

## CAPÍTULO QUINTO

# Derechos en construcción

### I. Planteamiento

191. En el presente capítulo pretendemos ofrecer algunos comentarios sobre varias recomendaciones generales de la CNDH que se refieren a derechos diversos que no resulta fácil agrupar, razón por la cual proponemos la categoría de “derechos en construcción”, para indicar que se trata de derechos de reconocimiento reciente –la mayoría de ellos pertenecientes a la categoría de los “derechos colectivos”– y que por ello todavía se encuentran en proceso de desarrollo e implantación en la sociedad mexicana, lo que no quiere decir que no tengan ya una formulación jurídica precisa. Ello se refleja también en el número relativamente reducido de RRG que la CNDH les ha dedicado, lo cual no significa que no tengan peso en el número de quejas y cuestiones atendidas por la propia Comisión; por el contrario, su relevancia es claramente creciente en las sociedades contemporáneas. Estos derechos son el derecho a la protección de la salud y, en conexión con éste, el derecho a la información en esa misma materia; el derecho a contraer matrimonio civil por parte de las parejas del mismo sexo; el derecho humano a un medio ambiente sano a través de la protección y conservación de las áreas naturales protegidas, y el derecho que tienen los pueblos y comunidades indígenas a la consulta previa de su opinión cuando se trate de medidas y proyectos de política pública que afecten los territorios que habitan y sus recursos naturales; finalmente, del derecho de las mujeres a vivir sin violencia, como expresión de su dignidad humana y de su derecho a la integridad personal.

## II. Derechos a la protección de la salud y a la información en materia de salud (recomendaciones generales 15 y 29)

192. La recomendación general número 15, del 23 de abril de 2009, está motivada por la preocupación de la CNDH por las condiciones bajo las cuales se prestan los servicios de salud, puestas en evidencia por casi 12,000 quejas recibidas por la Comisión entre el año 2000 y enero de 2009, principalmente contra el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE), el Instituto de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas Mexicanas (ISSFAM) y la Secretaría de Salud Federal. Dichas quejas reiteradas, según la Comisión Nacional, “permiten observar incumplimiento de obligaciones básicas en el ámbito de la prestación de servicios de salud, ya que no siempre se garantiza la disponibilidad, la accesibilidad, la aceptabilidad y la calidad”. Los problemas más graves que se mencionan de manera específica son los siguientes: a) falta de médicos, especialistas y personal de enfermería; b) falta de capacitación para elaborar diagnósticos eficientes y otorgar tratamientos adecuados; c) insuficiente supervisión de residentes o pasantes por el personal de salud; d) falta de infraestructura hospitalaria y de recursos materiales (camas, medicamentos, instrumental y equipo médicos, laboratorios, etcétera), e) trato poco respetuoso o contrario a la dignidad de los pacientes, discriminación, falta de atención, negligencia en las intervenciones quirúrgicas, etcétera. Estos problemas están desarrollados de manera más amplia en el apartado de “Observaciones” de la RG.
193. La RG señala una serie de elementos jurídicos que consagran y desarrollan el derecho a la protección de la salud en nuestro país.<sup>75</sup> El principal se encuentra en el cuarto párrafo del artículo 4o. constitucional

<sup>75</sup> Sobre el derecho a la salud y el derecho a la protección de la salud véase Carbonell, José y Miguel Carbonell, *El derecho a la salud: una propuesta para México*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2013, así como Brena Sesma, Ingrid, “El derecho a la salud”, en Valdés, Luz María (coord.), *Derechos de los mexicanos. Introducción al derecho demográfico*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2009, pp. 83-97.

vigente, según reforma publicada el 3 de febrero de 1983: "Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución". Entre las disposiciones de carácter internacional conviene mencionar el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como el artículo 10.1 y 10.2 del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), complementado por el artículo 26 de la propia Convención, que se refiere al cumplimiento progresivo de los derechos. Además, el "Preámbulo" de dicho Protocolo señala que los derechos económicos, sociales culturales conforman un todo indisoluble con los derechos civiles y políticos, en tanto encuentran su fundamento en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana. Otros instrumentos y disposiciones importantes son el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 8.1 de la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, las diversas convenciones contra la discriminación y la Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

194. Entre las disposiciones de derecho interno se encuentra, en primer lugar, la Ley General de Salud, en particular su artículo 2o., relativo a las finalidades del derecho de protección a la salud, y el artículo 27, que enumera los servicios básicos en la materia. Cabe mencionar las diversas Normas Oficiales Mexicanas (NOM) en materia de prestación de los servicios de salud, así como los convenios de coordinación que, desde los años ochenta se firmaron entre el Gobierno federal y las entidades federativas, para la descentralización integral de los servicios de salud. Como puede observarse, los principales problemas del Sistema Nacional de Salud tienen que ver menos con el desarrollo del marco normativo y más con sus condiciones operativas y presupuestales, razón por la cual, los puntos de recomendación contenidos en la RG se refieren predominantemente a estas condiciones, como el apoyo presupuestal, el desarrollo de manuales para hacer operativas

las políticas de promoción de la salud, la capacitación, el diseño de programas especiales en favor de grupos vulnerables y el establecimiento de una consejería o apoyo emocional para personas con VIH, entre otras.

195. La segunda RG relacionada directamente con la materia de la salud, la número 29, de 31 de enero de 2017, aborda un problema más específico, el del llamado “expediente clínico” de los pacientes de las instituciones de salud públicas. La CNDH señala haber documentado las omisiones sistemáticas por parte del personal de salud en dichas instituciones en la elaboración de los expedientes clínicos, lo cual tiene diversos efectos negativos, pues se trata de un instrumento que permite al personal médico dar seguimiento a la condición y el tratamiento de los pacientes, así como de una herramienta para el consentimiento y la decisión libres e informados en la materia. Como consecuencia de estas omisiones, la Comisión ha expedido 96 recomendaciones a instituciones públicas de salud, con una tendencia incremental en los últimos años.
196. El expediente clínico se encuentra amparado por el derecho a la protección de la salud, de manera general y, de modo específico, por el derecho a la información en materia de salud, es decir, que se vinculan mutuamente el párrafo cuarto del artículo 4o. constitucional con el artículo 6o. de la Constitución (la NOM respectiva señala que el expediente clínico “es un instrumento de gran relevancia para la materialización del derecho a la protección de la salud”). El derecho a la información en materia de salud comprende, según la CNDH, al menos tres aspectos fundamentales: a) el acceso a toda clase de información relacionada con la atención de la salud; b) la protección de datos personales, y c) el cumplimiento de los principios de accesibilidad, confiabilidad, verificabilidad, veracidad y oportunidad de la información.
197. Después de estudiar las omisiones sistemáticas identificadas, en relación con el expediente clínico, la CNDH concluye que su falta o indebida integración constituye un problema estructural de los servicios

de salud, por lo cual recomienda la implementación de un sistema general automatizado que permita erradicar todas las prácticas opacas relacionadas con la información de dicho expediente, permitiendo al paciente acceder a todas las constancias y todos los elementos que lo integran y garantizando, al mismo tiempo, la estricta confidencialidad de los datos ahí contenidos frente a terceros.

### III. Matrimonio igualitario (Recomendación General 23)

198. El llamado “matrimonio igualitario”, que permite el enlace matrimonial civil entre dos personas del mismo sexo, es una figura jurídica que se ha aceptado en un número creciente de países, con base en una interpretación particular del principio de igualdad y no discriminación. En nuestro país se reconoció, por primera vez, a raíz de las reformas de 2009 al Código Civil del Distrito Federal, las cuales también reconocieron el derecho de adopción de las mismas parejas, y su posterior validación constitucional por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En un segundo momento, la Primera Sala de nuestro máximo tribunal dictó jurisprudencia obligatoria en el sentido de que resulta discriminatorio e inconstitucional la definición del matrimonio, en los Códigos Civiles o Familiares respectivos, como el enlace entre un solo hombre y una sola mujer, ya sea o no con fines de procreación. En consecuencia, las parejas del mismo sexo que deseen contraer matrimonio en cualquier parte de la República, aunque las leyes respectivas lo impidan, tienen un derecho constitucional a celebrarlo, y si éste se les niega por cualquier autoridad, se les otorgará el amparo y la protección de la justicia federal para hacerlo efectivo.<sup>76</sup>

<sup>76</sup> La Suprema Corte de Justicia de la Nación declaró, en la Acción de Inconstitucionalidad 2/2010, que el matrimonio entre personas del mismo sexo no era inconstitucional en cuanto la Constitución no define al matrimonio ni un modelo único de familia. Sobre esta acción y la jurisprudencia posterior de la Corte, véanse los ensayos reunidos en el volumen coordinado por Alterio, Ana Micaela y Roberto Niembro Ortega, *La Suprema Corte y el matrimonio igualitario en México*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2017.

199. Tiene razón la Suprema Corte de Justicia al señalar que la evolución del matrimonio ha llegado al punto en que su celebración por parejas del mismo sexo se hace próxima y posible. Sin embargo, y más allá de la opinión que se tenga al respecto, es preciso señalar con claridad cuál es el fundamento de su aceptación. En el fondo, se ha producido una nueva definición del matrimonio,<sup>77</sup> y no solamente un paso más en su evolución, lo cual se ha traducido en una especie de *mutación constitucional*<sup>78</sup> que conlleva la *inconstitucionalidad superveniente* de los códigos y las leyes que excluyen expresamente el llamado “matrimonio igualitario”. La nueva definición apuntada tiene que ver menos con el sexo de las parejas y más con la autonomía del individuo y de su derecho a configurar su identidad y el modo de vida que desea llevar.
200. En efecto, en sentido estricto, el matrimonio “tradicional” no excluye ni nunca ha excluido a las personas de orientación homosexual, quienes siempre han tenido la posibilidad de contraer matrimonio con una persona del sexo opuesto, y lo han hecho por razones diversas: para tener hijos, por presión social, para ocultar su orientación sexual, por indefinición o inseguridad en la misma, etcétera. Por tanto, la desigualdad en el trato y la discriminación hacia las personas homosexuales no radicaría en el matrimonio “tradicional” mismo, sino en una idea del matrimonio, según la cual éste existe como expresión de la iden-

<sup>77</sup> Que se trata de una nueva definición o redefinición de esta institución lo acepta la misma Suprema Corte de Justicia. Véase la tesis bajo el rubro “Matrimonio entre personas del mismo sexo. Al tratarse de una medida legislativa que redefine una institución civil, su constitucionalidad debe verificarse exclusivamente bajo un parámetro de razonabilidad de la norma (artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal, reformado mediante decreto publicado en la *Gaceta Oficial* de la entidad el 29 de diciembre de 2009; énfasis añadido)”. Tesis P. XXIV/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 873.

<sup>78</sup> Tradicionalmente se entiende por “mutación constitucional” un cambio de sentido e interpretación de una norma constitucional sin cambio expreso de su texto. En el caso que nos ocupa la mutación se da por referencia a una nueva norma legislativa y no al sentido intrínseco de la norma constitucional. Sobre este tema véase, desde una perspectiva crítica, Silva, José Afonso da, “Mutaciones constitucionales”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 1, julio-diciembre de 1999, pp. 1-24. Para este autor, la mutación constitucional debe tener límites y no será legítima si es contraria a la propia Constitución.

tividad y el plan de vida de las personas que lo contraen, idea que se ha ido gestando en los tiempos modernos y que ha provocado una disyunción entre la concepción del matrimonio en el plano personal y la noción más tradicional que todavía permea la vida social, pues, hasta ahora al menos, el matrimonio no se había definido *expresamente* como instrumento de la realización de una identidad personal o sexual particular, sino de otros objetivos sociales. Dicho en otras palabras: el matrimonio igualitario sería una expresión del derecho general a regir la propia vida y la propia identidad de manera autónoma y voluntaria, lo que incluye las relaciones sexuales y de pareja. Puede decirse entonces que se trata de una manifestación del *derecho al libre desarrollo de la personalidad* que de manera explícita o implícita reconocen la mayoría de las Constituciones del mundo.<sup>79</sup> Su aceptación está en consonancia con el principio de igualdad y no discriminación de la sociedad contemporánea, pero no se deriva de manera directa y evidente de dicho principio, en tanto no se había negado de manera absoluta un derecho previamente existente. Por tanto, se trata de una cuestión de trascendencia social que tendría que resolverse por la vía legislativa, habida cuenta de la realidad social visible de este tipo de relaciones familiares y de pareja, pero ello resulta problemático, al constatar que la mayoría de las leyes respectivas en las entidades federativas no se ha ajustado a los pronunciamientos de la Suprema Corte y posiblemente no lo haga en un futuro inmediato. Ello es el punto de partida de las iniciativas de reforma constitucional y legal que presentó el presidente Enrique Peña Nieto al Congreso de la

<sup>79</sup> Este derecho es entendido como especificación de la libertad general que reconocen los ordenamientos constitucionales. Sobre su reconocimiento en los ordenamientos español y colombiano, véase, respectivamente, Cruz Villalón, Pedro y Javier Pardo Falcón, "Los derechos fundamentales en la Constitución española", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXXIII, núm. 97, enero-abril de 2000, pp. 95 y ss., y Suárez Bonio, Andrés Felipe, "Derecho al libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana entre los años 1992 y 1997", *Dikaion*, Chia, Colombia, núm. 8, 1999, pp. 68-126. Este derecho ni la cláusula general de libertad aparecen en la Constitución mexicana, pero la Suprema Corte de Justicia ya ha utilizado el concepto en sus sentencias. Ver, por ejemplo, la tesis aislada P. LXVI/2009, bajo el rubro "Derecho al libre desarrollo de la personalidad. Aspectos que comprende". Estos aspectos, que "son parte de la forma en que una persona desea proyectarse y vivir su vida" conforme con su decisión autónoma, incluyen la "libre opción sexual".

Unión en mayo de 2016 (véase *infra*, párrafo 191), así como de la Recomendación General número 23, de 6 de noviembre de 2015, que comentamos.

201. En relación con lo anterior, conviene agregar que se trata de un tema en que socialmente todavía hay diferencias significativas de opinión. En una reciente encuesta nacional,<sup>80</sup> se preguntó a los entrevistados ¿Considera que las personas homosexuales deben tener o *no deben tener los mismos derechos que las demás personas*? Una mayoría clara de casi 70 por ciento contestó que “sí deben” o “sí deben, en parte”, pero algo más de una cuarta parte (26.6 por ciento), contestó que “no deben” o “no deben, en parte”. A la pregunta específica si debía incorporar en la Constitución el derecho de las personas a contraer matrimonio con otra persona de su mismo sexo, disminuye el acuerdo al 61.4 por ciento, con un tercio de los entrevistados (33.8 por ciento) que opina que “no se debe” incorporar. Al preguntarse en el mismo sentido sobre la incorporación en la Constitución del derecho de las parejas del mismo sexo a adoptar niños, se divide la opinión casi por mitades, con 50.8 por ciento que opina que “no se debe” y apenas un 43.6 por ciento que señala que “sí se debe” o “sí se debe, en parte”.<sup>81</sup> Por supuesto que el reconocimiento de un derecho fundamental, cuando se trata verdaderamente de tal, no puede ni debe estar supe-  
ditado a lo que opina circunstancialmente un grupo social, así se trata de la mayoría, pero estos resultados permiten entender, en parte,<sup>82</sup>

<sup>80</sup> Véase Fix-Fierro, Héctor, Julia Flores y Diego Valadés (coords.), *Los mexicanos y su Constitución. Tercera Encuesta Nacional de Cultura Constitucional. Centenario de la Constitución de 1917*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2017, pp. 125 y ss.

<sup>81</sup> En 2011, en el marco de la Segunda Encuesta Nacional de Cultura Constitucional, se hizo una pregunta similar: “93. Según su opinión, ¿qué tan de acuerdo o en desacuerdo está usted con la siguiente frase: ‘una pareja homosexual debería tener el derecho de adoptar un niño’? Estuvo “muy de acuerdo” y “de acuerdo” el 25.9 por ciento de los entrevistados, “en desacuerdo” o “muy en desacuerdo” el 49.9 por ciento, con un 20 por ciento que no se manifestó “ni de acuerdo ni en desacuerdo”. Ver *Segunda Encuesta Nacional de Cultura Constitucional. Legalidad, legitimidad de las instituciones y rediseño del Estado*, México, UNAM / IFE, 2011, consultable en <<https://historico.juridicas.unam.mx/invest/areas/opinion/Encuesta-Constitucion/>>, consultada el 26 de agosto de 2017.

<sup>82</sup> Es notoria la oposición de un sector de la Iglesia Católica y de otros grupos religiosos al matrimonio igualitario y a la adopción por parejas del mismo sexo, lo que seguramente ha influido en la situación actual. Al preguntarse a una muestra de ciudadanos sobre el derecho



por qué las iniciativas de reforma constitucional y legal que el presidente Enrique Peña Nieto envió al Congreso de la Unión en mayo de 2016 para ajustarse a la jurisprudencia obligatoria de la Suprema Corte de Justicia fueron rechazadas por la Comisión de Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados en noviembre del mismo año.<sup>83</sup>

202. La Recomendación General número 23, de 6 de noviembre de 2015, toma como punto de partida la situación –que desafortunadamente es real– de discriminación y violencia que enfrenta la llamada “comunidad LGBTTTI” en nuestro país. La CNDH ubica la no aceptación del matrimonio igualitario en ese marco de desigualdad y discriminación y, con apoyo en la jurisprudencia obligatoria de la Suprema Corte, ya citada, recomienda la adecuación de los ordenamientos en materia civil o familiar para permitir el acceso de todas las personas al matrimonio, sin que lo impida ningún tipo de discriminación en términos del párrafo quinto del artículo 1o. de la Constitución General de la República. En particular, la RG sostiene que resulta discriminatoria e inconstitucional también cualquier figura jurídica equivalente, pero alternativa al matrimonio, pues se trataría de la expresión de la doctrina de “iguales pero separados” que la Suprema Corte de Estados Unidos rechazó en 1954 para poner fin a la segregación racial en ese país. La Recomendación ratifica que el matrimonio es una institución secular<sup>84</sup> que forma parte central de la condición humana, pero que no cons-

---

de las autoridades religiosas a opinar respecto de estas cuestiones, la opinión se dividió, también por mitades, entre quienes estuvieron “muy de acuerdo” o “de acuerdo” (41.4 por ciento) en que pueden hacerlo, y los que se manifestaron “en desacuerdo” y “muy en desacuerdo” (40.8 por ciento). Ver Fix-Fierro, Flores y Valadés, *op. cit.*, *supra* nota 80, pp. 130-131.

<sup>83</sup> La iniciativa de reforma constitucional proponía agregar un párrafo al artículo 4o. constitucional en los siguientes términos: “Toda persona mayor de 18 años tiene derecho a contraer matrimonio y no podrá ser discriminada por origen étnico o nacional, género, discapacidad, condición social, condiciones de salud, religión, preferencias sexuales, o cualquier otra que atente contra la dignidad humana”. Además de que esta propuesta no es del todo explícita, y podría por ello considerarse que ya queda cubierta por el párrafo último del actual artículo 1o. constitucional, cabe opinar también que su aprobación nada cambiaría la situación actual, salvo que la misma Constitución declarara nula de pleno derecho toda norma ordinaria que impida el matrimonio de parejas del mismo sexo.

<sup>84</sup> Sobre este punto y sobre el debate con quienes sostienen una perspectiva religiosa, puede verse Arlettaz, Fernando, *Matrimonio homosexual y secularización*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2015.

tituye una esencia, sino una forma de convivencia eminentemente cultural, susceptible de cambio social y jurídico. Por tanto, en las circunstancias actuales, concluye que el matrimonio no puede estar condicionado por la orientación sexual.

#### IV. Áreas naturales protegidas y derechos humanos (Recomendación General 26)

203. Uno de los campos nuevos de desarrollo para la concepción de los derechos humanos es el medio ambiente, cuya protección y preservación han sido definidas precisamente, tanto por disposiciones nacionales como internacionales, en términos de un derecho fundamental. El párrafo quinto del artículo 4o. de la Constitución mexicana dispone que: "Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar [...]", según adición publicada el 28 de junio de 1999.<sup>85</sup> Otras normas relevantes para la definición y desarrollo de este derecho son el párrafo tercero del artículo 27 constitucional (que habla del "equilibrio ecológico"), el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como el artículo 11 del Protocolo de San Salvador, además de las numerosas convenciones particulares ratificadas por nuestro país, como la Convención sobre la Diversidad Biológica o la Convención sobre Cambio Climático.

204. En vista de que la CNDH se ocupa de todos los derechos humanos como una totalidad orgánica e insoluble (consecuencia de los principios de "interdependencia" e "indivisibilidad" a que se refiere el párrafo tercero del artículo 1o. constitucional), el ambiente entra también dentro de su competencia, con independencia de que puedan

<sup>85</sup>

Sobre la vinculación entre medio ambiente y derechos humanos puede verse Carmona Tinoco, Jorge Ulises y Jorge M. Hori Fojaco (coords.), *Derechos humanos y medio ambiente*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas)-Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, 2010, en particular el ensayo de María del Carmen Carmona Lara "Derechos humanos y medio ambiente" (pp. 1-34). Sobre el derecho a un medio ambiente sano, véase Moyano Bonilla, "Derecho a un medio ambiente sano", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXIX, núm. 85, enero-abril de 1996, pp. 229-257.

existir organismos e instituciones especializados en la protección del ambiente y la defensa de los derechos de los ciudadanos relacionados con él (*supra*, párrafos 51 y 52).

205. En esta materia, la Comisión Nacional ha dictado una sola Recomendación General, la número 26, de 13 de abril de 2016, la que, como en los demás casos, recoge y se nutre de sus actividades permanentes en este ámbito. La RG se refiere de manera específica a las Áreas Naturales Protegidas (ANP), las cuales son definidas por el artículo 3o., fracción II, de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, como zonas del territorio nacional “donde los ambientes originales no han sido significativamente alterados por la actividad del ser humano, o bien, que requieren ser preservadas y restauradas”. Las ANP tienen gran importancia no sólo por su objeto, sino por su extensión. De acuerdo con los datos recabados en la RG, hay 177 ANP de competencia federal, con una superficie de casi 26 millones de hectáreas (13 por ciento del territorio nacional) y cuyo manejo está a cargo de la Comisión Nacional de Áreas Naturales Protegidas (Conanp). Además, las entidades federativas también cuentan con ANP propias, salvo Colima y Chihuahua. Se trata de 368 áreas, con una superficie de cuatro millones de hectáreas (2 por ciento del territorio nacional). Otras 400 mil hectáreas son cubiertas por ANP de carácter voluntario, con el apoyo de la Conanp.
206. La problemática ambiental específica que aborda la RG tiene que ver con la obligación de que las ANP cuenten con un *programa de manejo*, que es un instrumento “de particular relevancia para el desarrollo y bienestar de la población asentada en municipios donde se ubican las ANP, al igual que las presentes y futuras generaciones de la sociedad en general” (párrafo 23). No todas las ANP cuentan con dicho programa: solamente 102 de las 177 ANP federales contaban con él en abril de 2016, además de haber otros 20 programas elaborados, pero no publicados, lo que constituye una omisión atribuible a la Conanp y a la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales. La Conanp señaló en su informe que la falta de formulación y publicación de los programas de manejo no impedía la adecuación, conservación y admi-

nistración de las ANP, tomando además en cuenta que varias de ellas habían perdido los objetivos de conservación que les dieron origen; a ello la CNDH respondió que precisamente la falta de tales instrumentos había contribuido al deterioro identificado. Hay que tomar en cuenta, por otro lado, que la importancia de estas áreas no sólo es nacional sino internacional, ya que impacta no sólo a la protección del ambiente en territorio mexicano, sino en la escala mundial. Además, 104 de las ANP contienen sitios incluidos en alguna de las listas de protección especial contenidas en los tratados o convenios internacionales que el Estado mexicano ha firmado y ratificado.

207. Entre las diversas cuestiones específicas que suscita la materia, la CNDH hace mención expresa de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas y de su vínculo con la preservación y protección del medio ambiente. En relación con ello, la Comisión resalta, en sus conclusiones, que estos pueblos y comunidades se encuentran entre los grupos cuya participación se estima imperativa para la adecuada formulación y publicación de los programas de manejo, pues en 80 ANP con presencia de población indígena (de hasta de un 90 por ciento), 29 carecen de dicho programa. Esto vincula la presente RG con la número 27 sobre el derecho de consulta previa a los pueblos indígenas, la cual se abordará en el siguiente apartado.

## V. Derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa (Recomendación General 27)

208. Otra de las importantes novedades en el ámbito de los derechos humanos en las últimas décadas del siglo XX y primeros años del XXI es el reconocimiento de los *derechos de los pueblos indígenas*.<sup>86</sup> La Constitución mexicana lo hizo por primera vez en 1992, en un párrafo adicionado al artículo 4o. constitucional. La rebelión del Ejército Zapatis-

<sup>86</sup> La bibliohemerografía sobre los derechos de los pueblos indígenas es ya inmensa, por lo que sólo remitimos al examen de algunos de sus aspectos constitucionales, en González Galván, Jorge Alberto (coord.), *Constitución y derechos indígenas*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2002.

ta de Liberación Nacional (EZLN) el 1 de enero de 1994 en el Estado de Chiapas desencadenó un nuevo debate y una negociación política que culminó con la reforma de 14 de agosto de 2001 al artículo 2o., el cual desarrolló de manera amplia los derechos de los pueblos indígenas originarios, así como las políticas a las que se comprometía el Estado mexicano para superar la situación de marginación y pobreza que ancestralmente han padecido dichos pueblos. A nivel internacional se ha dado un desarrollo paralelo en la elaboración de instrumentos internacionales, entre los que hay que mencionar la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, de 13 de septiembre de 2007, y el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo, de 1989.

209. La realidad de los pueblos indígenas en nuestro país es diversa y compleja. Encontramos aquí, de acuerdo con la Recomendación General número 27, de 11 de julio de 2016, 68 lenguas indígenas, correspondientes a otras tantas etnias, con 364 variantes etnolingüísticas. Desde el punto de vista de la población y de acuerdo con la Encuesta Intercensal de 2015, realizada por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía, un 21.5 por ciento de la población del país (unos 25 millones de personas) se considera indígena. En proporción a la población, las entidades federativas con más población indígena son Oaxaca (65.7 por ciento), Yucatán (65.4 por ciento), Campeche (44.5 por ciento) y Chiapas (con 36.1 por ciento); la de menor población indígena se encuentra en Tamaulipas (6.3 por ciento). Por tanto, el *derecho de consulta previa*<sup>87</sup> a los pueblos y comunidades indígenas, que tiene como correlato la obligación de las autoridades públicas de tomar el parecer de dichos pueblos y comunidades previamente a la adopción de medidas legislativas o administrativas que puedan afectarlos de

<sup>87</sup> Sobre este derecho puede verse Varios, *El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en América Latina*, La Paz, Bolivia, Fundación Konrad Adenauer, 2012; Rea Granados, Sergio Alejandro, "Derecho a la consulta y la participación de los pueblos indígenas. La experiencia constitucional en los casos de México y Chile", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLVIII, núm. 144, septiembre-diciembre de 2015, pp. 1083-1117; sobre el caso de Perú: Calle Hayen, Fernando, "El derecho a la consulta previa", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá, año XIX, 2013, pp. 333-352.

manera directa, tiene gran importancia también porque se encuentra interconectado con la protección de otros derechos colectivos: el derecho a la libre autodeterminación, al desarrollo sustentable, a la propiedad ancestral, a la biodiversidad y a la identidad culturales (párrafo 11).

210. Además de los dos instrumentos internacionales ya mencionados (párrafo 198, *supra*), otras normas relevantes son la Recomendación General núm. 23 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, de 1997, la Convención sobre Diversidad Biológica, de 1993, y la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, de 1992, entre otras. Además, la Corte y la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos se han pronunciado en diversas ocasiones sobre el derecho a la consulta previa. En el ordenamiento interno, cabe citar, de acuerdo con la RG, también las fracciones II del apartado A y IX del apartado B del artículo 2o. constitucional; el artículo 1o., fracción IV, de la Ley de Planeación; el artículo 158, fracción I, de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección del Ambiente; el artículo 108, párrafo tercero, de la Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados y el artículo 54 de su Reglamento; el artículo 3, fracción VI, de la Ley de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, así como los artículos 10, fracción XI, y 19, fracción VII, del Estatuto Orgánico, y 2o. fracciones XVI y XVII, y 6o., fracción I, del Reglamento Interno de la misma Comisión; el artículo 7, inciso a), de la Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas. Además, la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Instituto Nacional Electoral han aprobado sendos protocolos de actuación en la materia. Por último, 25 entidades federativas reconocen este derecho en sus Constituciones o leyes. Como puede advertirse, el marco jurídico es amplio y se encuentra bastante desarrollado. Por tanto, el problema que afecta principalmente a tal derecho es la falta de observancia y cumplimiento efectivos.

211. Antes de examinar la situación real del derecho de consulta previa en nuestro país mediante varios casos emblemáticos, la RG de la CNDH hace un repaso detallado de los principales elementos del mismo:

concepto, contenido esencial, características de la consulta (previa, libre, informada, de buena fe, culturalmente adecuada), los sujetos participantes (que incluyen a organismos y observadores de la sociedad civil y a grupos de asesoría académica), y la materia de la consulta. La Comisión Nacional observa que las siguientes son prácticas observadas en este ámbito y que deben por ello evitarse: a) la vulneración del carácter previo de la consulta; b) la existencia de un contexto de violencia y amenazas que impiden su libre ejercicio; c) la ausencia de información abundante y clara; d) la actuación de mala fe por parte de las autoridades, y d) la no utilización de procedimientos culturalmente adecuados. En consecuencia, la RG postula la necesidad de una ley de consulta, es decir, de un ordenamiento específico que precise de manera clara el contenido y alcance de los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales, a fin de que el derecho de consulta pueda ejercerse efectivamente de manera previa.

212. En consonancia con el principio de progresividad de los derechos humanos, la CNDH propone dar un paso más allá de la mera consulta previa y aceptar que las medidas o proyectos que no cuenten con el acuerdo o consentimiento de los pueblos y comunidades indígenas no puedan llevarse a cabo (vinculatoriedad de la consulta), salvo que el Estado demuestre que la medida o el proyecto responden a los intereses de la sociedad, fueron preestablecidos en ley, satisfacen el principio de proporcionalidad y no implican la denegación de tradiciones y costumbres de un modo que ponga en peligro la subsistencia del grupo indígena o de sus integrantes (párrafo 159). Se trata entonces de un requisito muy exigente que es conforme con los estándares de protección internacional más elevados.

## VI. Violencia obstétrica y derecho de las mujeres a vivir sin violencia (Recomendación General 31)

213. El concepto de “violencia obstétrica” es de uso relativamente reciente, pero la situación a la que hace referencia es antigua. Se trata de una

forma de violencia de género,<sup>88</sup> es decir, de violencia, de diverso tipo, ejercida contra las personas –mayoritariamente las mujeres– en razón de los roles y las expectativas que la sociedad les asigna como hombres y mujeres. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos ha definido la violencia obstétrica en los siguientes términos:

Una modalidad de la violencia institucional y de género, cometida por prestadores de servicios de la salud, por una deshumanizada atención médica a las mujeres durante el embarazo, parto o puerperio que le genere una afectación física, psicológica o moral, que incluso llegue a provocar la pérdida de la vida de la mujer o, en su caso, del producto de la gestación o del recién nacido, derivado de la prestación de servicios médicos, abuso de medicalización y patologización de procedimientos naturales, entre otros.<sup>89</sup>

214. Como puede apreciarse, la violencia obstétrica<sup>90</sup> hace referencia a diversas formas de maltrato físico y psicológico que pueden sufrir las mujeres, y también sus hijos, durante las etapas del embarazo, el par-

<sup>88</sup> Sobre este concepto existe una bibliografía cada vez más amplia. Véase, por ejemplo, Maqueda Abreu, María Luisa, “La violencia de género: entre el concepto jurídico y la realidad social”, en Álvarez de Lara, Rosa María (coord.), *Panorama internacional de derecho de familia. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2006, tomo II, pp. 777-793.

<sup>89</sup> CNDH, *Recomendación General* número 31, de 31 de julio de 2017, párrafo 94. La misma recomendación cita (párrafo 49) la siguiente caracterización por la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México (2014): violencia obstétrica “es aquella ejercida por las y los profesionales de la salud sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres. Se trata de un tipo de violencia invisibilizada, no desapercibida obviamente pues las mujeres la padecen, la sienten. La violencia obstétrica se manifiesta de distintas maneras, incluyendo malos tratos, humillaciones, insultos, amenazas, en algunos casos golpes; negación o rechazo para el acceso a servicios; el abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales, entre otras formas de evidente discriminación y de desvalorización del embarazo y parto”.

<sup>90</sup> Sobre este concepto en particular puede verse Belli, Laura F., “La violencia obstétrica: otra forma de violación a los derechos humanos”, *Revista Redbioética/UNESCO*, Montevideo, año 4, núm. 1 (7), enero-junio de 2013, pp. 25-34; Arguedas Ramírez, Gabriela, “La violencia obstétrica: propuesta conceptual a partir de la experiencia costarricense”, *Cuadernos Inter.c.a.ambio sobre Centroamérica y el Caribe*, San Pedro de Montes de Oca, Costa Rica, vol. 11, núm. 1, enero-junio de 2014, pp. 145-169; Castro, Roberto, “Génesis y práctica del habitus médico autoritario en México”, *Revista Mexicana de Sociología*, México, vol. 76, núm. 2, abril-junio de 2014, pp. 167-197; Pozzio, María Raquel, “La gineco-obstetricia en México: entre el ‘parto humanizado’ y la violencia obstétrica”, *Estudios feministas*, Florianópolis, vol. 24, núm. 1, enero-abril de 2016, pp. 101-117.



to y el puerperio, con violación de diversos derechos humanos. Se trata de un fenómeno frecuente en la mayoría de los países del mundo. En México, la importancia de abordar y combatir su prevalencia queda de manifiesto por el número anual de nacimientos que se realizan en el país y por la elevada proporción de ellos que ocurren en las instituciones públicas de salud. En 2016, el número total de nacimientos fue de más de dos millones, de los cuales, casi un millón 600 mil (76.7 por ciento) se produjeron en las instituciones citadas. Solamente entre 2015 y 2017, la CNDH ha dictado 28 recomendaciones particulares, las cuales documentan la diversidad y gravedad de las violaciones que se cometen en este ámbito.<sup>91</sup> También las comisiones y organismos de derechos humanos de las entidades federativas se han ocupado de numerosos casos de violencia obstétrica.<sup>92</sup>

215. En efecto, en las 28 recomendaciones particulares citadas, la CNDH examina la violación de los siguientes derechos y su frecuencia: a) derecho a una vida sin violencia (28);<sup>93</sup> b) derecho a la protección de la salud (26); c) derecho a la información y al libre consentimiento informado (nueve); d) derecho a la libertad y la autonomía reproductivas (11); e) derecho a la igualdad y no discriminación (uno); f) derecho a la integridad personal (seis), y g) derecho a la vida (22). Por ello, la Comisión Nacional caracteriza la violencia obstétrica como un fenómeno “multifactorial” que se traduce en una situación “pluriofensiva”, es decir, de violación de diversos derechos de las mujeres. Entre las prácticas que violan tales derechos de las mujeres se puede mencionar el rechazo a permitir la presencia y participación de las parteras tradicionales en los hospitales públicos cuando éstos atienden un parto, lo cual motiva a hacer una recomendación específica a las autoridades a las que se dirige la RG número 31.

<sup>91</sup> Conviene agregar que la CNDH distingue con cuidado entre la “violencia obstétrica” y la “negligencia médica”, sobre la cual se le presentan también numerosas quejas (ver párrafos 76 y siguientes de la RG ya citada).

<sup>92</sup> La RG número 31 documenta los datos citados.

<sup>93</sup> La expresión “vida libre de violencia” que utilizan varias leyes e instrumentos normativos es evidentemente un anglicismo que resulta deseable evitar.

216. El marco jurídico, tanto nacional como internacional, para atender este problema es amplio y complejo, y comprende tanto disposiciones genéricas sobre la violencia contra las mujeres como específicas en relación con los procesos de gestación. La CNDH hace un repaso detallado de dicho marco jurídico, dentro del cual destacan la Convención de Belém do Pará (artículos 4, inciso b), 7 inciso a) y 8, inciso a)) y el Informe sobre Acceso a Servicios de Salud Materna desde una Perspectiva de Derechos Humanos, expedido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 2010. De la legislación nacional destacan las llamadas “leyes sobre acceso de las mujeres a una vida libre de violencia”, aprobadas tanto en el nivel federal como en el local, algunas de las cuales prevén de manera particular la “violencia obstétrica” (como el Estado de Veracruz desde 2008). También resulta relevante la legislación sobre salud. Así, por ejemplo, la Ley General de Salud, la Ley del Seguro Social y la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado prevén la atención obligatoria de urgencias obstétricas, no obstante, lo cual, en años recientes han aparecido en los medios de comunicación numerosas notas sobre mujeres embarazadas a quienes se ha negado el acceso a los servicios de salud y por ello han tenido que dar a luz en situaciones precarias y riesgosas.