción de la violencia intrafamiliar.<sup>20</sup>

### *Ejercicio crítico en torno al derecho a la educación*

La primera medida establecida como parte del plan de emergencia por la contingencia sanitaria en México fue la suspensión de clases en el nivel básico (preescolar, primaria y secundaria), a la cual se sumaron las escuelas de educación media superior (bachillerato) y superior (licenciatura y posgrado).<sup>21</sup>

Si bien estaba previsto que las clases reiniciaran el 1 de abril de 2020, el plazo se fue ampliando hasta que en mayo se decretó que, derivado de que el sector público educativo no es una actividad esencial, no podría activarse hasta que cada región se encontrara en semáforo verde.<sup>22</sup> En consecuencia, las actividades educativas se trasladaron al hogar y se tradujeron en ver las clases por televisión entre 15 minutos a dos horas diarias, resolver ejercicios virtuales, estudiar materiales digitales, ver videos, asistir a clases en línea y otras herramientas que incluyen la técnica de ludificación.<sup>23</sup>

Sin embargo, las acciones implementadas para terminar el ciclo escolar han sido diferentes en el sector público y en el privado. Si bien respecto del segundo existe la obligación de las autoridades de supervisar que se cumplan los objetivos del sistema educativo nacional,

<sup>19</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución 1/2020. Pandemia y derechos humanos en las Américas.

<sup>20</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución 1/2020. Pandemia y derechos humanos en las Américas.

<sup>21</sup> Acuerdo número 02/03/20 por el que se suspenden las clases en las escuelas de educación preescolar, primaria, secundaria, normal y demás para la formación de maestros de educación básica del Sistema Educativo Nacional, así como aquellas de los tipos medio superior y superior dependientes de la Secretaría de Educación Pública del 16 de marzo de 2020 (*Diario Oficial de la Federación*, publicado el 16 de marzo de 2020).

<sup>22</sup> Acuerdo número 12/06/20 por el que se establecen diversas disposiciones para evaluar el ciclo escolar 2019-2020 y cumplir con los planes y programas de estudio de Educación Básica (preescolar, primaria y secundaria), Normal y demás para la formación de maestros de Educación Básica aplicables a toda la República, al igual que aquellos planes y programas de estudio del tipo Medio Superior que la Secretaría de Educación Pública haya emitido, en beneficio de los educandos del 5 de junio de 2020 (*Diario Oficial de la Federación*, publicado el 5 de junio de 2020).

<sup>23</sup> Gobierno de México, "Aprende en Casa", <https://www.aprendeencasa.mx/aprende-en-casa/niveles/secundaria/index.html> (Fecha de consulta: 26 de julio de 2020).

este documento se ocupa de las acciones en el sector público, el cual promovió el programa Aprende en Casa.

Las herramientas elegidas en este programa fueron aplicaciones como Google Classroom y Microsoft Teams, videos en YouTube y transmisión de las clases para cada uno de los grados escolares, entre otras, cuyo uso exige contar con computadora o dispositivo móvil, televisión o radio, así como con internet y por supuesto electricidad.<sup>24</sup>

Como consecuencia de dichas medidas, en México más de 25 millones de niñas, niños y adolescentes de educación básica están siendo afectados.<sup>25</sup> Algunas preocupaciones que ha señalado Unicef en materia educativa son la probabilidad de deserción, la pérdida de los beneficios en materia alimentaria por los programas de nutrición escolar, la falta de calidad y el retraso en el aprendizaje,<sup>26</sup> a los que se agrega la ruptura de las redes para la convivencia social con sus pares, amistades, noviazgos, docentes, consejería escolar, etcétera.

Para el ciclo escolar 2020-2021 se prevé que se utilicen los materiales de Talleres emergentes de formación docente. Itinerarios para el re-encuentro y Sugerencias de regreso a las escuelas en educación básica y media superior,<sup>27</sup> que tienen como objetivo hacer un diagnóstico y en su caso nivelar los aprendizajes de las y los estudiantes, así como la detección temprana de síntomas de COVID-19, con la participación de las madres y los padres.

Las medidas previstas por las autoridades educativas para el respeto, protección, garantía y promoción del derecho a la educación deben ser acordes a los estándares más altos en la materia. Es así que la educación debe permitir el desarrollo armónico de las facultades de la persona, fomentando valores como el respeto a los derechos y libertades, así como una cultura de paz y solidaridad.<sup>28</sup> No basta con que se implementen medidas sino que éstas han de ser efectivas.

---

<sup>24</sup> Gobierno de México, "Aprende en Casa".

<sup>25</sup> Secretaría de Educación Pública, "Sistema Interactivo de Consulta de Estadística Educativa. Ciclo escolar 2019-2020", <https://www.planeacion.sep.gob.mx/principalescifras/> (Fecha de consulta: 13 de octubre de 2020).

<sup>26</sup> Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, "No dejemos que los niños sean las víctimas ocultas de la pandemia de COVID-19", 10 abril 2020, <https://www.unicef.org/es/comunicados-prensa/no-dejemos-ninos-sean-victimas-ocultas-de-la-pandemia-covid-19> (Fecha de consulta: 26 de julio de 2020).

<sup>27</sup> Secretaría de Educación Pública, "Comunicado conjunto No. 5 Iniciará el ciclo escolar 2020-2021 con base en el semáforo epidemiológico de cada entidad", 9 de julio de 2020, <https://www.gob.mx/sep/es/articulos/comunicado-conjunto-no-5-iniciara-el-ciclo-escolar-2020-2021-con-base-en-el-semaforo-epidemiologico-de-cada-entidad?idiom=es> (Fecha de consulta: 26 de julio de 2020).

<sup>28</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 5 de febrero de 1917 (*Diario Oficial de la Federación*, última reforma del 8 de mayo de 2020), artículo 3º, párrafo cuarto.

La Secretaría de Educación Pública (SEP) por medio de su titular dio a conocer que 85% de las y los estudiantes de educación básica tuvieron contacto con el personal docente;<sup>29</sup> sin embargo, no se han reportado datos sobre cómo se llevó a cabo esta comunicación y cuales fueron la finalidad y los resultados.

Las calificaciones del tercer periodo no fueron consecuencia de las tareas que las y los estudiantes realizaron desde casa sino del promedio resultante de las calificaciones de los dos primeros periodos; sólo para aquellas personas estudiantes a quienes beneficiara se les asentarían las calificaciones de las tareas realizadas a distancia.<sup>30</sup>

En relación con lo anterior, en la consulta Infancias Encerradas 76% de las y los participantes expresaron que durante el tiempo que han estado en sus hogares sin acudir a la escuela las tareas académicas les han absorbido la mayor parte de su tiempo y 30% manifestó que no logra acabarlas. Las problemáticas que tuvieron para acceder a la educación virtual están vinculadas con la falta de computadoras; la falta de apoyo docente; las distracciones de las niñas, los niños y las y los adolescentes por la nueva dinámica; la falta de conocimientos y la falta de material didáctico.<sup>31</sup>

La SEP estima que 32 millones de personas están accediendo al programa Aprende en Casa –la cifra está basada en la audiencia de la televisión abierta y de paga, así como en el acceso a la página web– y afirma que “se llega a la gran mayoría de niñas y niños del país, independientemente de su situación económica”.<sup>32</sup>

En tal sentido, se procederá a examinar cada elemento del derecho a la educación en relación con las medidas gubernamentales adoptadas en México.

En cuanto al elemento de disponibilidad del derecho a la educación, si bien se eligieron diversos medios como televisión, radio y una plataforma digital para la transmisión de cla-

---

<sup>29</sup> Secretaría de Educación Pública, “Boletín No. 145 Concluyen clases a distancia a través del Programa Aprende en Casa: SEP”, 4 de junio de 2020, <https://www.gob.mx/sep/es/articulos/boletin-no-145-concluyen-clases-a-distancia-a-traves-del-programa-aprende-en-casa-sep?idiom=es> (Fecha de consulta: 26 de julio de 2020).

<sup>30</sup> Secretaría de Educación Pública, “Boletín No. 145 Concluyen clases a distancia”.

<sup>31</sup> Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México, *#InfanciasEncerradas Consulta a niñas, niños y adolescentes/ Reporte de la Ciudad de México* (México: CDHCM, 2020), [https://cdhcm.org.mx/wp-content/uploads/2020/07/InfanciasencerradasCDMX\\_FINA.pdf](https://cdhcm.org.mx/wp-content/uploads/2020/07/InfanciasencerradasCDMX_FINA.pdf) (Fecha de consulta: 13 de octubre de 2020).

<sup>32</sup> Secretaría de Educación Pública, “Boletín No. 258 Cuenta Aprende en Casa II con una audiencia cercana a los 32 millones de personas: SEP”, 25 de septiembre de 2020, <https://www.gob.mx/sep/es/articulos/boletin-no-258-cuenta-aprende-en-casa-ii-con-una-audiencia-cercana-a-los-32-millones-de-personas-sep?idiom=es> (Fecha de consulta: 15 de octubre de 2020).

ses, no han sido suficientes para alcanzar a todas las infancias debido a que se requiere allegarles de otros elementos previos, como tecnologías de la información y comunicación, para hacer realizable el aprendizaje por las herramientas propuestas para suplir las clases presenciales.

La accesibilidad tampoco se ha cumplido. De acuerdo con la Encuesta Nacional sobre Disponibilidad y Uso de Tecnologías de la Información en los Hogares (ENDUTIH), 76% de la población urbana es usuaria de internet, en tanto que en la zona rural sólo 47.7% de la población lo es. De los tres principales medios de conexión el teléfono inteligente es utilizado por 95.3%, la computadora portátil por 33.2% y la computadora de escritorio por 28.9 por ciento.<sup>33</sup>

Es evidente la falta de acceso a internet y de dispositivos de cómputo adecuados para el aprendizaje, ya que si bien un teléfono móvil puede brindar conectividad no es el idóneo para realizar las actividades académicas previstas, a lo que se agrega la falta de electricidad para más de dos millones de personas, en su mayoría en zonas rurales.<sup>34</sup>

A su vez, la página electrónica del programa Aprende en Casa no cumple con los requisitos de accesibilidad web, no cuenta con definición de idioma del documento, las imágenes carecen de descripción en texto alternativo y muchas de éstas son utilizadas como íconos de acceso a las actividades, lo cual presenta barreras tanto para las personas con discapacidad –porque no les brinda ninguna indicación– como para quienes acceden a través de un teléfono celular.

Aun cuando en la mayoría de los videos de las clases que se transmitieron por televisión participa una persona intérprete de lengua de señas mexicana, otros materiales que se encuentran en la misma plataforma no lo contienen; además tampoco utilizan lenguaje incluyente, ya que omiten usar términos neutros.<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup> Instituto Nacional de Estadística y Geografía, Instituto Federal de Telecomunicaciones y Secretaría de Comunicaciones y Transportes, “Comunicado de prensa núm. 103/20. En México hay 80.6 millones de usuarios de internet y 86.5 millones de usuarios de teléfonos celulares: ENDUTIH 2019”, 17 de febrero de 2020, [https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2020/OtrTemEcon/ENDUTIH\\_2019.pdf](https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2020/OtrTemEcon/ENDUTIH_2019.pdf) (Fecha de consulta: 26 de septiembre de 2020).

<sup>34</sup> Secretaría de Energía, “Porcentaje de la población con servicio eléctrico. Datos y recursos”, <https://datos.gob.mx/busca/dataset/porcentaje-de-la-poblacion-con-servicio-electrico> (Fecha de consulta: 26 de septiembre de 2020).

<sup>35</sup> World Wild Web Consortium, “Web Content Accessibility Guidelines 1.0”, 5 de mayo de 1999, <https://www.w3.org/TR/WCAG10/> (Fecha de consulta: 26 de julio de 2020).

El elemento de aceptabilidad resulta particularmente complejo debido a que, por una parte, existe resistencia a la educación virtual; y por la otra, no hay familiaridad de muchos padres, madres o tutores con las herramientas digitales para poder orientar a las niñas, los niños y las y los adolescentes sobre su uso. De acuerdo con la Encuesta Intercensal, en México “4 de cada 100 hombres y 6 de cada 100 mujeres de 15 años y más no saben leer ni escribir”.<sup>36</sup>

El último elemento, la calidad, puso en evidencia la falta de capacitación del personal docente en el uso de medios digitales, así como en los métodos de enseñanza de educación a distancia, ya que se requiere cumplir con el estándar de competencia laboral para impartir cursos en línea y/o dar acompañamiento docente de forma virtual;<sup>37</sup> es decir que no basta con la disposición, ya que existen elementos técnicos y pedagógicos que son indispensables.

Aunque lo anterior no es atribuible a las y los profesores, sí redundará en perjuicio de las y los alumnos. Asimismo, lo señalado respecto de la plataforma digital, además de no cumplir con la accesibilidad, tampoco pasa el escrutinio de la calidad.

En cuanto a la Ciudad de México, en ésta se concentran más de un millón y medio de niñas, niños y adolescentes que cursan la educación básica. En la encuesta Infancias Encerradas se les preguntó a las infancias sobre los materiales con los que contaban en casa y 72% mencionó que tiene computadora, 33.6% tiene impresora y 52.9% cuenta con teléfono celular.<sup>38</sup> La probabilidad de uso de internet en la Ciudad de México es de 76.9% y la conectividad por medio de telefonía móvil es de 72.8%,<sup>39</sup> esto implica que un amplio porcentaje de la población, y por ende las personas menores de edad, está viviendo situaciones adversas para acceder a la educación.

Con lo expuesto se pone en evidencia la necesidad de replantear la estrategia para garantizar el derecho a la educación. Primero, considerarla como esencial aun cuando no se regrese de forma presencial a las aulas y ampliar las formas de difusión y comunicación más allá de los

---

<sup>36</sup> Instituto Nacional de Estadística y Geografía, “Educación. Analfabetismo”, <http://cuentame.inegi.org.mx/poblacion/analfabeta.aspx?tema=P> (Fecha de consulta: 26 de julio de 2020).

<sup>37</sup> Acuerdo SO/I-13/09,S mediante el cual el H. Comité Técnico del Consejo Nacional de Normalización y Certificación de Competencias Laborales aprueba los Estándares de Competencia que se indican del 15 de abril de 2013 (*Diario Oficial de la Federación*, publicado el 15 de abril de 2013), EC0336, [https://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle\\_popup.php?codigo=5300164](https://www.dof.gob.mx/nota_detalle_popup.php?codigo=5300164) (Fecha de consulta: 26 de julio de 2020).

<sup>38</sup> Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México, *#InfanciasEncerradas Consulta a niñas, niños y adolescentes/ Reporte de la Ciudad de México*.

<sup>39</sup> Instituto Federal de Telecomunicaciones, *Uso de las TIC y actividades por internet en México: impacto de las características sociodemográficas de la población (versión 2019)* (México: IFT, s. f.) <http://www.ift.org.mx/sites/default/files/contenido/general/estadisticas/usodeinternetenmexico.pdf> (Fecha de consulta: 13 de octubre de 2020).

canales de televisión del gobierno, en donde la colaboración de la iniciativa privada deberá ser más robusta. También se ha de incluir el uso de impresiones y grabaciones o la distribución de dispositivos precargados para las zonas que no cuentan con internet, y generar convenios para que las niñas, los niños y las y los adolescentes puedan tener acceso a éstos sin costo.

En resumen, se debe tomar con seriedad la educación de la niñez, no sólo por los aprendizajes de los planes de estudio sino también por lo que significa para ellas y ellos el aislamiento; tienen demasiadas ausencias y el espacio que les brinda la escuela no puede ser una de éstas.

Paralelo a lo descrito, se agregan las dinámicas de los padres y las madres, tanto de cuidado como laborales. Esto recae sobre muchos niños, niñas y adolescentes debido a que no reciben orientación ni guía para realizar sus tareas académicas, asumen el cuidado de las y los hermanos menores o las labores domésticas, o por su corta edad deben acompañar a su mamá o papá al lugar de trabajo, a lo que se suma que el estrés por la contingencia aumenta y las violencias también.

### III. Sobre la violencia en el contexto familiar durante la pandemia

El acceso a una vida libre de violencia es un derecho llave que al ser vulnerado afecta el ejercicio de otros derechos. La violencia se vive de diferentes formas y en distintos ámbitos. Cuando están involucrados niños, niñas y adolescentes las autoridades están compelidas a prevenir, atender, sancionar y erradicar dichas violencias; sin embargo, la protección y vigilancia compete a toda la sociedad.

Ninguna forma de violencia está justificada, y aun cuando no esté prevista como tipo penal es reprobable y debe ser abatida. De forma oficiosa las instituciones encargadas de la prevención y procuración de justicia deben perseguir los actos u omisiones que atenten contra la integridad personal física, psicológica o sexual que redunde en delitos como abandono de personas, lesiones, delitos relacionados con violencia sexual, corrupción de personas, trata de personas cualquiera que sea la finalidad, tráfico de menores o cualquier tipo penal y otras conductas que puedan implicar un concurso de delitos como los trabajos forzados o la incitación o coacción para la comisión de ilícitos, ya sea de forma espontánea u organizada.<sup>40</sup>

---

<sup>40</sup> Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, artículos 46-49. Convención sobre los Derechos del Niño, artículos 14 y 32-39.

La violencia es un problema de salud pública que tiene como uno de sus principales aliados la normalización. La emergencia sanitaria obligó a los Estados a tomar medidas para preservar la vida y la salud, y a su vez procurar que no continúe el colapso económico.

Algunos factores en el ámbito familiar son la conjunción del aumento de las cargas laborales, domésticas y de cuidado que recaen en mayor medida en las mujeres; la incertidumbre laboral o de ingresos; la pérdida del empleo; las dinámicas de convivencia durante el confinamiento; el aumento en el consumo de alcohol y la ausencia de rutinas que se reflejan en la neurosis y el estrés que se eleva en las familias y se exagera en aquellas personas que previamente eran perpetradoras de violencia.<sup>41</sup>

En el ámbito familiar en nuestro país “6 de cada 10 niñas y niños de 1 a 14 años han sufrido alguna agresión psicológica o castigo físico por algún miembro de su hogar”,<sup>42</sup> y por lo que hace a las personas adolescentes de entre 15 y 17 años 32.8% ha vivido violencia sexual.<sup>43</sup>

En específico, desde que se estableció el confinamiento en México la dimensión en el total de llamadas reales muestra que entre enero y junio de 2020 se recibieron 352 646 llamadas relacionadas con violencia familiar, mientras que en el registro de llamadas de emergencia relacionadas con incidentes de violencia contra la mujer<sup>44</sup> se observa un aumento de 41 226 llamadas durante el primer semestre de 2020 en relación con el mismo periodo de 2019.<sup>45</sup> Lo mismo se reporta en torno a los presuntos delitos de violencia familiar que aumentaron en 1 622 casos.<sup>46</sup>

<sup>41</sup> Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, *Información sobre violencia contra las mujeres. Incidencia delictiva y llamadas de emergencia 9-1-1* (México: SSPC, 2020), 91, <https://drive.google.com/file/d/1wG6qya31zzz4m1YUgowZWSSHOz748HDt/view> (Fecha de consulta: 26 de julio de 2020).

<sup>42</sup> Instituto Nacional de Salud Pública y Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, Encuesta Nacional de Niñas, Niños y Mujeres 2015, citada en Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia México, *Informe anual 2019* (México: Unicef México, 2020), 28, [https://www.unicef.org/mexico/sites/unicef.org.mexico/files/2020-07/UNICEF%20Me%CC%81xico\\_Informe2019%20FINAL.pdf](https://www.unicef.org/mexico/sites/unicef.org.mexico/files/2020-07/UNICEF%20Me%CC%81xico_Informe2019%20FINAL.pdf) (Fecha de consulta: 26 de julio de 2020).

<sup>43</sup> Instituto Nacional de Estadística y Geografía, Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones en los Hogares 2016, citada en Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia México, *Informe anual 2019*, 28.

<sup>44</sup> Las llamadas de emergencia al número único 9-1-1 no son denuncias ante una autoridad, se trata únicamente de probables incidentes de emergencia con base en la percepción de la persona que realiza la llamada. Incidente de *violencia contra la mujer* se refiere a lo incluido en el Catálogo Nacional de Incidentes de Emergencia definido como “Todo acto violento que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la privada”.

<sup>45</sup> Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, *Información sobre violencia contra las mujeres*, 93.

<sup>46</sup> Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, *Información sobre violencia contra las mujeres*, 75.

Lo anterior da cuenta de un aumento de la violencia en el contexto familiar durante la pandemia de COVID-19. A pesar de que no existe información pública desagregada que aporte la edad de las personas denunciadas, se revela que las niñas, los niños y las y los adolescentes están experimentando este fenómeno de forma acrecentada dentro de sus hogares.

Las agresiones vulneran una diversidad de derechos. Como columna vertebral está el derecho a una vida libre de violencia, que es indispensable para el efectivo ejercicio de otros derechos y que a su vez es infringido cuando se transgreden, entre otros, la salud, la integridad personal y la vida.

Para la prevención, atención, sanción y erradicación de las violencias en contra de niñas, niños y adolescentes están previstas diversas políticas públicas que incluyen al Sistema Nacional de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes (Sipinna), creado para garantizar la protección, prevención y restitución de los derechos de las infancias y adolescencias, y en donde las procuradurías de Protección tienen una función central.

Las procuradurías de Protección son competentes para brindar a las niñas, los niños y las y los adolescentes asesoría y representación en procesos judiciales o administrativos, coordinar la ejecución y el seguimiento de medidas de protección para la restitución de derechos, fungir como conciliadoras en conflictos familiares, presentar denuncias y solicitar la imposición de medidas urgentes ante las fiscalías generales de justicia con la posibilidad de ordenar la aplicación de las medidas que se requieran cuando esté en riesgo la vida, la integridad o la libertad.<sup>47</sup>

Las secretarías de Salud tienen dentro de sus obligaciones la detección de casos de violencia, dar atención integral y hacerlo del conocimiento de las autoridades competentes, las cuales pueden ser las procuradurías de protección o las fiscalías.<sup>48</sup>

La sanción de las conductas que se traduzcan en delitos está a cargo de las fiscalías por lo que hace a la investigación, y el Poder Judicial en cuanto a la impartición de justicia. En el caso de las fiscalías, tienen la obligación de perseguir de oficio las conductas ilícitas en contra de las personas en la etapa de niñez y adolescencia.<sup>49</sup>

---

<sup>47</sup> Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, artículo 122.

<sup>48</sup> Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, artículo 50.

<sup>49</sup> Código Nacional de Procedimientos Penales del 5 de marzo de 2014 (*Diario Oficial de la Federación*, última reforma del 22 de enero de 2020).

En las secretarías de Seguridad Pública o Ciudadana recaen tanto la prevención como la coadyuvancia con las otras instituciones para la implementación de medidas de protección.

El Sipinna, en coordinación con la Secretaría de Gobernación, emitió un informe de avance y resultados en el que incluyen las Acciones Indispensables para Atención y Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes en contexto COVID-19,<sup>50</sup> entre las que se encuentra el eje de prevención y atención de las violencias que está a cargo de: la Comisión Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres; el Instituto Nacional de las Mujeres; la Procuraduría Federal de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes; la Secretaría de Salud; los sistemas estatales de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, y el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia. Al respecto destacan las siguientes acciones:

- *Acción 14.* Optimizar el funcionamiento de las líneas telefónicas de emergencia, lo que incluye capacitación para las y los operadores tanto para orientarles sobre la atención como para que no desestimen las llamadas que reciban de niñas, niños y adolescentes.
- *Acción 15.* Implementación de modelos de atención psicopedagógico, fortalecimiento de las visitas domiciliarias en todos los estados y la elaboración del Protocolo de Coordinación Institucional para la Protección de Niñas, Niños y Adolescentes.
- *Acción 16.* Apoyar a las procuradurías de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes para los procedimientos de restitución de derechos durante la pandemia, particularmente de la infancia y adolescencia en mayor vulnerabilidad.
- *Acción 17.* Apoyar refugios para mujeres adultas, adolescentes y niñas víctimas de violencia con el fin de que cuenten con planes de contingencia.
- *Acción 18.* Difundir información que permita identificar y atender casos de violencia y abuso sexual contra niñas, niños y adolescentes.

A partir de la exposición de las atribuciones de las autoridades y las acciones implementadas en el confinamiento se puede observar que las medidas están pensadas para lograr el funcionamiento de servicios, pero persiste la carencia de mecanismos de coordinación interinstitucionales.

---

<sup>50</sup> Sistema Nacional de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes, "Primer informe avances en Acciones Indispensables para Atención y Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes en el contexto COVID-19", 22 de julio de 2020, <https://www.gob.mx/sipinna/documentos/primer-informe-avances-en-acciones-indispensables-para-atencion-y-proteccion-integral-de-ninas-ninos-y-adolescentes-en-contexto-covid-19> (Fecha de consulta: 22 de julio de 2020).

La violencia en el ámbito familiar es un problema complejo en el cual se debe poner mayor énfasis en la prevención y la erradicación debido a que cuando requiere atención y sanción se trata de víctimas con daños que muchas veces son de imposible restitución.

Es urgente que se generen los instrumentos de coordinación que definan los tramos de responsabilidad de cada autoridad, transparenten la información sobre las labores que desempeñan y rindan cuentas para que se evalúe o replanteen las estrategias cuantas veces sea necesario.

#### **IV. Conclusiones**

El programa Aprende en Casa III continuará hasta que todo el país se encuentre en posibilidad de regresar a las clases presenciales.<sup>51</sup> Esto requiere que las autoridades se alleguen de información de manera continua que les permita verificar si la estrategia educativa está resultando efectiva o si se tiene que modificar.

Las políticas educativas deben considerar los impactos diferenciados que la pandemia provoca en la niñez y la adolescencia, atendiendo la discriminación interseccional. Se debe garantizar que las infancias que no cuentan con internet, equipo de cómputo, televisión o electricidad tengan acceso a la educación, creando la infraestructura necesaria, allegándoles los materiales requeridos o adaptando el programa para evitar la exclusión. A su vez, los materiales didácticos y las plataformas escolares que se utilizan para el aprendizaje deben adecuarse a las pautas internacionales para la accesibilidad web<sup>52</sup> para las niñas, los niños y las y los adolescentes con discapacidad. Las lenguas y cosmovisión de los pueblos y comunidades indígenas también deben ser transversales en el plan educativo emergente.

El contexto exige métodos pedagógicos innovadores que cohesionen lo académico con la salud mental y emocional de las niñas, los niños y las y los adolescentes, evitando la violencia en el ámbito escolar.

---

<sup>51</sup> Secretaría de Educación Pública, "Boletín SEP no. 317 Regreso seguro a las escuelas a partir de enero, de manera voluntaria, en estados con semáforo amarillo: SEP", 8 de diciembre de 2020, <https://www.gob.mx/sep/articulos/boletin-sep-no-317-regreso-seguro-a-las-escuelas-a-partir-de-enero-de-manera-voluntaria-en-estados-con-semaforo-amarillo-sep> (Fecha de consulta: 12 de diciembre de 2020).

<sup>52</sup> Web Accessibility Initiative, "Pautas de accesibilidad para el contenido web (WCAG)", <https://www.w3.org/WAI/standards-guidelines/es#guidelines> (Fecha de consulta: 12 de diciembre de 2020).

Algunas buenas prácticas propuestas por Unicef son cuidar la salud emocional de las niñas y los niños, establecer una rutina, procurar lo necesario para que puedan estudiar, regular los tiempos de aprendizaje, y fomentar el ejercicio y otras actividades lúdicas.<sup>53</sup> Otras acciones urgentes son fortalecer las capacidades y habilidades del personal docente, tanto para la impartición de clases remotas como presenciales; asimismo, vincular los resultados de las evaluaciones con la mejora de los planes de estudio y programas de formación de las y los profesores.<sup>54</sup>

Para las y los adolescentes se recomienda combatir la información falsa y difundir aquella que ayude a la prevención y permita que se mantengan seguros, procurar la atención a la salud mental y psicosocial, recuperar los aprendizajes educativos e integrar educación remedial para evitar la deserción. Es necesario involucrar a las personas adolescentes en la implementación de las medidas anteriores, además de crear mecanismos para la recolección y el análisis de datos para la valoración de la calidad y aceptabilidad de las políticas llevadas a cabo.<sup>55</sup>

Se deben erradicar de las políticas públicas del Estado, el adultocentrismo y el tutelarismo, aunado a que no se pueden obviar la pobreza, la discriminación y la desigualdad sino que deben combatirse para no ahondar la brecha y perpetuar la exclusión de niñas, niños y adolescentes que pertenecen a grupos en situación de subordinación.

Las escuelas, además de garantizar el derecho a la educación, tienen una función preventiva de los diversos tipos de violencia debido a que la construcción de relaciones de confianza y protección con la niñez y adolescencias permite alertar sobre los posibles peligros o ser puente para la atención y sanción de las posibles conductas ilícitas de las que sean víctimas.

Los padres y las madres deben contribuir a mejorar la salud mental y el bienestar integral de las niñas, los niños y las y los adolescentes, procurando ambientes libres de violencia;

---

<sup>53</sup> Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, "Educación en tiempos de COVID-19. Juega y aprende con tus hijos e hijas en tiempos de COVID-19", <https://www.unicef.org/mexico/educaci%C3%B3n-en-tiempos-de-covid-19> (Fecha de consulta: 12 de diciembre de 2020).

<sup>54</sup> Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, "Calidad educativa. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a ir a la escuela y aprender", <https://www.unicef.org/mexico/calidad-educativa> (Fecha de consulta: 12 de diciembre de 2020).

<sup>55</sup> Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, "¿Por qué trabajar por y con las adolescencias en México? Recomendaciones en el contexto de la pandemia por COVID-19", <https://www.unicef.org/mexico/informes/%C2%BFpor-qu%C3%A9-trabajar-por-y-con-las-adolescencias-en-m%C3%A9xico> (Fecha de consulta: 12 de diciembre de 2020).

sin embargo, el Estado tiene que generar estructuras laborales que permitan a las y los trabajadores convivir con sus hijas e hijos, reduciendo el estrés y garantizando condiciones de trabajo que propicien un nivel de vida adecuado.

Por todo lo anterior, se debe destinar presupuesto suficiente para el fortalecimiento de las políticas y programas vinculados con la protección, respecto, garantía y restitución de los derechos de las niñas, los niños y las y los adolescentes.

Si bien la difusión de los derechos que hace el Sipinna es importante, 30 conversatorios con 137 especialistas hasta el 1 de agosto de 2020 no son suficientes. El Sipinna, las procuradurías de Protección y el Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes siguen en deuda con las infancias y las adolescencias.

Es necesario que todas las instituciones que integran el sistema de protección cumplan sus funciones de manera efectiva y articulada para garantizar todos los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes atendiendo el deber reforzado que impone la emergencia sanitaria.

Deseamos que todas las deficiencias educativas y la necesidad de prevención, atención y erradicación de la violencia que tienen lugar en esta emergencia sanitaria sean atendidas con urgencia; y que las pérdidas, daños y sufrimientos que están padeciendo las niñas, los niños y las y los adolescentes no continúen perpetuándose.

## **v. Bibliografía**

Acuerdo número 02/03/20 por el que se suspenden las clases en las escuelas de educación preescolar, primaria, secundaria, normal y demás para la formación de maestros de educación básica del Sistema Educativo Nacional, así como aquellas de los tipos medio superior y superior dependientes de la Secretaría de Educación Pública del 16 de marzo de 2020. *Diario Oficial de la Federación*, publicado el 16 de marzo de 2020.

Acuerdo número 12/06/20 por el que se establecen diversas disposiciones para evaluar el ciclo escolar 2019-2020 y cumplir con los planes y programas de estudio de Educación Básica (preescolar, primaria y secundaria), Normal y demás para la formación de maestros de Educación Básica aplicables a toda la República, al igual que aquellos planes y programas de estudio del tipo Medio Superior que la Secretaría de Educación Pública haya emitido, en beneficio de los educandos del 5 de junio de 2020. *Diario Oficial de la Federación*, publicado el 5 de junio de 2020.

- Acuerdo SO/I-13/09,S mediante el cual el H. Comité Técnico del Consejo Nacional de Normalización y Certificación de Competencias Laborales aprueba los Estándares de Competencia que se indican del 15 de abril de 2013. *Diario Oficial de la Federación*, publicado el 15 de abril de 2013. [https://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle\\_popup.php?codigo=5300164](https://www.dof.gob.mx/nota_detalle_popup.php?codigo=5300164) (Fecha de consulta: 26 de julio de 2020).
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Colombia. "Novedades". <https://www.hchr.org.co/index.php/76-boletin/recursos/2470-ique-es-el-enfoque-diferencial> (Fecha de consulta: 10 de julio de 2020).
- Código Nacional de Procedimientos Penales del 5 de marzo de 2014. *Diario Oficial de la Federación*, última reforma del 22 de enero de 2020.
- Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México. *#InfanciasEncerradas Consulta a niñas, niños y adolescentes/Reporte de la Ciudad de México*. México: CDHCM, 2020. [https://cdhcm.org.mx/wp-content/uploads/2020/07/InfanciasencerradasCDMX\\_FINA.pdf](https://cdhcm.org.mx/wp-content/uploads/2020/07/InfanciasencerradasCDMX_FINA.pdf) (Fecha de consulta: 13 de octubre de 2020).
- Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos. Resolución 1/2020. Pandemia y derechos humanos en las Américas, 10 de abril de 2020.
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos y Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. *Orientaciones para las áreas especializadas en los derechos de niñas, niños y adolescentes de los organismos públicos de derechos humanos*. México: CNDH-Unicef, 2020. [https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Programas/Ninez\\_familia/Material/cuad-OrientacionesDNyA-OPDH.pdf](https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Programas/Ninez_familia/Material/cuad-OrientacionesDNyA-OPDH.pdf) (Fecha de consulta: 28 de julio de 2020).
- Comité de los Derechos del Niño. CRC/GC/2001/1. Observación General 1 sobre los propósitos de la educación, abril de 2001.
- \_\_\_\_\_. CRC/C/GC/14. Observación General 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, 29 de mayo de 2013.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. E/C.12/1999/10. Observación General 13. El derecho a la educación, 8 de diciembre de 1999.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 5 de febrero de 1917. *Diario Oficial de la Federación*, última reforma del 8 de mayo de 2020.
- 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.
- Convención sobre los Derechos del Niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 44/25. 20 de noviembre de 1989.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. "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.

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. "Calidad educativa. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a ir a la escuela y aprender". <https://www.unicef.org/mexico/calidad-educativa> (Fecha de consulta: 12 de diciembre de 2020).

\_\_\_\_\_. "Comunicado de prensa Unicef presenta análisis sobre situación de la infancia en México, avances y retos para la garantía de sus derechos", 4 de diciembre de 2018. <https://www.unicef.org/lac/comunicados-prensa/analisis-sobre-la-situacion-de-la-infancia-en-mexico> (Fecha de consulta: 26 de julio de 2020).

\_\_\_\_\_. "Educación en tiempos de COVID-19. Juega y aprende con tus hijos e hijas en tiempos de COVID-19". <https://www.unicef.org/mexico/educaci%C3%B3n-en-tiempos-de-covid-19> (Fecha de consulta: 12 de diciembre de 2020).

\_\_\_\_\_. "No dejemos que los niños sean las víctimas ocultas de la pandemia de COVID-19", 10 abril 2020. <https://www.unicef.org/es/comunicados-prensa/no-dejemos-ninos-sean-victimas-ocultas-de-la-pandemia-covid-19> (Fecha de consulta: 26 de julio de 2020).

\_\_\_\_\_. "¿Por qué trabajar por y con las adolescencias en México? Recomendaciones en el contexto de la pandemia por COVID-19". <https://www.unicef.org/mexico/informes/%C2%BFpor-qu%C3%A9-trabajar-por-y-con-las-adolescencias-en-m%C3%A9xico> (Fecha de consulta: 12 de diciembre de 2020).

\_\_\_\_\_. "Urge reforzar la protección de niñas, niños y adolescentes en México ante el incremento de la violencia contra la infancia", 18 de mayo de 2020. <https://www.unicef.org/mexico/comunicados-prensa/unicef-urge-reforzar-la-protecci%C3%B3n-de-ni%C3%B1as-y-adolescentes-en-m%C3%A9xico-ante> (Fecha de consulta: 27 de septiembre de 2020).

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia México. *Informe anual 2019*. México: Unicef México, 2020. [https://www.unicef.org/mexico/sites/unicef.org.mexico/files/2020-07/UNICEF%20Me%CC%81xico\\_Informe2019%20FINAL.pdf](https://www.unicef.org/mexico/sites/unicef.org.mexico/files/2020-07/UNICEF%20Me%CC%81xico_Informe2019%20FINAL.pdf) (Fecha de consulta: 26 de julio de 2020).

Gobierno de México. "Aprende en Casa". <https://www.aprendeencasa.mx/aprende-en-casa/niveles/secundaria/index.html> (Fecha de consulta: 26 de julio de 2020).

\_\_\_\_\_. "Semáforo COVID-19". <https://coronavirus.gob.mx/semaforo/> (Fecha de consulta: 26 de julio de 2020).

Instituto Federal de Telecomunicaciones, *Uso de las TIC y actividades por internet en México: impacto de las características sociodemográficas de la población (versión 2019)*. México: IFT, s. f. <http://www.ift.org.mx/sites/default/files/contenidogeneral/estadisticas/usodeinternetmexico.pdf> (Fecha de consulta: 13 de octubre de 2020)

Instituto Nacional de Estadística y Geografía. "Educación. Analfabetismo". <http://cuentame.inegi.org.mx/poblacion/analfabeta.aspx?tema=P> (Fecha de consulta: 26 de julio de 2020).

\_\_\_\_\_, Instituto Federal de Telecomunicaciones y Secretaría de Comunicaciones y Transportes. "Comunicado de prensa núm. 103/20. En México hay 80.6 millones de usuarios de internet y 86.5 millones de usuarios de teléfonos celulares: Endutih 2019", 17 de febrero de 2020. [https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2020/OtrTemEcon/ENDUTIH\\_2019.pdf](https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2020/OtrTemEcon/ENDUTIH_2019.pdf) (Fecha de consulta: 26 de septiembre de 2020).

Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del 4 de diciembre de 2014. *Diario Oficial de la Federación*, última reforma del 17 de octubre de 2019.

Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres del 2 de agosto de 2006. *Diario Oficial de la Federación*, última reforma del 14 de junio de 2018.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de Naciones Unidas, 16 de diciembre de 1966.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre los Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador). Adoptado por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos en su XVIII periodo de sesiones. San Salvador, 17 de noviembre de 1988.

Secretaría de Educación Pública. "Boletín No. 145 Concluyen clases a distancia a través del Programa Aprende en Casa: SEP", 4 de junio de 2020. <https://www.gob.mx/sep/es/articulos/boletin-no-145-concluyen-clases-a-distancia-a-traves-del-programa-aprende-en-casa-sep?idiom=es> (Fecha de consulta: 26 de julio de 2020).

\_\_\_\_\_. "Boletín No. 258 Cuenta Aprende en Casa II con una audiencia cercana a los 32 millones de personas: SEP", 25 de septiembre de 2020. <https://www.gob.mx/sep/es/articulos/boletin-no-258-cuenta-aprende-en-casa-ii-con-una-audiencia-cercana-a-los-32-millones-de-personas-sep?idiom=es> (Fecha de consulta: 15 de octubre de 2020).

\_\_\_\_\_. "Boletín No. 267 Confirma continuidad del programa Aprende en Casa II hasta que todo el país se encuentre en semáforo epidemiológico verde", 7 de octubre de 2020. <https://www.gob.mx/sep/es/articulos/boletin-no-267-confirma-continuidad-del-programa-aprende-en-casa-ii-hasta-que-todo-el-pais-se-encuentre-en-semaforo-epidemiologico-verde?idiom=es> (Fecha de consulta: 15 de octubre de 2020).

\_\_\_\_\_. "Boletín SEP no. 317 Regreso seguro a las escuelas a partir de enero, de manera voluntaria, en estados con semáforo amarillo: SEP", 8 de diciembre de 2020. <https://www.gob.mx/sep/articulos/boletin-sep-no-317-regreso-seguro-a-las-escuelas-a-partir-de-enero-de-manera-voluntaria-en-estados-con-semaforo-amarillo-sep> (Fecha de consulta: 12 de diciembre de 2020).

\_\_\_\_\_. "Comunicado conjunto No. 5 Iniciará el ciclo escolar 2020-2021 con base en el semáforo epidemiológico de cada entidad", 9 de julio de 2020. <https://www.gob.mx/sep/>

- es/articulos/comunicado-conjunto-no-5-iniciara-el-ciclo-escolar-2020-2021-con-base-en-el-semaforo-epidemiologico-de-cada-entidad?idiom=es (Fecha de consulta: 26 de julio de 2020).
- \_\_\_\_\_. "Sistema Interactivo de Consulta de Estadística Educativa. Ciclo escolar 2019-2020". <https://www.planeacion.sep.gob.mx/principalescifras/> (Fecha de consulta: 13 de octubre de 2020).
- Secretaría de Energía. "Porcentaje de la población con servicio eléctrico. Datos y recursos". <https://datos.gob.mx/busca/dataset/porcentaje-de-la-poblacion-con-servicio-electrico> (Fecha de consulta: 26 de septiembre de 2020).
- Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública. *Información sobre violencia contra las mujeres. Incidencia delictiva y llamadas de emergencia 9-1-1*. México: SSPC, 2020. <https://drive.google.com/file/d/1wG6qya31zzz4m1YUgowZWSSH0z748HDt/view> (Fecha de consulta: 26 de julio de 2020).
- Serrano, Sandra, y Daniel Vázquez. *Los derechos humanos en acción*. México: Flacso México, 2013.
- Sistema Nacional de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes. "Primer informe avances en Acciones Indispensables para Atención y Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes en el contexto COVID-19", 22 de julio de 2020. <https://www.gob.mx/sipinna/documentos/primer-informe-avances-en-acciones-indispensables-para-atencion-y-proteccion-integral-de-ninas-ninos-y-adolescentes-en-contexto-covid-19> (Fecha de consulta: 22 de julio de 2020).
- Web Accessibility Initiative. "Pautas de accesibilidad para el contenido web (WCAG)". <https://www.w3.org/WAI/standards-guidelines/es#guidelines> (Fecha de consulta: 12 de diciembre de 2020).
- World Wide Web Consortium. "Web Content Accessibility Guidelines 1.0", 5 de mayo de 1999. <https://www.w3.org/TR/WCAG10/> (Fecha de consulta: 26 de julio de 2020).

## ENTREVISTA

Núm. 19 julio-diciembre de 2020

<http://revistametodos.cdhd.org.mx>

# Derecho a la salud en el contexto de la pandemia por COVID-19. La protección de las personas en situación de pobreza<sup>Δ</sup>

**Rodrigo Brito Melgarejo\*\***

Facultad de Derecho, UNAM.  
Ciudad de México, México.



\* Doctor y licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM); maestro en Derechos Humanos y Democracia por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales y doctor en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales por la Università di Pisa. Es profesor asociado C de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la UNAM, pertenece al Sistema Nacional de Investigadores y cuenta con el nivel C dentro del Programa de Primas al Desempeño del Personal Académico de Tiempo Completo de la Dirección General de Asuntos del Personal Académico (DGAPA) de la UNAM. Se ha dedicado a las líneas de investigación sobre la protección de los derechos humanos, diálogo jurisdiccional, cosmopolitismo jurídico y evolución constitucional.

<sup>Δ</sup> Entrevista realizada por Cesia Azul Ramírez Salazar, coordinadora editorial de la revista *metodos*.

## 1. De acuerdo con los estándares internacionales y regionales, ¿cuál es el contenido del derecho a la salud? En específico, ¿cuáles son sus elementos esenciales?

En el texto de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se establece que toda persona tiene derecho a la salud, lo que incluye una gran cantidad de obligaciones y principios de aplicación que deben tomarse en cuenta para determinar el alcance de este derecho.

En principio debemos enmarcar que el derecho a la salud está regulado en diversos instrumentos internacionales, entre ellos la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, en los que se determina de forma muy clara que toda persona tiene derecho a la protección de la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.

A su vez en el sistema universal, a partir de los contenidos de la Observación General núm. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (Comité DESC), se precisa que el derecho a la salud no se limita a estar sano sino que entraña una serie de libertades y otros derechos. Dentro de las libertades están, por ejemplo, la de controlar la salud, controlar el cuerpo y de no ser sometido a experimentos médicos no consensuales. Respecto de los derechos, el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas iguales oportunidades para disfrutar el más alto nivel de salud.

*El derecho a la salud debe entenderse como el disfrute del más alto bienestar físico, mental y social, por lo tanto su contenido no se limita a estar sano sino que entraña una serie de libertades y derechos.*

Para lograr lo anterior, el propio Comité DESC señala cuatro elementos institucionales que son fundamentales: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.

La disponibilidad implica que los Estados deben contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios de salud, tales como centros y programas, entre otros, y que éstos se encuentren al alcance de las personas.

La accesibilidad conlleva a que dichos establecimientos, bienes y servicios estén disponibles para todas las personas sin discriminación alguna y dentro de la jurisdicción de los

Estados. Entonces, además de la no discriminación, compromete la accesibilidad física, económica y a la información.

La aceptabilidad entraña que todos los establecimientos, bienes y servicios deban ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir que consideren las costumbres de las minorías, pueblos y comunidades; además de que sean sensibles a requisitos de género, el ciclo de vida y observen la confidencialidad, así como el mejor estado de salud de las personas.

La calidad apunta a que los establecimientos, bienes y servicios sean apropiados desde el punto de vista científico y médico, que se cuenten con suficiencia de personal médico y que éste se encuentre capacitado. También se debe asegurar la disponibilidad de medicamentos y equipo hospitalario, y que todos los elementos estén científicamente probados, en buen estado y en condiciones adecuadas.

## **2. En el contexto de una emergencia sanitaria como la generada por la COVID-19, ¿cuáles son los principios que se deben observar para la protección y garantía del derecho a la salud?**

Los principios que marca el propio texto constitucional y que se establecen en varios instrumentos normativos son: universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Respecto de estos principios en el contexto de la emergencia sanitaria, sobre la universalidad podemos decir que el Estado debe asegurar que todas las personas, tomando en cuenta sus contextos específicos, gocen de los servicios médicos y hospitalarios.

De hecho, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en la Resolución 4/2020 que alude a los derechos de las personas con COVID-19 señala que los Estados deben dirigir sus esfuerzos de la forma más amplia para lograr una cobertura geográfica, tomando en cuenta las particularidades de cada zona.

En cuanto a las personas diagnosticadas con COVID-19 que viven en zonas rurales o alejadas, con amenazas serias a su vida y salud, y que enfrentan una gran cantidad de obstáculos de acceso a servicios especializados, por ejemplo pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes y tribales, la CIDH ha apuntado que es necesario generar acciones específicas para construir estrategias de atención oportuna. En tal sentido, el principio de universalidad debe aplicarse tomando en cuenta las especificidades de cada persona y grupos que padecen la pandemia de forma diferenciada.

*El principio de universalidad, en el contexto de la pandemia, debe aplicarse considerando las especificados de cada persona y grupo de la población, atendiendo a que padecen de manera diferenciada la emergencia sanitaria por COVID-19.*

En cuanto al principio de progresividad, el Comité DESC ha aclarado que la realización progresiva del derecho a la salud implica que los Estados tienen la obligación concreta de avanzar de forma expedita para que las personas lo hagan valer. La emergencia sanitaria ha demostrado que el contenido de diversos instrumentos universales y regionales que reconocen el derecho a la salud constituye un piso mínimo que debe ampliarse a través de la actuación de los Estados en cumplimiento a sus obligaciones adquiridas.

Los principios de indivisibilidad e interdependencia en el contexto de la pandemia resultan relevantes, ya que la emergencia sanitaria es esencialmente un problema y amenaza para la salud, y tiene repercusión en el disfrute de otros derechos que habilitarán enfrentar o no esta condición. Por ejemplo, se relaciona con el derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad y el acceso al agua, que son indispensables para disminuir las consecuencias del contagio por el virus.

Otro principio que se debe tomar en cuenta en el marco de la emergencia sanitaria por COVID-19 es el máximo uso de recursos disponibles. Es evidente que los sistemas de atención a la salud y programas sociales se han visto debilitados por decenios de inversión insuficiente, y en consecuencia están mal equipados para responder con eficacia y rapidez. De hecho, a nadie escapa que la pandemia ha puesto en evidencia la función decisiva de las inversiones adecuadas en el sistema de salud pública y los programas integrales de protección social, como trabajo decente, vivienda y sistemas de saneamiento de agua. Todo lo anterior son elementos fundamentales para responder eficazmente a las pandemias y contrarrestar las desigualdades que se presentan en la población.

*La pandemia ha hecho evidente la función decisiva de las inversiones adecuadas en el sistema de salud y los programas integrales de protección social, los cuales se han visto debilitados por decenios de financiamiento insuficiente.*

### **3. Conforme al *corpus iuris interamericano*, ¿qué obligaciones estatales deben adoptarse con el fin de asegurar una eficaz protección del derecho a la salud frente al escenario de la pandemia?**

Si tomamos en cuenta los documentos emitidos sobre derechos humanos y pandemia tanto por la CIDH como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), po-

demos advertir que se desprenden aspectos concretos relacionados con las obligaciones generales establecidas en los instrumentos internacionales.

Sobre la obligación de respetar han apuntado que los Estados se abstengan de interferir directa o indirectamente en el disfrute del derecho a la salud, y en particular que se inhiban de denegar o limitar el acceso a este derecho en condiciones de igualdad para todas las personas. Al mismo tiempo, se tendrían que abstener de aplicar prácticas discriminatorias en relación con el estado de salud.

En cuanto a la de proteger, conlleva asumir medidas para impedir que terceros afecten el derecho a la salud. En tal sentido la CIDH ha señalado que los Estados deben regular y supervisar las instalaciones de bienes y servicios de salud para evitar violaciones a los derechos de las personas en el contexto de la pandemia. Al mismo tiempo, han de adoptar medidas reglamentarias para que los empleadores no pongan en riesgo a sus trabajadores. El Comité DESC ha precisado que en tanto no se adopten esos lineamientos, no se puede obligar a las y los trabajadores a ejercer su servicio y que tendrán que estar protegidos contra las sanciones disciplinarias que se pudieran imponer por negarse a trabajar al no existir condiciones de protección.

De igual forma, se debe regular la especulación de alimentos, productos de higiene y elementos esenciales para enfrentar la pandemia, además de adoptar medidas para reducir el riesgo de conductas estigmatizantes o perjudiciales hacia ciertos grupos, incluidas las personas infectadas por coronavirus.

Si hablamos de la obligación de cumplir, que se despliega en facilitar, proporcionar y promover, los Estados están comprometidos a ejecutar acciones que regulen la suficiencia de recursos, tanto públicos como privados, para la atención de la salud; y que éstos se movilicen y compartan para toda la población, asegurando una respuesta adecuada frente a la pandemia. Además, como respondedores de primera línea en esta crisis, todas las personas que laboran en los servicios de salud tienen que recibir ropa y equipo de protección adecuados contra el contagio.

Por otra parte, se debe mantener la continuidad de los servicios esenciales de diagnóstico, tratamiento, cuidado y rehabilitación de otras enfermedades y patologías que requieren atención vital. Para ello es menester habilitar en las instalaciones sanitarias espacios separados o de aislamiento de los dirigidos a la atención de COVID-19. Y los centros de atención primaria deben contar con los elementos esenciales para el tratamiento de las personas con este padecimiento, incluyendo la provisión de información, prevención, atención, tra-

tamiento médico esencial y canales de derivación inmediata a otros centros médicos que cuenten con instalaciones y servicios especializados, así como culturalmente adecuados.

Los Estados tienen que dirigir sus esfuerzos a ofrecer la mayor cobertura geográfica posible y asegurarse de velar por que los servicios sean apropiados para las personas que los requieran. Así, vemos que el cumplimiento de las obligaciones es fundamental para enfrentar esta pandemia, y conocer sus alcances es primario para atender de manera eficaz los conflictos latentes.

*El conocimiento de los alcances de las obligaciones estatales es primario para que se cumplan y atiendan de forma eficaz los conflictos latentes presentados en esta pandemia de COVID-19.*

#### **4. En relación con los grupos de atención prioritaria y en específico sobre las personas en situación de pobreza, ¿cuál es el marco de protección que reconoce su atención diferenciada y obligaciones reforzadas? ¿Podría explicar el contenido de estos estándares?**

Tanto la CIDH como la Corte IDH han considerado que el hecho de que las personas vivan en pobreza o pobreza extrema se traduce en obligaciones específicas o reforzadas basadas en la normativa del sistema interamericano.

Si atendemos a los informes del país que la CIDH ha editado en el marco de sus atribuciones, nos damos cuenta de que existe una relación entre la situación de pobreza estructural y la discriminación, así como con la falta de respeto y garantía de derechos económicos, sociales y culturales. De hecho, la propia CIDH ha establecido que el derecho a la salud se pone en entredicho si tomamos en cuenta el analfabetismo, las malas condiciones de higiene, el desempleo, la falta de instalaciones sanitarias, el bajo ingreso per cápita, etcétera.

*Existe una relación latente entre la situación de pobreza estructural y la discriminación, generando violaciones a derechos económicos, sociales y culturales. La CIDH ha determinado que el cumplimiento del derecho a la salud se pone en entredicho al tomar en cuenta condiciones de analfabetismo, desempleo y bajo ingreso per cápita.*

En el marco del sistema de casos ha habido ejemplos muy interesantes en los que, tanto la CIDH como la Corte IDH, dejan claro que la situación de pobreza y la marginación son causas que facilitan la violación a derechos humanos y constituyen un agravante. Por lo anterior, se han desarrollado estándares para proteger a este grupo de la población, dentro de los cuales se halla el principio de igualdad y no discriminación. Insisto, las particularidades de

las personas son muy importantes y deben considerarse dentro de las acciones estatales para evitar violaciones.

También se ha señalado como otro estándar evitar la estigmatización y exclusión social de las personas que viven en situación de pobreza para respetar su derecho a una vida digna y desarrollar progresivamente los derechos económicos, sociales y culturales en favor de este grupo.

Las condiciones económicas hacen que ciertos grupos estén en situación de desventaja y las distinciones que se pueden hacer en contra de ellos por una de las categorías sospechosas nos hacen reflexionar que frente a una ponderación de brindar servicios a varios grupos se tiene que realizar un escrutinio estricto con el fin de evitar la discriminación.

## **5. ¿Cómo la investigación académica logra abonar al conocimiento y la aplicación del enfoque de derechos humanos para la atención a la salud de las personas en situación de pobreza?**

La investigación académica nos ayuda a saber cuáles son los alcances del derecho a la salud y las obligaciones estatales, teniendo en consideración a este grupo de atención prioritaria. Aplicar, por ejemplo, los principios en materia de derechos humanos nos hace pensar que sin duda es fundamental tomar en cuenta las características de las personas que van a ejercer ese derecho y su contexto al momento de determinar las obligaciones estatales.

En el caso de las personas en situación de pobreza, se tiene que determinar la manera en que deben actuar las autoridades para hacer efectivo un derecho a partir de cada uno de los elementos institucionales que lo integran.

*La investigación académica abona a conocer los alcances del derecho a la salud y las obligaciones estatales con un enfoque diferenciado para la atención puntual de las personas pertenecientes a grupos de atención prioritaria.*

No será lo mismo cumplir con el elemento de asequibilidad o disponibilidad cuando el grupo que está ejerciendo el derecho son personas en situación de pobreza que cuando lo hacen personas que viven en el municipio más rico del país. Por eso el enfoque de derechos humanos juega un papel fundamental para lograr hacer efectivos esos derechos, ya que nos da una hoja de ruta, una brújula, para determinar el alcance de las obligaciones en materia de derechos humanos y hacerlos exigibles a partir de la carga que tienen las autoridades y el papel de supervisión de que los particulares no violen tales derechos.

*El enfoque de derechos humanos es una brújula que orienta el alcance de las obligaciones estatales, por lo tanto juega un papel decisivo para hacerlos efectivos.*

## **6. Desde su trabajo de investigación sobre la protección a los derechos humanos, como producto de la pandemia por COVID-19, ¿cuáles son los problemas y desafíos que las personas en situación de pobreza enfrentan para ejercer su derecho a la salud?**

El Comité DESC ha señalado de forma recurrente que para millones de personas en todo el mundo el pleno disfrute del derecho a la salud continúa siendo un objetivo remoto y sobre todo para las personas que viven en pobreza debido a los obstáculos estructurales y de otra índole, como factores internacionales, que incluso están fuera del alcance estatal.

Si tomamos en consideración las declaraciones de Antonio Guterres,<sup>1</sup> secretario General de las Naciones Unidas, nos damos cuenta de que las personas más pobres son quienes corren mayor riesgo de contagio del virus y las que tienen menos acceso a servicios de salud de calidad.

*Para millones de personas el disfrute del derecho a la salud es un objetivo remoto, situación que se agrava para quienes viven en pobreza. En consecuencia, las personas más pobres tienen más riesgo de contagio de COVID-19.*

Hay estudios que demuestran que uno de los principales predictores de la esperanza de vida es el nivel de ingresos, porque la existencia de inequidades en materia de salud aparece socialmente determinada. De hecho, si atendiéramos a los perfiles de mortandad que se han registrado nos daríamos cuenta de que se asocian con condiciones demográficas y socioeconómicas de forma muy clara.

Un estudio realizado por Héctor Hiram Hernández Bringas<sup>2</sup> señala que 71% de las personas fallecidas por COVID-19 tenía una escolaridad de primaria o inferior, lo que demuestra una relación clara entre pobreza y afectaciones al derecho a la salud.

También se ha advertido que el grupo de personas en situación de pobreza expresa su incredulidad por la existencia del virus y otros datos nos hacen pensar en este vínculo: por

---

<sup>1</sup> Noveno Secretario General de las Naciones Unidas, quien asumió el cargo el 1 de enero de 2017.

<sup>2</sup> Investigador en el Centro Regional de Investigaciones Multidisciplinarias de la UNAM.

ejemplo, 84% de las personas que fallecieron por la nueva categoría de coronavirus pertenece a ciertos sectores de trabajo, entre ellos los no remunerados como amas de casa, personas jubiladas y pensionadas, conductores de vehículos, etcétera.

En nuestro país una parte importante de las personas que trabajan lo hacen en el sector informal. Si vemos los datos del Instituto Nacional de Estadística y Geografía, casi la mitad de la población labora en ese ramo y depende de un ingreso diario, lo que impide respetar largos periodos de confinamiento y de quedarse en casa. Esta condición asociada a menores niveles de protección social y de cobertura hospitalaria aumenta la probabilidad de la tasa de mortandad de este grupo.

*Casi la mitad de la población del país trabaja en el sector informal, dependiendo de un ingreso diario, situación que le impide observar las medidas de confinamiento y aumenta la probabilidad de tasa de mortandad de este grupo por COVID-19.*

Entonces para reducir el impacto desigual frente a la pandemia tendrán que habilitarse servicios hospitalarios y el acceso a ellos, condición que se reduce para las personas en situación de pobreza. Hernández Bringas también señala que las personas que acuden a los servicios públicos son quienes tienen mayores posibilidades de morir por esta pandemia. Asimismo, si vemos el porcentaje de personas que fallecen en instituciones privadas, la disparidad también es latente.

Hay que tomar en cuenta que las personas que habitan en zonas pobres y densamente pobladas corren un mayor riesgo en tanto que dichas condiciones aumentan la propagación más agresiva del virus. En cuanto a las comunidades indígenas que viven lejos de centros urbanos, si bien esa condición puede actuar como un mecanismo de aislamiento natural frente al contagio, si se diera un caso positivo podría acarrear un acceso tardío a la atención médica.

*Las personas que viven en zonas pobres y densamente pobladas corren mayor riesgo de contagio de COVID-19, pues tales circunstancias aumentan la propagación agresiva del virus.*

Por lo tanto, los Estados deben generar una transformación económica y social y programas de protección social que cubran a las personas que trabajan en el sector informal; priorizar campañas transparentes de información pública; tomar en cuenta políticas públicas que involucren a las personas en situación de pobreza y las que viven en áreas urbanas o en zonas indígenas; y garantizar el acceso al agua potable, el agua limpia, jabón, alimentos y a internet. Por otra parte, evitar el recorte de servicios básicos como la educación.

## **7. Finalmente, ¿nos podría compartir bibliografía, fuentes y/o referencia de personas investigadoras que han escrito sobre los derechos humanos de las personas en situación de pobreza, vinculado con el contexto de una emergencia sanitaria?**

Si atendemos al contexto de emergencia sanitaria y de la pobreza podemos recurrir al estudio de Héctor Hiram Hernández Bringas sobre mortalidad por COVID-19 en México, editado por el Centro Regional de Investigaciones Multidisciplinarias de la UNAM, del cual hemos hecho referencia en preguntas anteriores.

El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo emitió un documento sobre desarrollo humano y COVID-19 en México en el que se habla de los desafíos para una recuperación sostenible. También hay otra nota técnica respecto de los impactos económicos por COVID-19.

Por otra parte, la Revista Internacional de Educación para la Justicia Social, arbitrada y editada por Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, tiene un número extraordinario sobre las consecuencias del cierre de escuelas por COVID-19 en las desigualdades educativas. En ésta se halla un texto específico de Yliana Mérida Martínez y Luis Alan Acuña Gamboa sobre COVID-19, pobreza y educación en Chiapas.

También se puede recurrir a los informes de desigualdad en salud de la Secretaría de Salud de México. Éstos podrían ser elementos que se han de considerar al hablar de la relación entre COVID-19 y pobreza.

Finalmente, celebro que la revista se esté enfocando en promover el estudio de la pandemia y los derechos humanos, pues aun cuando pareciera ser un tema coyuntural no lo es; es de gran relevancia, sobre todo por los efectos que esta emergencia sanitaria puede tener a largo plazo.



## CONVOCATORIA

Con el ánimo de contribuir al estudio, investigación y difusión en materia de derechos humanos, la Comisión de Derechos Humanos de la Ciudad de México (CDHCM) 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 de la Dirección Editorial, la 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@cdhcm.org.mx](mailto:revistametodhos@cdhcm.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 CDHCM, 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.cdhd.org.mx> y para mayor información comuníquese al teléfono 5229 5600, exts. 2202, 2210 y 2213, o escriba al correo electrónico [revistametodhos@cdhcm.org.mx](mailto:revistametodhos@cdhcm.org.mx)