Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx/
Libro completo en https://tinyurl.com/y2asnl7l

CAPÍTULO QUINTO

Derechos en construcción

I. Planteamiento

206. 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 RRGG 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, los derechos 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, así como el derecho a la protección de su patrimonio cultural; el derecho de las mujeres a vivir sin violencia, como expresión de su dignidad humana y de su derecho a la integridad personal; finalmente, las obligaciones y responsabilidades que tienen las empresas en materia de derechos humanos.

DR © 2019. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, https://www.cndh.org.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx/
Libro completo en https://tinyurl.com/y2asnl7l

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

207. 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.

208. La RG señala una serie de elementos jurídicos que consagran y desarrollan el derecho a la protección de la salud en nuestro país.[80] El principal se encuentra en el cuarto párrafo del artículo 4o. constitucional

[80] 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.

DR © 2019. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, https://www.cndh.org.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx/
Libro completo en https://tinyurl.com/y2asnl7l

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.

209. 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

DR © 2019. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, https://www.cndh.org.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx/
Libro completo en https://tinyurl.com/y2asnl7l

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.

210. 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.

211. 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.

212. 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

DR © 2019. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, https://www.cndh.org.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx/
Libro completo en https://tinyurl.com/y2asnl7l

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)

213. 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.[81]

[81] 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.

DR © 2019. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, https://www.cndh.org.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx/
Libro completo en https://tinyurl.com/y2asnl7l

214. 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,[82] y no solamente un paso más en su evolución, lo cual se ha traducido en una especie de *mutación constitucional*[83] 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.

215. 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-

82 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.

83 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", en *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.

DR © 2019. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, https://www.cndh.org.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx/
Libro completo en https://tinyurl.com/y2asnl7l

tidad 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.[84] 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

[84] 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", en *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", en *Dikaion*, Chia, Colombia, núm. 8, 1999, pp. 68-126. Ni 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".

DR © 2019. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, https://www.cndh.org.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx/
Libro completo en https://tinyurl.com/y2asnl7l

Unión en mayo de 2016 (véase *infra*, párrafo 216), así como de la Recomendación General número 23, de 6 de noviembre de 2015, que comentamos.

216. 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,[85] 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".[86] Por supuesto que el reconocimiento de un derecho fundamental, cuando se trata verdaderamente de tal, no puede ni debe estar supeditado a lo que opina circunstancialmente un grupo social, así se trate de la mayoría, pero estos resultados permiten entender, en parte,[87] por qué las iniciativas

85 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.

86 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.

87 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

DR © 2019. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, https://www.cndh.org.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx/
Libro completo en https://tinyurl.com/y2asnl7l

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.[88]

217. 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[89] 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.

88 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, discapacidades, 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.

89 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.

DR © 2019. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, https://www.cndh.org.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx/
Libro completo en https://tinyurl.com/y2asnl7l

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)

218. 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.[90] 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.

219. En vista de que la CNDH se ocupa de todos los derechos humanos como una totalidad orgánica e indisoluble (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 existir organismos e instituciones especializados en la protección del

90 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", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXIX, núm. 85, enero-abril de 1996, pp. 229-257.

DR © 2019. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, https://www.cndh.org.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx/
Libro completo en https://tinyurl.com/y2asnl7l

ambiente y la defensa de los derechos de los ciudadanos relacionados con él (*supra*, párrafos 51 y 52).

220. En esta materia, la Comisión Nacional ha dictado al menos dos Recomendaciones Generales, la número 26, del 13 de abril de 2016, y la número 32, del 24 de julio de 2018, relativa a las consecuencias de la contaminación atmosférica (esta RG se aborda más adelante); como en los demás casos, ambas recogen y se nutren de sus actividades permanentes en este ámbito. La RG 26 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.

221. 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 pro-

DR © 2019. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, https://www.cndh.org.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx/
Libro completo en https://tinyurl.com/y2asnl7l

gramas de manejo no impedía la adecuación, conservación y administración 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.

222. 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 y a la protección de su patrimonio cultural (recomendaciones generales 27 y 35)

223. 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*.[91] La Cons-

[91] 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.

DR © 2019. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, https://www.cndh.org.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx/
Libro completo en https://tinyurl.com/y2asnl7l

titución mexicana lo hizo por primera vez en 1992, en un párrafo adicionado al artículo 4o. constitucional. La rebelión del Ejército Zapatista 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.

224. 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*[92] a los pueblos y comunidades indígenas, que tiene como correlato la obligación de las autoridades públicas de tomar el parecer

92 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", en *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", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá, año XIX, 2013, pp. 333-352.

DR © 2019. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, https://www.cndh.org.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx/
Libro completo en https://tinyurl.com/y2asnl7l

de dichos pueblos y comunidades previamente a la adopción de medidas legislativas o administrativas que puedan afectarlos de 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).

225. Además de los dos instrumentos internacionales ya mencionados (párrafo 223, *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.

226. 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: con-

DR © 2019. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, https://www.cndh.org.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx/
Libro completo en https://tinyurl.com/y2asnl7l

cepto, 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.

227. 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 (pár. 159). Se trata entonces de un requisito muy exigente que es conforme con los estándares de protección internacional más elevados.

228. Otro derecho de gran relevancia para los pueblos y comunidades indígenas, porque está relacionado con su identidad como tales, es el derecho a la protección de su patrimonio cultural, sobre todo el de naturaleza inmaterial. Este patrimonio cultural tradicional se encuentra actualmente afectado por las leyes y las prácticas de la sociedad industrial que permiten y protegen la explotación comercial exclusiva de las manifestaciones culturales (artísticas o literarias, por ejemplo),

DR © 2019. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, https://www.cndh.org.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx/
Libro completo en https://tinyurl.com/y2asnl7l

lo que pone en riesgo la capacidad de los pueblos y comunidades indígenas para controlar las manifestaciones culturales tradicionales de las que son autores y que expresan su identidad particular. Por ejemplo, en fechas recientes se ha denunciado el plagio de diseños artísticos indígenas por empresas nacionales e internacionales, sin consulta ni participación de los pueblos y comunidades afectados, lo que la CNDH ha documentado y denunciado en la Recomendación General número 35, de 28 de enero de 2019, la cual aborda de manera extensa la protección del patrimonio cultural de los pueblos y comunidades indígenas de la República Mexicana.

229. El objetivo de la RG 35 queda expresado en los siguientes términos:

> … advertir sobre las omisiones existentes en marcos normativos, así como en los alcances de diversas instancias del Estado, en relación a la problemática de la sustracción y la apropiación cultural indebida que enfrentan los pueblos y comunidades indígenas en sus usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas, así como instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales y que les son inherentes a las comunidades, como parte integral de su patrimonio cultural, a fin de coadyuvar en el diseño y generación de procedimientos y mecanismos idóneos que permitan su efectiva protección y promoción. Toda vez que esta Comisión Nacional ha observado prácticas ilegítimas e injustas, que desconocen la autoría de los pueblos y comunidades indígenas sobre su patrimonio cultural, afectando sus derechos de creación y recreación (párr. 7).

El párrafo anterior define con toda claridad cuál es la motivación central de la RG. No necesitamos insistir en la importancia demográfica, social y cultural que tienen los pueblos y comunidades indígenas, incluyendo a todas las personas que se autoidentifican como indígenas. Esta importancia se refuerza ahora con la muy reciente reforma constitucional que reconoce, en el artículo 2º, apartado C, la pertenencia de los pueblos y comunidades de ascendencia afromexicana a la composición pluricultural de la Nación mexicana.[93]

[93] *Diario Oficial de la Federación* de 9 de agosto de 2019.

DR © 2019. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, https://www.cndh.org.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx/
Libro completo en https://tinyurl.com/y2asnl7l

230. Como sucede con muchos de los derechos que se han abordado en párrafos anteriores, el orden jurídico nacional y, sobre todo el internacional, no carecen de abundantes y relevantes instrumentos normativos para atender la protección del patrimonio cultural indígena. En el plano internacional, además de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas a que ya se ha hecho mención (hay una declaración similar en el sistema interamericano), existen varios instrumentos elaborados y promovidos por UNESCO, siendo el más importante la Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial, de 2003, la cual fue ratificada por México el 14 de diciembre de 2005 y se encuentra en vigor desde el 20 de abril de 2006.

231. Por lo que se refiere al orden jurídico nacional, contamos, por un lado, con cuerpos normativos que protegen de manera particular los diversos derechos de los pueblos y comunidades indígenas, como el artículo 2o. constitucional, la Ley General de Cultura y Derechos Culturales, la Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas, la Ley del Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas; por el otro lado, están las normas relativas a la protección de la propiedad intelectual, como son la Ley Federal del Derecho de Autor y la Ley de la Propiedad Industrial. Por lo que toca a las entidades federativas, la Comisión encuentra que la legislación es enunciativa y que no hay antecedentes de que se haya consultado sobre esta cuestión a los pueblos y comunidades indígenas.

232. En relación con la Ley Federal del Derecho de Autor, que tiene importancia central para el registro y protección de las expresiones culturales de todo tipo, la CNDH considera que no establece una protección suficiente, pues "no prevé un mecanismo que respete el derecho a la colectividad indígena y garantice la protección a sus formas de expresión y creatividad como parte del patrimonio cultural de los pueblos y comunidades indígenas de forma colectiva, sino que únicamente establece procedimientos para la protección de los derechos individuales de autoría y propiedad intelectual…" (párr. 59).

DR © 2019. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, https://www.cndh.org.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx/
Libro completo en https://tinyurl.com/y2asnl7l

Tampoco las "marcas colectivas" ni la "denominación de origen" son instrumentos suficientes para la protección del patrimonio cultural indígena.

233. Lo anterior se debe, sin duda, a que la Ley Federal del Derecho de Autor, así como la Ley de la Propiedad Industrial, tienen otro origen y otros propósitos, de carácter individualista, no relacionados directamente con los derechos indígenas, lo que lleva a la CNDH a concluir lo siguiente:

> … se puede decir que México no cuenta con un marco jurídico adecuado que atienda las especificidades y características propias de los pueblos y comunidades indígenas, mismo que haga efectivo su derecho a la protección del patrimonio cultural, ya que actualmente no prevé las medidas necesarias para proteger, salvaguardar, preservar, promover y desarrollar dicho patrimonio, con base en una visión interseccional que incorpore la pertinencia cultural (párr. 79).

Dicho en otras palabras: para ajustarse a los estándares internacionales y establecer medios efectivos de protección, la legislación nacional tiene que modificarse primero para reconocer e incorporar la perspectiva de los derechos indígenas, y luego, corresponderá a las autoridades competentes vigilar y asegurar que dicha legislación se cumpla cabalmente. Sin duda, nuestro país está todavía lejano de la protección plena de todos los derechos que pertenecen a los pueblos y comunidades indígenas y afromexicanos y que ya les reconocen la Constitución y el orden jurídico nacional.

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

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

DR © 2019. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, https://www.cndh.org.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx/
Libro completo en https://tinyurl.com/y2asnl7l

forma de violencia de género,[94] 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.[95]

235. Como puede apreciarse, la violencia obstétrica[96] 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-

---

94 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.

95 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".

96 Sobre este concepto en particular puede verse Belli, Laura F., "La violencia obstétrica: otra forma de violación a los derechos humanos", en *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", en *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", en *Estudos feministas*, Florianópolis, vol. 24, núm. 1, enero-abril de 2016, pp. 101-117.

DR © 2019. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, https://www.cndh.org.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx/
Libro completo en https://tinyurl.com/y2asnl7l

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.[97] También las comisiones y organismos de derechos humanos de las entidades federativas se han ocupado de numerosos casos de violencia obstétrica.[98]

236. 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);[99] 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.

97 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).

98 La RG número 31 documenta los datos citados.

99 La expresión "vida libre de violencia" que utilizan varias leyes e instrumentos normativos es evidentemente un anglicismo que resulta deseable evitar.

DR © 2019. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, https://www.cndh.org.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx/
Libro completo en https://tinyurl.com/y2asnl7l

237. 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.

VII. Violaciones a derechos humanos ocasionados por la contaminación atmosférica (Recomendación General 32)

238. En este apartado haremos breve referencia a una reciente RG de la CNDH, la número 32, de 24 de julio de 2018, que aborda la compleja problemática de derechos humanos que se deriva de la contaminación atmosférica urbana. No la hemos agrupado con otras Recomendaciones Generales relativas a la protección de la salud, porque esta RG también considera afectados otros derechos, como el derecho a un nivel de vida adecuado, el derecho a un medio ambiente sano y el derecho a la información pública.

DR © 2019. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, https://www.cndh.org.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx/
Libro completo en https://tinyurl.com/y2asnl7l

239. La contaminación atmosférica en zonas urbanas es un fenómeno extendido y ampliamente padecido por los habitantes de las mismas. Se trata de un problema que no es nuevo, pero que ha ido adquiriendo mayor gravedad, en la medida en que, en nuestro país al menos, la mayor parte de la población (aproximadamente un 75 por ciento) vive en zonas urbanas, aunque no todas habitan las zonas conurbadas de las megalópolis, como la del Valle de México, la de Guadalajara y la de Monterrey; de todos modos, en estas zonas el número de personas afectadas es de muchos millones (unos veinte en la zona metropolitana de la Ciudad de México). La RG 32 describe la problemática de la contaminación atmosférica en zonas urbanas en México, los efectos de la misma sobre la salud, sobre la vida de las personas (se calcula que se producen unas doce mil muertes prematuras anualmente en la zona metropolitana de la Ciudad de México), así como sobre el medio ambiente y las actividades económicas. De este diagnóstico se concluye que, siendo uno de los 15 países con mayores emisiones de gases de efecto de invernadero en el mundo, México "se sitúa como un país con problemas para medir, controlar y mitigar las emisiones a causa del uso de combustibles fósiles" (pár. 54), principalmente en las grandes zonas metropolitanas, como las mencionadas.

240. El problema de la contaminación atmosférica es complejo, y por ello, la RG descompone el análisis de los instrumentos normativos y de la acción de las autoridades competentes en cinco sectores: energético, de transporte y movilidad, ambiental, de salud y de normalización. Del repaso de la normatividad y la actuación de las autoridades en estos cinco sectores se desprenden numerosas deficiencias, entre las que podemos mencionar: a) no se cumplen los límites máximos permitidos en la presencia de contaminantes atmosféricos; b) no se han actualizado las normas técnicas sobre calidad ambiental y hay otras omisiones en la revisión administrativa de disposiciones ambientales; c) es insuficiente el fomento de energías limpias; d) hay falta o inadecuada implementación de redes y estaciones de monitoreo de la calidad del aire; e) falta la perspectiva de derechos humanos en las normativas relativas al sector energético; f) es inadecuado el manejo de

DR © 2019. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, https://www.cndh.org.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx/
Libro completo en https://tinyurl.com/y2asnl7l

las atribuciones concurrentes en la materia, etcétera. Las recomendaciones relevantes para resolver estos problemas tienen que dirigirse a un conjunto amplio y diverso de autoridades, tanto del orden federal (varias Secretarías de Estado, Procurador Federal de Protección al Ambiente) como local (gobiernos de las entidades federativas y de los municipios).

VIII. Respeto y observancia de los derechos humanos en las actividades de las empresas (Recomendación General 37)

241. Una de las características evidentes de los derechos humanos es su continua expansión a los más diversos ámbitos sociales, de modo que hace tiempo han dejado de enfocarse exclusivamente en las relaciones verticales entre los ciudadanos y las autoridades públicas, para incluirse como una perspectiva que debe influir en todas las relaciones sociales, considerando que en todas están implicados la dignidad y los derechos de los individuos y grupos que componen a la sociedad. Es en esta dimensión que se inscribe la Recomendación General número 37, de 21 de mayo de 2019, de la CNDH, "sobre el respeto y observancia de los derechos humanos en las actividades de las empresas".

242. Antes de entrar en el rico contenido de la RG 37, conviene abordar la cuestión de las obligaciones o responsabilidades que pueden tener los particulares –como es el caso de las empresas– en relación con otros particulares. La visión tradicional es que los derechos humanos o derechos fundamentales, consagrados en la Constitución, solamente son relevantes y aplicables en las relaciones entre el poder público y los particulares (individuos o personas jurídicas), por lo que las relaciones entre éstos están regidas esencialmente por la legislación ordinaria (civil y penal). Dicho de otro modo: los particulares no están obligados por las normas relativas a derechos fundamentales, ni son responsables por las violaciones a las mismas. Otra visión es la que considera que sí existen obligaciones derivadas de los derechos fundamentales a las

DR © 2019. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, https://www.cndh.org.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx/
Libro completo en https://tinyurl.com/y2asnl7l

que están sujetos los particulares en sus relaciones con otros particulares y que les son oponibles, lo que la doctrina ha denominado "eficacia horizontal" o "eficacia frente a terceros" de los derechos humanos o derechos fundamentales.[100] Al respecto existen dos posturas: una que considera que esos efectos solamente se pueden dar de manera indirecta, a través de la irradiación o incorporación de una perspectiva de derechos humanos en la interpretación o aplicación de la legislación ordinaria (posiblemente la posición mayoritaria, elaborada sobre todo por el Tribunal Constitucional Federal alemán); y la que sostiene que la aplicabilidad de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares es directa, por lo que éstos pueden violar dichos derechos y ser responsables inmediatamente de dicha violación. Desde luego, en este ensayo no entraremos a dirimir esta cuestión. Baste señalar, sin embargo, que ya está plenamente aceptado que los derechos humanos tienen relevancia para las relaciones entre particulares, bajo la consideración de que no se trata solamente de derechos subjetivos, sino de principios, lineamientos o valores objetivos que deben informar a todo el orden jurídico y social.

243. Como puede advertirse fácilmente, la cuestión de la eficacia horizontal de los derechos humanos tiene consecuencias para el mayor o menor alcance de la competencia de las autoridades –como las comisiones de derechos humanos– que tienen a su cargo la protección de los derechos fundamentales. La Ley de la CNDH parece adherirse a tesis de la eficacia horizontal indirecta de los derechos humanos, al prever que la Comisión es competente solamente para conocer de quejas por actos u omisiones de las autoridades públicas que violen presuntamente algún derecho humano reconocido por el orden jurídico mexicano, y no lo es respecto de actos de particulares y otros

[100] De una amplia bibliografía, puede consultarse sobre este complejo problema Poyal Costa, Ana, "La eficacia de los derechos humanos frente a terceros", en *Revista de Derecho Político*, Madrid, núm. 34, 1991, pp. 189-221; Martínez Estay, José Ignacio, "Los particulares como sujetos pasivos de los derechos fundamentales. La doctrina del efecto horizontal de los derechos", en *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, núm. especial, 1998, pp. 59-64; Anzures García, Juan José, "La eficacia horizontal de los derechos fundamentales", en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 22, enero-junio de 2010, pp. 3-51.

DR © 2019. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, https://www.cndh.org.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx/
Libro completo en https://tinyurl.com/y2asnl7l

agentes sociales, salvo que "cometan ilícitos con la tolerancia o anuencia de algún servidor público o autoridad, o bien cuando estos últimos se nieguen infundadamente a ejercer las atribuciones que legalmente les correspondan en relación con dichos ilícitos, particularmente en tratándose de conductas que afecten la integridad física de las personas" (artículo 6º, fracción II, inciso b). En la RG número 37, la CNDH considera que tiene competencia para abordar la cuestión de las obligaciones y responsabilidades de las empresas en materia de derechos humanos, en una doble dirección: una competencia directa en el caso de empresas públicas (y de empresas que operan sobre la base de concesiones, autorizaciones o permisos que les otorgue el poder público), y una competencia indirecta en el caso de las empresas privadas, cuando haya anuencia o tolerancia de las autoridades públicas, como señala el artículo arriba citado. En este sentido, la Comisión considera que las recomendaciones que emita pueden incluir

> todas las consideraciones para acreditar la actuación contraria a la ley por parte de una empresa, bajo un enfoque de derechos humanos, y pedir a las autoridades investigadoras de las actividades de las empresas que para la determinación de responsabilidades considere(n) el enfoque de derechos humanos. Es la fórmula para materializar la responsabilidad de las empresas en casos concretos (párr. 146).

244. Como es de esperarse, el espectro de cuestiones que aborda la RG es sumamente amplio, en vista de que las empresas están presentes en todos los campos de la acción social. De una revisión de sus actividades en la materia, la Comisión encontró que, del total de recomendaciones emitidas entre 1990 y diciembre de 2018 (2 mil 767), al menos 65 se referían a empresas públicas o privadas, pertenecientes a 11 sectores productivos, implicadas en violación de derechos humanos. De las 35 RG dictadas hasta ese momento, 12 estaban relacionadas con actividades de empresas en siete sectores productivos. Las posibles violaciones se pueden dar al interior de las empresas, afectando principalmente a sus trabajadores, o hacia el exterior, con afectación a los consumidores, los usuarios o las comunidades colindantes (las

DR © 2019. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, https://www.cndh.org.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx/
Libro completo en https://tinyurl.com/y2asnl7l

cuales estar en situación de particular vulnerabilidad), o en ambas direcciones.

245. Los instrumentos jurídicos que son relevantes para abordar la materia de la RG son muy numerosos y complejos. En el ámbito internacional se produce un proceso, que arranca en los años setenta del siglo XX, para reconocer a las empresas como nuevos sujetos responsables de respetar derechos humanos, por encima de la libertad empresarial y comercial. Recordemos los trabajos que se iniciaron en 1974 (pero suspendidos en 1992) por la ONU para establecer un código de conducta para las empresas transnacionales. En 2000 empezó a operar un Pacto Mundial, por el cual las empresas se comprometen voluntariamente a alinear sus operaciones conforme a 10 principios agrupados en cuatro pilares: derechos humanos, trabajo, medio ambiente y anticorrupción. En julio de 2011, el Consejo de Derechos Humanos aprobó los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, que a la fecha se consideran como el máximo estándar internacional en la materia. El mismo Consejo aprobó en 2014 la creación de un grupo de trabajo intergubernamental para elaborar un proyecto de instrumento jurídico vinculante. Se pueden mencionar también las líneas directrices de la OCDE para empresas multinacionales, con un capítulo sobre derechos humanos (ver párs. 25 y siguientes). En el plano nacional, la Comisión identificó 162 leyes relevantes para la materia.

246. La cuestión de la relación de las empresas con los derechos humanos se desdobla en varios subtemas, de acuerdo con la RG: a) la relación de las empresas con el derecho al desarrollo; b) las obligaciones que tiene el Estado respecto de las actividades de las empresas, que incluyen la prevención y sanción de posibles violaciones a derechos humanos; c) los diversos aspectos de la nueva situación de las empresas como sujetos obligados por los derechos humanos, lo que incluye: i) el cumplimiento de las obligaciones establecidas en ley; ii) los compromisos corporativos voluntarios de las empresas para respetar derechos humanos; iii) los procesos internos de las empresas para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuenta de los riesgos de violación a

DR © 2019. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, https://www.cndh.org.mx/

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
https://www.juridicas.unam.mx/ https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv https://revistas.juridicas.unam.mx/
Libro completo en https://tinyurl.com/y2asnl7l

derechos humanos; iv) las medidas de remediación o resarcimiento de daños; v) las obligaciones de rendir cuentas que tienen las empresas que cotizan en las bolsas de valores, entre otros; d) el acceso a mecanismos de reparación de violaciones de derechos humanos en el contexto empresarial.

247. Dado el espectro tan amplio de actividades de las empresas, concomitantemente elevado es el número de autoridades y organismos a los que se dirige la RG. Señalaremos que además de dirigirse al Presidente de la República y al Congreso de la Unión, son señalados también los titulares de siete Secretarías de Estado, los directores generales de las empresas productivas del Estado (CFE y Pemex), así como de la banca y los organismos del desarrollo; los titulares de nueve organismos desconcentrados y descentralizados del gobierno federal, y los titulares de los poderes ejecutivos y los órganos legislativos de las entidades federativas. En resumen, se trata de un documento muy extenso y complejo, cuyo cumplimiento será igualmente diverso y complejo. Sin embargo, la RG número 37 establece, por así decirlo, un mapa conceptual que le permitirá a la propia Comisión y a otros organismos públicos y privados ir midiendo y evaluando el avance de nuestro país en el respeto de los derechos humanos, en lo que éste esté vinculado con el desempeño de las empresas, tanto públicas como privadas, nacionales como extranjeras.

DR © 2019. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, https://www.cndh.org.mx/