

Alegatos Coyuntural

Número 17/18 (enero-junio/julio-diciembre 2021)

Directorio

Rector General

Dr. José Antonio de los Reyes Heredia

Secretaria General

Dra. Norma Rondero López

Rector de la Unidad Azcapotzalco

Dr. Oscar Lozano Carrilo

Secretaria de la Unidad

Dra. María de Lourdes Delgado Núñez

Director de la División de Ciencias Sociales y Humanidades

Lic. Miguel Pérez López

Secretario Académico de la División

Lic. Gilberto Mendoza Martínez

Jefe del Departamento de Derecho

Mtra. Jazmín Sánchez Estrada

Coordinador de Difusión y Publicaciones de la División

Dr. Alfredo Garibay Suárez

Comité Editorial

Dr. Carlos H. Durand Alcántara
Dr. Carlos Reynoso Castillo
Dr. David Chacón Hernández
Mtra. Diana M. Magaña Hernández
Mtro. Luis Figueroa Díaz
Dr. Octavio F. Lóyzaga de la Cueva
Dr. Ramiro G. Bautista Rosas
Dra. Sofía Magdalena Cobo Téllez

Coordinadores

Directora
Diana M. Magaña Hernández

Revisor y Corrector de Estilo
Alejandro Caamaño Tomás

Diseño de Portada
Patricia A. Ibáñez Alvarez

Ayudante del Programa Editorial
Damián J. Jiménez Alejos

Formación
Diana Mejía Salazar

Alegatos Coyuntural

Número 17/18 (enero-junio/julio-diciembre 2021)

Alegatos Coyuntural

Número 17/18 (enero-junio/julio-diciembre 2021)

Presentación

Diana M. Magaña Hernández 1

El derecho a la salud en época de pandemia. Disyuntiva entre la libertad y la protección obligada

David Chacón Hernández 7

La violencia familiar contra la niñez en tiempos de pandemia

Elisa Palomino Ángeles 23

La desigualdad laboral el reto después de la pandemia

Zayra Marlene Vallejo Meza 32

Despido justificado tras pandemias por SARS COV2 (COVID-19), afectación económica microempresarial en México

Odette Mendoza Becerril 40

Comandata Ramona vs. Suprema Corte de Justicia de la Nación

Antonio Salcedo Flores 49

Presentación

*Diana Margarita Magaña Hernández**

A finales del 2019, tuvimos noticias en México de que un nuevo virus había sido identificado en Wuhan, China, específicamente, un nuevo coronavirus rubricado como SARS-CoV2 que empezaba a dispersarse por el mundo. Para el 30 de enero de 2020 se convocaría al Comité de Emergencias de la Organización Mundial de Salud, que informaría al Director General de dicha organización que el brote constituía una emergencia de salud pública de importancia internacional, lo que días después se materializaría en una declaratoria de la propia organización. Para el 11 de marzo, nos enteramos de que los alarmantes niveles de propagación de la enfermedad, así como sus graves afectaciones en la salud, llevaban a la Organización Mundial de la Salud a determinar en su evaluación que la COVID-19 podía caracterizarse como una pandemia.¹

* Profesora-Investigadora en el Departamento de Derecho UAM-A. y Directora del Programa Editorial *Alegatos*.

¹ OMS, "COVID-19: cronología de la actuación de la OMS", <https://www.who.int/es/news/item/27-04-2020-who-timeline---covid-19> (consultada 1 de marzo de 2022).

Vimos con preocupación cómo, primero en China y luego en Europa, se empezaban a tomar medidas extremas, como confinamientos masivos de la población. En marzo del mismo año, en nuestro país se llevó a cabo la primera sesión extraordinaria del Consejo de Salubridad General. En ella se reconocería la epidemia de SARS-CoV2 en México como una enfermedad grave de atención prioritaria, y, así, el día 24 de marzo del año 2020 se publicaría en el Diario Oficial de la Federación el Acuerdo mediante el cual la Secretaría de Salud declaraba las medidas preventivas a implementar para el control de los riesgos para la salud que implicaba la enfermedad por el virus COVID-19.² Más tarde se publicaría en el Diario Oficial de la Federación el Acuerdo por el cual se modifica el anterior acuerdo por el que se establece acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria generada por el virus SARS-CoV2, publicado el 31 de marzo de 2020.³ No imaginábamos que esto solo estaba comenzando.

² Acuerdo por el que el Consejo de Salubridad General reconoce la epidemia de enfermedad por el virus SARS-CoV2 (COVID-19) en México, como una enfermedad grave de atención prioritaria, así como se establecen las actividades de preparación y respuesta ante dicha epidemia, publicado el 23 de marzo de 2020 en el *Diario Oficial de la Federación*. http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5590161&fecha=23/03/2020 (consulta-do 1 de marzo de 2022).

³ Acuerdo por el que se establecen acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria generada por el virus SARS-CoV2, publicado el 31 de marzo de 2020 en el *Diario Oficial de la Federación*. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5590914&fecha=31/03/2020 (consulta-do 1 de marzo de 2022).

Como una bola nieve, desde el otro lado del mundo, fue llegando lo impensable, un acontecimiento extraordinario y global que tendría repercusiones inimaginables en todos los aspectos de nuestras vidas: una emergencia mundial sin precedentes que ha propiciado un replanteamiento de las diversas formas de gestión de los aspectos sociales y jurídicos a nivel internacional. Por ello, desde el Programa Editorial Alegatos se convocó a la comunidad académica a participar de estas reflexiones en el número monográfico de ***Alegatos Co-yuntural 17-18***, con el tema: ***Los retos del derecho frente a la pandemia de COVID-19***.

Como parte de este número, el doctor David Chacón Hernández nos presenta su artículo “El derecho a la salud en época de pandemia. Disyuntiva entre la libertad y la protección obligada”, que es una interesante reflexión en torno al derecho a la salud, un derecho constitucionalmente establecido, pero que, como derecho social, entraña un problema fundamental que es que depende de los recursos con los que cuenten los gobiernos para garantizarlo, lo que implica que, como derecho prestacional, requiere una constante y efectiva inversión económica en el sistema de salud, que en el caso de México no ha sido suficiente para garantizar el derecho a la salud como se debiera. Es en estas condiciones que hubo que enfrentar la pandemia, lo que además entrañó retos y dilemas importantes como parte de las medidas para mitigar sus efectos, como la limitación de los derechos individuales

en aras de preservar la salud, la decisión de privilegiar la vida, aunque se afectara gravemente la economía, o la obligatoriedad de la vacunación de la población. El doctor Chacón se hace varios cuestionamientos a lo largo de su artículo presentándonos diversos argumentos que les invitamos a leer con detenimiento.

Otro de los temas que se tratan en este monográfico es el empleo, una de las áreas que mayor afectación tuvo por la pandemia en México y en la región de América Latina y el Caribe, sobre todo por las drásticas medidas para mitigar los contagios entre la población que llevó a la paralización de diversas actividades económicas. De acuerdo con el Banco Interamericano de Desarrollo,⁴ la pandemia por COVID-19 llegó en uno de los momentos de mayor debilidad económica en América Latina, ya que en los últimos años se había registrado un importante deterioro del PIB per cápita, junto con la precarización del trabajo y un significativo aumento de la informalidad laboral en la región. En estas condiciones, según proyecciones de este organismo, las secuelas de la pandemia podrían provocar la peor crisis generalizada en la región, ocasionando la pérdida de entre 5 y 18 millones de empleos, y,

⁴ Banco Interamericano de Desarrollo, *Los mercados laborales de América latina y el caribe ante el impacto del COVID-19*, abril 2020. <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Los-mercados-laborales-de-America-Latina-y-el-Caribe-ante-el-impacto-de-COVID-19.pdf> (consultado el 10 de abril de 2022).

en consecuencia, el aumento de la informalidad laboral, que llegaría a constituir el 62% del total de empleos en la región.

Es, precisamente, la problemática laboral la que las licenciadas Odette Mendoza Becerril y Zayra Marlene Vallejo Meza analizan en dos artículos integrados en este número de Alegatos coyuntural. La primera, en su trabajo “Despido justificado tras la pandemia por Sars CoV2 (COVID-19) y la afectación a la económica microempresarial en México”, analiza el Acuerdo por el que se declara como emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor a la epidemia de enfermedad generada por el virus SARS-CoV2 (COVID-19), específicamente las implicaciones —del numeral segundo que establece que “La Secretaría de Salud determinará todas las acciones que resulten necesarias para atender la emergencia(...)” — en las relaciones laborales y las graves afectaciones a las empresas como las Pymes, que se vieron obligadas pagar el 100% de la carga prestacional a sus trabajadores, aun sin haber recibido ningún ingreso. Por su parte, la licenciada Zayra Marlene Vallejo Meza nos presenta su artículo “La desigualdad laboral: el reto después de la pandemia” en el que estudia el impacto laboral que ha dejado la pandemia en diversos sectores sociales y los rumbos que deberá seguir el derecho del trabajo tras la emergencia sanitaria que hemos vivido.

Por último, la doctora Elisa Palomino Ángeles escribe para este monográfico el artículo “La violencia familiar contra la niñez en tiempos de pandemia”, en el cual estudia las reper-

cusiones del confinamiento, el trabajo remoto desde casa, la educación en línea en el reduciendo de la violencia familiar y, en especial, la violencia contra los niños, niñas y adolescentes en el entorno doméstico la cual, según los datos del Sistema Nacional de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes,⁵ aumentó un 100%.

También, como parte de este número, el doctor Antonio Salcedo Flores, nos presenta su artículo “Comandanta Ramona vs. Suprema Corte de Justicia de la Nación”, interesantísimo análisis jurídico del caso de la comandanta Ramona, que fue vinculada a proceso penal por los delitos de terrorismo e incitación al pueblo a reconocer a un gobierno de liberación nacional. El doctor Salcedo hace un análisis tanto del juicio de amparo indirecto, promovido por la comandanta Ramona en contra de la resolución que se niega a excluir pruebas obtenidas mediante tortura, como de las repercusiones de la jurisprudencia 1ª./J. 13/2020 (10ª.), integrada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual, de acuerdo con el autor, viola flagrantemente el artículo 107, fracción VII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como el artículo 107, fracción V, de la Ley de Amparo.

⁵ Sistema nacional de protección integral de niñas, niños y adolescentes. *Acciones indispensables para la atención y protección integral de niñas, niños y adolescentes en el contexto del covid-19. Informe de avances y resultados 2020-2021, administración pública federal, 3ª actualización.* https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/636316/Tercer_Informe_de_Avances_y_Resultados_Acciones_Indispensables_actualizado_Abril_2021.pdf (consultada el día 05 de julio de 2021).

El derecho a la salud en época de pandemia. Disyuntiva entre la libertad y la protección obligada

*David Chacón Hernández**

El derecho a la salud, constitucionalmente establecido, consiste en que el Estado, a través de sus instituciones sanitarias, preste los servicios de atención (preventivos y terapéuticos) necesarios para tutelar hasta donde sea lo más humana e institucionalmente posible. Tal y como lo dice la Ley General en la materia, la salud es “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”, definición que coincide con la establecida en el documento constitutivo de la Organización Mundial de la Salud (OMS).¹ Tan amplia es su perspectiva que, sin duda, cualquier definición queda corta para todo aquello que el ser humano debe aspirar para un óptimo estado físico y mental, así como los medios para tutelarla. En esa ruta, los servicios de cuidado de la salud no se constriñen solamente a la revisión periódica, a la prescripción de medicamentos o a la intervención quirúrgica; incluyen lo estableci-

* Doctor en Derecho por la UNAM, Profesor-Investigador en el Departamento de Derecho de la UAM-A., miembro del Área de Investigación en Derechos Humanos y Alternatividad Jurídico Social.

¹ Constitución de la Organización Mundial de la Salud, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946.

do en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consistente en que los Estados que lo han adoptado tomen medidas para reducir la mortalidad, el mejoramiento de la higiene del trabajo y del medio ambiente y la prevención y tratamiento de diversas enfermedades; de hecho, todas las que puedan surgir.

Para cumplir con tales obligaciones adquiridas, hay que invertir mucho en la infraestructura sanitaria, más de lo que se ha hecho hasta ahora. Por tal razón, con relación a nuestro país, todos sabemos que existe una queja, casi unánime, respecto de la baja calidad de los servicios. Lo que sabemos de la causa es que las gestiones gubernamentales que han tenido a su cargo administrar los sistemas de salud, en especial el de carácter público, no solo no han mejorado como lo establece el criterio de progresividad en el lenguaje relacionado con los derechos humanos,² sino que ha perdido calidad con base en la cada vez menor inversión en la infraestructura de lo que se denomina el sistema salud, integrado según la ley por “las dependencias y entidades de la Administración Pública, tanto federal como local, y las personas físicas o morales de los sectores social y privado, que presten servicios de salud, así como por los mecanismos de coordinación de acciones, y tiene por objeto dar cumplimiento al derecho a la pro-

² Véase a Pedro Nikken, *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*. Madrid, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Civitas, 1987.

tección de la salud”. Según datos estadísticos, en México se invierte 2.5% del PIB, cuando los países más avanzados en este rubro invierten alrededor del 6%. Si bien, el presupuesto que se aplica aumenta en términos nominales, esto no es así en cuanto al gasto per cápita, pues la población ha aumentado y no lo ha hecho en el mismo porcentaje el dinero invertido.³ No obstante lo dicho, todo gasto para mejorar algún servicio público no solo tiene que ver con aumentarlo, sino con su utilización más eficiente. El insuficiente gasto aplicado puede no ser la única causa de que el sistema de salud sea de bajo nivel, sino el dispendio que se haya hecho de él.

Las obligaciones en materia de salud no solo son constitucionales, como lo dispone el artículo cuarto, sino que están también las estipuladas en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Allí, en su artículo 12, se menciona el derecho “de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. Las medidas que los Estados firmantes y ratificantes deben adoptar son para asegurar: “c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades **epidémicas**, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

³ Véase Judith S. Méndez Méndez, “La contracción del gasto per cápita en salud: 2010–2020”, CIEP. <https://ciep.mx/la-contraccion-del-gasto-per-capita-en-salud-2010-2020/#:~:text=Durante%20los%20últimos%20diez%20años,%2C%20al%20menos%2C%20el%20doble>.

Sin bien, con estas disposiciones sería bastante para que los Estados y toda su estructura burocrática especializada en materia de salud garantizaran los servicios correspondientes, también es cierto que deben darse mayores y más puntuales obligaciones para cumplir con este cometido. Pero el problema central de los derechos sociales, como el de la salud, estriba en la falta de recursos que, a menudo, los gobiernos ponen como pretexto. Tal vez sea cierto, pero también lo es que, como en México, no se han hecho los suficientes esfuerzos para mejorar todos aquellos servicios que son necesarios para lograr un grado importante de cumplimiento. Para muestra, México es una de las economías más grandes, pero lejos estamos de la inversión en salud que hacen los países que se encuentran en este grupo.⁴

A menudo los gobernantes asumen actitudes como si el cumplimiento de las obligaciones sanitarias fuera de un solo momento, pero las necesidades sociales nos dicen lo contrario. Se trata de obligaciones permanentes y progresivas que requieren un continuo seguimiento, pues las instalaciones hospitalarias y clínicas, así como su equipamiento, tienen relativa caducidad. Me refiero al hecho de que los edificios deben remodelarse y el equipamiento debe renovarse cíclicamente; al mismo tiempo, según aumente la población, también debe aumentar el personal que hace posible que los ser-

⁴ Véase OCDE, "Gasto en salud". <https://www.oecd.org/centrodemexico/estadisticas/gastoensalud.htm>

vicios se lleven a cabo en todas las áreas. En definitiva, los derechos prestacionales, como la salud, requieren permanentemente un mejoramiento como condición del cumplimiento de la obligación adquirida; digamos que son obligaciones de tracto sucesivo y la mejor manera de cumplir con ello es la permanente, constante, efectiva y más amplia inversión.

II

En estos momentos, la pandemia nos ha llevado a pensar en el derecho a la salud de una manera distinta. En ella, se cruzan obligaciones de los Estados a preservar la salud pública, no solo en la medida de dar servicios, sino de imponer restricciones a la población a otros derechos como el libre tránsito o el derecho de asociación, con el objetivo de evitar contagios que se traducen en daños a la salud de las personas. En “términos normales”, el derecho a recibir los servicios de salud no debe contraponerse con otros. A pesar de esto, en situaciones tan especiales como las que hoy vivimos, somos testigos de lo que significa preservar la vida de muchos seres humanos, razón por la que los gobiernos, aconsejados por las autoridades sanitarias, han recomendado limitar los derechos mencionados para preservar la salud. Algunos lo han hecho con exhortos, otros con medidas coactivas.

Toda esta situación nos pone en confrontación, especialmente cuando hay una disyuntiva entre privilegiar la vida y la integridad física y, en su caso, priorizar la economía, lo que

no es poca cosa, puesto que en muchos casos se trata de conservar el sustento. Se está demostrando que las empresas, grandes, medianas o pequeñas, han presionado para no ser cerradas y mantener su nivel de productividad. Pero, sin duda, eso ha puesto en riesgo la salud de muchas personas como de hecho ha producido también muchos decesos.

La situación es inédita, al menos en tiempos recientes. Se ha podido ver que ningún país estaba ampliamente preparado para enfrentar un confinamiento total, aunque para ello decreciera la economía. Evidentemente fue afectada, pero muchas decisiones tomadas para evitar una mayor caída han pasado por sacrificar contagios, muchos de ellos con resultados trágicos. Aun así, todo indica que, mientras el monto de decesos sea una cifra “menor”, al menos en términos de su porcentaje de letalidad, los gobiernos, conjuntamente con las clases empresariales, han opuesto resistencia a paralizar la economía por mayor tiempo.⁵

Si el caso fuera centrar toda la atención en la preservación de la salud y no de la economía, ¿el Estado —en cualquier nivel de su estructura— debe restringir derechos, individuales y con ello salvaguardar derechos de la colectividad? El problema no es menor ni fácil de resolver. Prácticamente nos en-

⁵ Al momento de escribir estas líneas el porcentaje mundial de letalidad estaba en 2.16%. El número de contagiados marcaba 185,353.604 millones, mientras que los decesos sumaban 4,008.566. Véase: covidvisualizer.com

frentamos a una hipótesis conforme a la cual se pueden llegar a suspender garantías y derechos. Incluso, ¿pueden unos derechos humanos ser suspendidos para salvaguardar otros?

De entrada, se puede oponer un argumento según el cual entre los derechos de este tipo no hay jerarquías. Si lo tomamos como cierto, entonces, no parece viable suspender unos derechos por salvaguardar otros. Conforme a las teorías clásicas, sí es posible sacrificar unos derechos para rescatar otros, en el caso de los bienes de mayor valor o nivel. Es algo semejante a lo que en el derecho penal se denomina el estado de necesidad, conforme al cual se permite sacrificar un bien jurídico para salvaguardar otros. En esta teoría, hay dos formas: salvar un bien propio independientemente de la jerarquía o valor y el que se refiere solo a exculpar cuando se sacrifica un bien jurídico menor.⁶

Para el caso de la controversia entre permitir el libre tránsito o restringirlo en situación de pandemia, no habría tanta dificultad en justificar a una autoridad que debe tomar la decisión si consideramos que entre estos derechos hay superioridad. Pero el problema no está resuelto, puesto que las normas, ya sean constitucionales o convencionales, no establecen cuál norma es superior y cuál inferior. Para establecer, más que jerarquías, la prioridad de los derechos en una situación determinada, especialmente si hay contradicción en la

⁶ Vocablo “Estado de Necesidad”, *Gran diccionario jurídico de los grandes juristas*, T. II, Editores Libros Técnicos, Javier Canales Méndez (Comp.).

aplicación, hay que remitirse a cuestiones de ponderación que, como Alexy dice, son operaciones de valoración o de proporcionalidad en el grado de satisfacción o afectación.⁷ Considero que para tomar decisiones entre aplicar un derecho y sacrificar otro hay que utilizar lo que llamo *la ponderación cuantitativa*, entendiendo por ella la medición estadística de cuántas personas pueden ser beneficiadas o perjudicadas, es decir, cuántas personas dejan de movilizarse y a cuántas personas se les previene un contagio, y hasta a cuántas se les impide poner en riesgo su vida.

Mas si se concluye que entre mi facultad de desplazarme y el derecho a la salud de otro puede establecerse una condición de empate, entonces, antes de tomar la decisión y llevar a cabo la afectación o el beneficio, es necesario concurrir en lo que se puede denominar la *ponderación cualitativa*, que no es más que la consideración del valor otorgado a cada derecho que incluye la prontitud con que se pueden reestablecer el goce de ambos derechos y el nivel de satisfacción de un derecho y otro. Me refiero al caso hipotético de que entre dos atribuciones iguales y sin jerarquía, entonces, se debe optar por el mayor número de bienes tutelados y posiblemente afectados. Pero si un posible contagio no es todavía un bien afectado, sino puesto en riesgo, entonces, la ponderación deberá

⁷ Véase Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2007, p. 551.

tomar ambas situaciones. Por lo tanto, la libertad de tránsito se restringe de modo generalizado y habría que sopesar si eso implica a unos cuantos, a muchos o a todos. Lo mismo ocurre en cuanto a las personas en contagio consumado y a las que se han puesto en peligro.

En este caso, la posibilidad de restringir algunos derechos tiene que ver con que las disposiciones de no transitar no se aplican a todos en el mismo momento, especialmente si se considera que no se puede evitar salir a comprar insumos indispensables para alimentarse o curarse. En este caso, sabemos que la libertad de tránsito no se elimina, sino que solo se limita al evitar andar por cualquier lugar y a cualquier hora, para lo cual fue el cierre de establecimientos de actividades no esenciales. En cambio, el peligro de contagio y los contagios de Covid 19 se pueden producir en cualquier lugar y a cualquier hora, aunque aumenta el riesgo en reuniones masivas. Ante esta situación, el hecho de que una persona se contagie independientemente del lugar genera un efecto multiplicador cuantitativamente calculado, lo que aumenta el riesgo social de daño a la salud y la probable pérdida de vidas.

Si al menos se supiera con solo ver a una persona quién está contagiado y quién no, entonces, habría mucha certeza en implementar restricciones solo a quienes están afectados con el virus, permitiendo que, quienes no lo tengan, puedan circular libremente. Pero en este caso, el coronavirus no es un agente que se pueda captar con la vista, y ya se sabe que, en

muchos casos, los síntomas son muy leves o que se puede ser asintomático. Por lo tanto, ante esa imposibilidad, la restricción debe ser generalizada o cuando menos sectorizada, pero no puede decretarse solamente para quienes posean el virus de manera activa, puesto que muchos no están identificados.

Para resolver la disyuntiva, el cálculo cuántico de puesta en peligro debe ser tomado como total, esto es, que abarque a toda la población independientemente de donde se encuentra una persona debido a que alguien que ha sido contagiado no tiene síntomas inmediatos y el periodo que tarda en manifestarse la enfermedad puede haber ya generado una cantidad de contagios con efecto multiplicador. Por ende, mientras que la restricción a la libertad de tránsito no ha sido aplicada en forma total y que es posible hacerlo por razones de cuando menos estricta necesidad, el peligro a la salud sí abarca a toda la población mientras haya personas en circulación con posibilidad de acercamiento.

Otra posición que ayuda al debate en torno a la probable limitación del goce de los derechos humanos en función del salvamento de otros es la de la prioridad. Si bien, hemos consignado que no hay jerarquías, sí se puede hablar de prioridades. Entre esos argumentos ubico el establecido por Garzón Valdés según el cual entre los derechos humanos hay un grupo de ellos que se puede considerar de primer orden –le llama “el coto vedado”– y que en todo momento debe ser sal-

vaguardado: “Los derechos incluidos en el ‘coto vedado’ son aquellos vinculados con la satisfacción de los bienes básicos, es decir, que son condición necesaria para la realización de cualquier plan de vida. Estos bienes básicos pueden ser llamados también ‘necesidades básicas’ en su doble versión de naturales o derivadas”.⁸ En este caso, no se puede dudar de que el derecho a la salud y lo que de él se deriva son necesidades de primer orden, puesto que están vinculados muy estrechamente a la vida y a la integridad física y mental de cualquier persona, lo que por lógica deben formar parte esencial de un plan de vida. En cambio, el derecho a desplazarse implica la opción de libre desplazamiento y puede ser algo esencial, pero que se restringe por diversas circunstancias, principalmente para protección misma de los que desean transitar. Un ejemplo es la suspensión de garantías por disturbios o en caso de guerra. En cambio, la salud es un bien al que hay que darle atención en cualquier circunstancia, aun en las más complicadas.

Un aspecto más que considero que hay que tomar en cuenta para restringir el goce de algunos derechos humanos, como el de la libertad de desplazamiento, consiste en tener la certeza de que será recuperado una vez que terminen las causas de la excepción. Por su parte, en el caso de un conta-

⁸ Ernesto Garzón Valdés, “Algo más acerca del ‘coto vedado’”, *Revista Doxa*, No. 6, 1989, pp. 209-212. C:\proyectos\bimicesa\portal\DOXA\cua derno6\Doxa6_12.wpd

gio, se consuma el daño a la salud, lo que no es una suspensión, especialmente si alguien ha muerto o le quedan secuelas prolongadas. En estos casos, ya no hay una recuperación del derecho a la salud como en la suspensión del goce de derechos que sí se reestablecen, lo que nos hace concluir que a la autoridad pública le compete decidir si debe restringir el goce de derechos humanos, que bien pueden resarcirse, por el hecho de salvaguardar otros que pueden ser de daño prolongado y hasta definitivo.

III

Debe quedar manifiesto que prestar servicios de salud en el objetivo de salvaguardar la vida y la integridad de las personas es una obligación de gran envergadura e, incluso, bien puede decirse que es superior a otras, o cuando menos debe ser prioritaria por la gran cantidad de personas que pueden resultar afectadas con daños definitivos. Por ello, entre las obligaciones relacionadas con la prestación de servicios de salud, debemos contar con el suministro de medicamentos y, para el caso de COVID 19, debemos entender que los Estados adquieren por consecuencia la obligación de promover la producción de vacunas y de proporcionarlas a toda la población para prevenir contagios con este nuevo virus. Esto parece que hasta ahora se ha hecho. Si bien, la mayoría de los gobiernos dependen de las labores científicas desplegadas en los países más desarrollados, el cumplimiento de los deberes de procurar la salud se traduce en comprometer la adquisición

de todas las dosis de vacunas que se necesiten para aplicar en cada población.

De todo esto nos surge otro cuestionamiento y es el respectivo a que si solamente los gobiernos están obligados a prevenir y combatir los riesgos sanitarios o también lo tienen las empresas productoras de medicamentos. En este sentido, al obtener la fórmula de una vacuna, las farmacéuticas, como entes privados, pareciera que no tienen obligaciones derivadas de derechos humanos por no ser sujetos de derecho público. Empero, independientemente de que no sean tomados como sujetos obligados jurídicamente, hay obligaciones morales y entre ellas debemos apuntar las que contribuyen a que todas las personas en el mundo queden a salvo de una enfermedad contagiosa. La sola producción de la vacuna no es una obligación suficiente. Debe entenderse que hay **deberes humanos** de producirla y venderla al menor costo posible, y aplicarla universalmente.

Debemos comprender que, como entidades privadas, están motivadas por un fin de lucro, pero el problema aquí es que ante la magnitud de una enfermedad como la que nos aqueja, se debe limitar ese afán y que deben actuar, más que por el interés patrimonial, por solidaridad. Hasta ahora las ganancias por la venta de las vacunas son asombrosas,⁹ lo

⁹ Vid, "Pandemia impulsó las ganancias de farmacéuticas y del sector de la salud este año", *El Universo*, 27 de diciembre de 2020. www.eluniverso.com/noticias/2020/12/23/nota/8720509/pandemia-impulso-ganancias-farma

que permite exigir un interés más sensible de rescatar a la humanidad, dicho esto sin exageraciones.

Esta pandemia nos hace reflexionar sobre las obligaciones en relación con la vacuna; se conjuntan las obligaciones morales entre los Estados y las empresas en el sentido de hacer llegar a toda población la vacuna, incluso de forma gratuita, como hasta ahora se ha venido haciendo. Las farmacéuticas deben bajar sus costos al máximo para hacerlas asequibles a la compra por los Estados y que puedan ser suministradas a toda la población. No es momento de aprovecharse de la necesidad humana. Esta emergencia sanitaria seguramente permitirá generar un nuevo enfoque en la discusión ante los organismos internacionales respecto de la posibilidad de otorgar responsabilidad a las empresas —especialmente transnacionales— como sujetos de comisión de violación de derechos humanos, en la medida que pueden acumular tanto poder que son capaces de imponer políticas públicas en su favor. En esta tesitura, considero que la fijación de los precios de la vacuna de forma desproporcionada en relación con los costos de producción que limite la capacidad de los Estados a adquirirla es un acto de lesa humanidad. En el mismo sentido, negarse a venderla a ciertos gobiernos, sea cual fuere el motivo, incluso por intereses políticos, de modo que a la población no le llegue la vacuna, es también una violación de la misma magnitud.

ceuticas-sector-salud-este-ano

Alegatos Coyuntural, núm. 17/18, enero-junio/julio-diciembre 2021

IV

Otra problemática que nos puede llegar a plantear en un plazo cercano la contingencia sanitaria radica en la resistencia de algunos para oponerse a que la vacuna se les aplique. De allí surge la pregunta: ¿es obligatorio vacunarse?

De momento pareciere que, en todos los países, todas las personas esperamos con impaciencia a que se nos suministre la vacuna. Solo que, ante algunas opiniones contrarias, nos damos cuenta de que no es así. Hay personas, en realidad bastantes, que desconfían de la vacuna. Las razones que plantean son muchas, como la posibilidad de generar reacciones adversas. Algunas de ellas son válidas y pueden estar sustentadas en probabilidades y en experiencias reales, pero también hay otras que parecen más un pretexto surgido de dichos falsos que se propagan fácilmente en la era de las redes sociales.

Entre las versiones que buscan generar un miedo infundado a las vacunas he escuchado que aún no es eficaz y que no protege, que produce infertilidad y esto es algo planeado para controlar el crecimiento poblacional, que genera otras enfermedades como cáncer, descalcificación de huesos o atrofia de músculos, o que modifica del ADN. Se podría considerar que es parte del fenómeno de la infodemia, o fenómeno de propagación de noticias falsas, algo que ningún gobierno puede controlar. Por ello, aunque levemente, se discute el

posible rechazo de la vacuna por razones de creencia religiosa. Recordemos algunas posiciones confesionales que no permiten las transfusiones de sangre o las intervenciones quirúrgicas, dejando la salud de un enfermo “en manos de Dios”. Pero volviendo al cuestionamiento, ¿será jurídicamente razonable, sin lesionar derechos, obligar a toda la población a vacunarse aun en contra de sus convicciones? Debemos saber que el hecho de no vacunarse puede mantener latentes riesgos de contagios, ahora que sabemos que sí hay casos de personas que ya han sido víctimas del Covid 19 y vuelven a contagiarse.

Obligar a vacunarse a una persona puede parecer muy extremo. Sin duda, habrá quienes apelen al derecho de su integridad física y moral para no ser forzados. No obstante, si se considera que la salud es de interés general y que al no vacunarse mantiene el riesgo de propagación, es viable pensar en la aplicación forzada. Esta situación es hoy solo una hipótesis, pero en el corto tiempo sabremos si surge verdaderamente la controversia al respecto. Hasta ahora no ha sido necesaria la suspensión de garantías, y la colisión de derechos es solo un supuesto, ojalá no tengamos que llegar a eso.

La violencia familiar contra la niñez en tiempos de pandemia

*Elisa Palomino Ángeles**

La violencia familiar es un fenómeno social que en México y en el mundo con esta pandemia ha ido en aumento, y la niñez ha sido la que más consecuencias nocivas ha sufrido. La exposición a la violencia en la niñez lleva a que se potencialice el riesgo de tener un inadecuado desarrollo de la personalidad en la infancia; por ello, el derecho tiene como un reto inmediato realizar normas eficaces que permitan erradicar el fenómeno de la violencia familiar para efectos de que nuestra niñez tenga un pleno desarrollo de la personalidad. Para esto, abordaremos algunos de los múltiples factores que generan la violencia familiar y analizaremos algunos preceptos que requieren ser más eficaces para la protección de los niños, niñas y adolescentes.

Después de declarada la pandemia, se emitieron acuerdos de diversas secretarías de Estado. Uno de los preceptos que

* Doctora en Derecho y Profesora-Investigadora en el Departamento de Derecho de la UAM-A.

nos interesa es el acuerdo número 02/03/20 por el que se suspenden las clases en las escuelas de educación preescolar, primaria, secundaria, normal y demás para la formación de maestros de educación básica del Sistema Educativo Nacional, así como aquellas de los niveles medio superior y superior dependientes de la Secretaría de Educación Pública.¹ Con la aplicación de este acuerdo, nuestra niñez mexicana permaneció en sus domicilios por más tiempo, mucho más de lo habitual; esto trajo consigo que estén conviviendo con sus padres y familiares más horas porque algunos padres tuvieron que desempeñar el trabajo en línea, y otros fueron despedidos o hubo una disminución de horas laborales y de salario.² De acuerdo a datos estadísticos, el confinamiento, el desempleo, la pandemia y el autoaislamiento desencadenaron el aumento de denuncias por violencia familiar.

La violencia contra los menores de edad en sus hogares aumentó durante el confinamiento hasta en un 100%, según

¹ ACUERDO número 02/03/20 por el que se suspenden las clases en las escuelas de educación preescolar, primaria, secundaria, normal y demás para la formación de maestros de educación básica del Sistema Educativo Nacional, así como aquellas de los tipos medio superior y superior dependientes de la Secretaría de Educación Pública publicado el 16 de marzo de 2020 en el *Diario Oficial de la Federación*. https://www.dof.gob.mx/nota_de_talle.php?codigo=5589479&fecha=16/03/2020&print=true (consultado el 5 de julio de 2021).

² Feix Noéme, (Coord.), *México y la crisis de la COVID-19 en el mundo del trabajo: respuestas y desafíos*, octubre 2020. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-mexico/documents/publication/wcms_757364.pdf (consultado el 5 de julio de 2021).

datos del Sistema Nacional de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes.³ Estos datos requieren de la mayor atención de nuestras autoridades y de la sociedad en general, dado que la niñez deberá ser el sector más protegido porque, a pesar de ser un grupo vulnerable y tener tutelados diversos derechos fundamentales, así como regulado el principio del interés superior de la niñez, carecemos de una eficacia de las normas que protejan a nuestra infancia. Esto nos obliga a la búsqueda de los elementos más esenciales que generan la violencia contra la infancia con el fin de erradicarla.

Es indispensable hacer una breve descripción de las problemáticas psicosociales que se desarrollan en los entornos familiares en la pandemia. De acuerdo a la UNICEF,⁴ en los hogares en México existe el hacinamiento; nuestra niñez, dependiendo la región y el nivel socioeconómico de sus padres, puede o no sufrir de hacinamiento. Aunado a esto, durante la pandemia muchos de los padres de nuestros menores de edad sufrieron la pérdida del empleo, lo que ocasionó el incremento de su estrés o el de los miembros de la familia

³ SIPINNA, *Acciones indispensables para la atención y protección integral de niñas, niños y adolescentes en el contexto del covid-19. Informe de avances y resultados 2020-2021, administración pública federal, 3ª actualización*. https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/636316/Tercer_Informe_de_Avances_y_Resultados_Acciones_Indispensables_actualizado_Abril_2021.pdf (consultada el 05 de julio de 2021).

⁴ UNICEF, *Panorama estadístico de la violencia contra niñas, niños y adolescentes en México*. https://www.unicef.org/mexico/media/1731/file/UNICEF%20Panorama_Estadistico.pdf (consultado el 5 de julio de 2021).

quienes, ante la insatisfacción y desesperación de cubrir las mínimas necesidades de la familia, posiblemente descargaban su estrés y depresión contra nuestra niñez. De acuerdo a la evaluación del estrés frente a la pandemia del COVID-19 en la población mexicana, reportado en el Proyecto Internacional COVIDSTRESS, en México la fuente de estrés, de acuerdo a las respuestas de los encuestados que reportan mayor nivel de estrés, es por la economía nacional.⁵ Esto nos permite deducir que el factor económico es lo que más causa estrés, lo cual coincide con el incremento de desempleo que se originó con la pandemia. Este dato en concreto nos permite observar que la economía en México es una fuente de estrés para las personas integrantes de la familia, lo cual coincide con el aumento de la violencia familiar en la pandemia.

Sin lugar a dudas, la economía familiar es uno de los factores que mayor incidencia tiene en la violencia familiar. El INEGI, en sus resultados de la Encuesta Telefónica de Ocupación y Empleo (ETOE) de junio de 2020, nos proporciona los datos que originan la pobreza en los hogares mexicanos: “Un crecimiento de la informalidad laboral en 3 millones de ocupados, así como una disminución de 3.4 millones en la población subocupada. La tasa de desocupación reporta tam-

⁵ Grupo COVIDiSTRESS México, “Evaluación del Estrés frente a la Pandemia del COVID-19 en población mexicana Proyecto Internacional COVIDiSTRESS. Reporte descriptivo de datos recolectados del 30 de marzo al 30 de abril, 2020”. <https://www.uv.mx/centrodeopinion/files/2020/05/Reporte-Descriptivo-para-OSF2.pdf> (consultada el 05 de julio de 2021).

bién un aumento al pasar de 4.2% en mayo a 5.5% en junio de 2020”.⁶ El hecho de tener desempleo y no poder tener recursos para alimentarse genera mucho estrés en las familias, lo que en ocasiones desemboca en la violencia familiar. Esto se corrobora con datos porque se incrementaron las carpetas de investigación en los delitos de violencia familiar: en el año 2019 fueron 210, 188⁷ y en el año 2020 se incrementó 220, 031,⁸ de lo cual se deduce que puede seguir aumentando.

En nuestro Código Civil para la Ciudad de México vigente en el artículo 323 Quáter⁹ se establece: “La violencia familiar es aquel acto u omisión intencional, dirigido a dominar, someter, controlar a agredir física, verbal, psicoemocional, o sexualmente a cualquier integrante de la familia dentro o fuera del domicilio familiar, y que tiene por efectos causar daño

⁶ INEGI, “Resultados de la encuesta telefónica de ocupación y empleo (ETOE) cifras oportunas de junio de 2020”. Comunicado de prensa número 387/20. https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2020/noe_ie/ETOE2020_08.pdf (consultado el 06 de julio de 2021).

⁷ Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, “Víctimas de Delitos del Fuero Común 2019. Instrumento para el Registro, Clasificación y Reporte de Delitos y las Víctimas CNSP/38/15”. <https://drive.google.com/file/d/1fhWLGAJgpcw7MrmkNikBLxltKdMsk4KU/view> (consultada el 30 de noviembre de 2021).

⁸ Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, “Víctimas de Delitos del Fuero Común 2020. Instrumento para el Registro, Clasificación y Reporte de Delitos y las Víctimas CNSP/38/15”. <https://drive.google.com/file/d/1DDwaGcB-Ez0P-sAQHoKCip0zUaNrh0OF/view> (consultada el 30 de noviembre de 2021).

⁹ Código Civil para el Distrito Federal, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 de agosto y 31 de agosto, todos de 1928; Última reforma publicada en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México el 4 de agosto de 2021, artículo 323 Quáter.

(...)”, y el precepto señala varios tipos de violencia; entre ellos, la violencia física y moral son las que más sufren los menores de edad.

En la violencia familiar no se han obtenido resultados precisos debido a que no existen investigaciones que nos proporcionen los verdaderos elementos que incrementan este fenómeno de violencia, pues en algunas investigaciones el objeto de estudio no es integral, y no se establecen todas las categorías y circunstancias, lo cual lleva a un desvío del problema de fondo.

Desde nuestra perspectiva, el problema es multifactorial, pero la pobreza y factores neurocriminológicos deberán ser considerados para futuras investigaciones dada la correlación de estos con la incidencia de la violencia familiar en la niñez. Los modelos neurocriminológicos nos señalan que son los “factores neuroanatómicos y neuroquímicos, hormonales, genéticos y moleculares, mismos que predisponen o mantienen (origen-violencia/violencia-origen) conductas antisociales”.¹⁰ Con esto queremos demostrar que se deben considerar de manera integral los otros factores que originan el problema de la violencia familiar en la niñez porque, sin duda, las personas pierden la noción de la realidad y posiblemente ejercen la violencia contra la niñez como algo normal; por ello, deberán ser investigadas con profundidad y de manera inte-

¹⁰ Cfr. Manuel Vidaurri Aréchiga, *Bases Generales de Criminología y Política Criminal*, Oxford University Press, México, 2016, pp. 111-143.

gral las conductas violentas que ejercen contra los menores de edad los que tienen su patria potestad.

Por otra parte:

...dos de cada tres niñas y niños de entre 2 y 4 años experimentan regularmente algún tipo de disciplina violenta (agresión psicológica o castigos corporales) en el hogar. (...) la violencia en la primera infancia puede generar problemas de salud física y mental durante toda la vida. Los estudios documentan, el incremento en patrones negativos del comportamiento incluyendo la deserción escolar, el abuso de estupefacientes, la depresión, el suicidio, la futura victimización o su vinculación con la violencia y la delincuencia”.¹¹

Las consecuencias nocivas que se generan en la niñez por la exposición a la violencia familiar llevan al riesgo, en un futuro, de problemas en su desarrollo social, lo cual posiblemente traerá como consecuencia adultos conflictivos e insatisfechos; esto implica que el derecho junto con otras disciplinas tienen como reto establecer las medidas para erradicar la violencia contra la infancia a través de políticas de salud, incluyendo los tratamientos psicológicos para la niñez afectada, y también para los padres o aquellos que ejercen la patria potestad para así eliminarla de manera eficaz. Se requieren más instituciones gratuitas que presten estos servicios a tra-

¹¹ UNICEF, *La violencia en primera infancia*, p. 11. https://www.unicef.org/lac/sites/unicef.org/lac/files/2018-03/20171023_UNICEF_LACRO_FrameworkViolencia_ECD_ESP.pdf, (consultado el 7 de julio de 2021).

vés de los cuales las familias con este tipo de problemas puedan darle un seguimiento a su tratamiento, y que por falta de recursos económicos no se dejé de tratar a los menores de edad; para ello, se requiere una supervisión constante, lo cual no sucede en México, pero es necesaria.

Por otro lado, el artículo 414 bis del Código Civil contiene las obligaciones de crianza, las cuales son:

- I. Procurar la seguridad, física, psicológica y sexual; II Fomentar hábitos adecuados de alimentación, de higiene personal y de desarrollo físico. Así como impulsar habilidades para el desarrollo intelectual y escolar; III. Realizar demostraciones afectivas, con respeto y aceptación de estas por parte del menor; y IV Determinar límites y normas de conducta preservando el interés superior del menor”.

En su último párrafo indica: “No se considerará incumplimiento de estas obligaciones el que cualquiera de los progenitores tenga jornadas laborales extensas.” De lo transcrito observamos que se puede justificar el incumplimiento de las obligaciones de crianza que tienen los padres para con sus hijos cuando haya exceso de horas de trabajo, lo cual es justificable en un Estado que tiene problemas de pobreza y desempleo.

Consideramos que el éxito de la aplicación de las normas jurídicas en materia de violencia contra la niñez deberá ser a través de políticas públicas que generen empleos y erradi-

quen la pobreza, así como de una política pública para la salud mental de los miembros de la familia que sufren violencia en su hogar, la cual deberá ser gratuita y permanente para generar la protección adecuada de la niñez a través de la exigencia de información y seguimiento para los que ejercen la patria potestad en los casos de suspensión de esta, o bien, la verificación y supervisión del cumplimiento de las medidas definitivas que el juzgador ordenó, con la finalidad de tener una niñez con un sano desarrollo de personalidad.

La desigualdad laboral el reto después de la pandemia

*Zayra Marlene Vallejo Meza**

Marco de referencia

A finales del año 2019 la humanidad empezó a enfrentar un virus denominado COVID-19, el cual sería declarado como una pandemia que cambió la vida como se conocía en distintos rubros como la salud, la economía, las relaciones laborales y sociales. Durante este periodo y hasta la actualidad, la vida de muchas familias se vio afectada por la pérdida de algún familiar o por la precarización económica en la que se han visto envueltos como consecuencia de la emergencia sanitaria.

El virus que aqueja a la humanidad día con día sería solo el principio de una infinidad de cambios. Abordaremos la situación laboral que es un rubro que ha sido impactado de manera brutal por esta pandemia; los estragos han sido casi incalculables.

* Maestra en Derecho con Área de Concentración en Derecho Político, Social-Laboral, Profesora-Investigadora de Departamento de Derecho UAM-A, Asesora jurídica en la Dirección Normativa de Prestaciones Económicas Sociales y Culturales del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado.

Desde que comenzó la pandemia, México optó por diversas medidas sanitarias para la protección de los ciudadanos; entre ellas encontramos la suspensión de actividades laborales. Todo aquello que no fuera considerado actividades “esenciales” debía cerrar, lo que generó que miles de personas que dependían de un salario que a diario obtenían quedaran en la imposibilidad de obtenerlo. Asimismo, negocios, pequeñas empresas entre otros se vieron obligados a cerrar sus puertas por un tiempo. Lo que no sabían es que algunos jamás volverían abrir, ya que se volvió insostenible pagar rentas, insumos, trabajadores, mantenimiento, impuestos, etc., a todo esto le sumamos que no podían ofrecer sus servicios, entonces se vieron en la necesidad de cerrar de manera definitiva.

Después de un poco más de un año se puede empezar a visualizar el impacto económico y laboral que estaremos enfrentando durante años. Diversos informes de la Organización Internacional del Trabajo¹ nos muestran que el desempleo a nivel mundial aumentó, lo que generó que millones de personas se vean envueltas en grandes desigualdades sociales; estas vulneraciones a sus derechos humanos crean un panorama de incertidumbre social y obligan a los gobiernos a pen-

¹ OIT, “Fuerte aumento del desempleo en América Latina y el Caribe deja a millones sin ingresos”. <https://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS749663/lang-es/in dex.htm> (consultado el 02 de junio de 2021).

sar en medidas y políticas para combatir el desempleo y las desigualdades económicas.

El desempleo y la pandemia en México

La Organización Internacional del Trabajo (OIT), desde sus inicios, hizo referencia a un salario adecuado para el ser humano que llevará a promover la paz universal y combatir el malestar social. Entre sus recomendaciones a los estados miembros se encontraba: "...el pago al empleado de un salario adecuado para mantener un razonable nivel de vida, tal y como ello se concibe en su tiempo y país".² Siendo así que una justa remuneración para los trabajadores es vital para su sobrevivencia y la de sus familias.

Los trabajadores y sus familias necesitan una buena remuneración para poder cubrir sus necesidades biológicas, sociales, culturales; por eso, la OIT enfatiza que el salario adecuado puede ayudar a combatir las desigualdades. Existen diferentes contextos para los trabajadores; sin embargo, algo que aqueja a la mayoría en este momento es la inestabilidad laboral o la pérdida del empleo.

En información recientemente³ publicada se puede apreciar que la tasa de desempleo a nivel mundial es una de las

² OIT, *Las normas internacionales del trabajo. Un enfoque global*, A. Otero (Coord.), 2001, p. 250. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_087694.pdf (consultado el 31 de mayo de 2021).

³ OIT, Fuerte aumento del desempleo... *op. cit.*; *EL ECONOMISTA*, "Tasa de

consecuencias de la pandemia. Esta tasa ha sido comparada con las crisis de los años 2008 y 2009 que impactaron a millones de trabajadores. Sin embargo, en estudios recientes se contempla que la recuperación de empleos será de manera más lenta que en esos años porque las diversas variantes del SARS-CoV-2 y contagios generan que los países implementen medidas restrictivas temporales, pero que impactan económicamente en la recuperación y estabilidad laborales.

Es menester apuntar que en México la situación laboral reportada para marzo de 2021 por el INEGI, en comparación con el año pasado, tiene un impacto en materia laboral. A continuación se retoma la información de este órgano:

“Una disminución de 1.5 millones de personas de la Población Económicamente Activa (PEA), al pasar de 57.4 millones a 56 millones. De los 12 millones de personas que salieron de la PEA en abril de 2020 por el tema de pandemia, la recuperación es de alrededor de 10.6 millones para el tercer mes de 2021. La población ocupada se situó en 53.8 millones; 2 millones de personas menos en comparación con marzo de 2020. Los y las trabajadoras subordinadas y remuneradas decrecieron 2.2 millones, las personas ocupadas en jornadas de más de 48 horas semanales descendieron en 1.5 millones y en los micronegocios se redujeron en 877 mil personas. La población ocupada en el sector secundario registró un descenso de

desempleo sube 3.9% en marzo INEGI”. 22 de abril de 2020. [https://www.el economista.com.mx/empresas/Tasa-de-desempleo-sube-a-3.9-en-marzo-Inegi-20210422-0044.html](https://www.eleconomista.com.mx/empresas/Tasa-de-desempleo-sube-a-3.9-en-marzo-Inegi-20210422-0044.html) (consultado el 26 de mayo de 2021).

315 mil personas respecto al tercer mes de 2020 y en el sector terciario presentó una reducción de 2.4 millones de personas. La población subocupada fue de 7.1 millones de personas, equivalente a 13.2% de la población ocupada. En marzo de 2020, esta población era de 5.1 millones de personas, 9.1% de la población ocupada. La tasa de desocupación fue de 3.9%, un punto porcentual más que en marzo del año pasado”.⁴

Esta información presentada en este año refleja el impacto laboral que ha dejado la pandemia en diversos sectores, y hay que resaltar que la población ocupada es de dos millones menos en comparación con el mes de marzo de 2020. Los datos reflejan que el desempleo en México se incrementó, sin contar a los trabajadores que ya han regresado a sus actividades laborales, pero no con el mismo salario que estaban percibiendo antes de la pandemia.

En este orden de ideas, es importante crear estabilidad y certeza para la población económicamente activa. En México, las desigualdades económicas y sociales han estado presentes por años y se ha tratado de combatirlas a través de diversas acciones positivas; sin embargo, nos falta un camino largo por recorrer en la implementación de políticas públicas que coadyuven al desarrollo social. Actualmente miles de perso-

⁴ INEGI, RESULTADOS DE LA ENCUESTA NACIONAL DE OCUPACIÓN Y EMPLEO (NUEVA EDICIÓN) (ENOE^N) CIFRAS OPORTUNAS DE MARZO DE 2021, Comunicado de Prensa Núm. 216/21, 22 DE ABRIL 2021. https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2021/iooe/iooe_2021_04.pdf (consultado el 08 de junio de 2021).

nas en México se encuentran en un escenario de inestabilidad laboral, ya sea por el cierre definitivo de su centro laboral, ya por la reducción de salarios, despidos y falta de creación de nuevos empleos; todo esto genera desigualdad económica para ellos y sus familias.

El papel del derecho del trabajo después de la pandemia

El reto que tiene que enfrentar el derecho del trabajo después de la pandemia del SARS-CoV-2 tendrá que estar orientado a supervisar y regular que los nuevos empleos creados cumplan con la normatividad, y que protejan los derechos humanos de los trabajadores, así como incentivar a los gobiernos para que se generen políticas públicas que tengan como la finalidad la creación de empleos. A su vez, los diversos órdenes de gobierno deben trabajar sobre la misma línea.

Asimismo, el reto es más ambicioso justo en el momento de la transición de la justicia laboral al Poder Judicial, por lo que el derecho del trabajo deberá continuar con la implementación de los tribunales y, al mismo tiempo, atender las circunstancias que se vayan presentando.

El desempleo y las desigualdades sociales en México empiezan a ser cada vez más evidentes porque la crisis afectó especialmente a trabajadores con los salarios más bajos, lo que ha generado un aumento en las desigualdades. Como ha previsto la OIT, una de las alternativas es crear e implementar políticas salariales para una recuperación centrada en el ser

humano;⁵ esto se tiene presente en el Informe Mundial sobre Salario 2020-2021 que dice: “A nivel mundial, aproximadamente 327 millones de asalariados perciben una remuneración equivalente o inferior al salario mínimo por hora vigente”.⁶ Es importante el salario mínimo para reducir las desigualdades salariales y de ingresos; su propósito fundamental es proteger a las y los trabajadores de un salario indebidamente bajo que los pueda llevar a una insubsistencia personal y familiar.

Entonces, el papel del derecho del trabajo será fundamental en los años que vengan. Recordemos la Declaración del Centenario de la OIT para el futuro del Trabajo en el 2019. En esta es visible que los países deben aplicar un enfoque para el futuro del trabajo que se centre en el ser humano y sus necesidades; y, a su vez, se enfatiza la importancia de un salario mínimo adecuado que se encuentre establecido y protegido en cada estado. Para salvaguardar a los trabajadores, es importante que el derecho del trabajo continúe en la línea de materialización y protección de los derechos laborales.

La recuperación económica no será una tarea sencilla; el impacto de esta crisis sanitaria y económica permanecerá por algunos años. Es fundamental que el Estado mexicano se

⁵ OIT, *Informe Mundial sobre Salarios 2020-2021. Los salarios y el salario mínimo en tiempos de la COVID-19*. <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms762317.pdf> (consultado el 06 de junio de 2021).

⁶ *Ibidem*, p. 2.

apoye en políticas salariales adecuadas y equilibradas mediante el diálogo de diversos sectores para salvaguardar los empleos y minimizar las desigualdades que se han generado.

La clave para la recuperación será velar por un salario mínimo adecuado; el ajuste deberá realizarse de una manera cuidadosa y equilibrada, pero siempre deberá atender las necesidades esenciales del ser humano. Será eficaz esta medida a nivel nacional si se acompaña de otras tales como una política de formalización de la economía informal, la creación de empleos y políticas fiscales que apoyen a los trabajadores.

Despido justificado tras pandemia por SARS CoV2 (COVID-19) y afectación económica micro-empresarial en México

*Odette Mendoza Becerril**

Introducción

El Consejo de Salubridad General, el pasado 30 de marzo de 2020, emitió un decreto por la autoridad que posee enumerada en la fracción XI 1ª del Artículo 73 de la Constitución Federal. Dicho decreto se publicó en el Diario Oficial de la Federación con el título “ACUERDO por el que se declara como emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor, a la epidemia de enfermedad generada por el virus SARS-CoV2 (COVID-19)”, en el que de manera general y ambigua en su numeral segundo declara: “La Secretaría de Salud determinará todas las acciones que **resulten necesarias** para atender la emergencia prevista en el numeral anterior”.¹

* Licenciada en Derecho, por la UAM-A.

¹ PODER EJECUTIVO CONSEJO DE SALUBRIDAD GENERAL ACUERDO por el que se declara emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor, a la epidemia de enfermedad generada por el virus SARS-CoV2 (COVID-19). Al margen un sello con el Escudo Nacional, que dice: Estados Unidos Mexicanos.- Consejo de Salubridad General. El Consejo de Salubridad General, con fundamento en los artículos 4o., párrafo cuarto, 73, fracción XVI, bases 1a. y 3a. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3o., fracción XV, 4o., fracción II, 17, fracción IX, 134, fracción II y XIV, 140 y 141

Conforme a lo anterior en materia laboral se tomarán las acciones necesarias justificando el despido y ordenando la suspensión general de labores o trabajos (arts. 42-Bis, 427, fracc. VII y 429, fracc. IV de la Ley Federal de Trabajo) bajo el sustento de la crisis sanitaria como evento de caso fortuito y fuerza mayor.

Cuando se actualiza tal figura de la ley laboral, se suspende la relación sin que el patrón requiera autorización de la Junta de Conciliación y Arbitraje o del Centro Federal de Conciliación y Registro Laboral, y este “deja de estar obligado a pagar el salario a sus trabajadores, sin embargo, puede indemnizarlo con un equivalente a un día de salario mínimo general vigente, por cada día de suspensión”, sin que esta pueda exceder de un mes (art. 429, fracc. IV, LFT).

Esto no es casualidad, ya que, al emplear ese lenguaje, se cierra por completo la puerta a que el sector empresarial se encuadre en los preceptos normativos mencionados, y se orienta hacia la suspensión colectiva de las relaciones de trabajo por fuerza mayor, que implica la indemnización a los trabajadores de un mes de salario; pero, para ello, se requiere la aprobación de las Juntas de Conciliación y Arbitraje que se encontraban inactivas en ese momento por la situación de la

de la Ley General de Salud, y 1 y 9, fracción XVII del Reglamento Interior del Consejo de Salubridad General, publicado el lunes 30 de marzo de 2020 en el *Diario Oficial de la Federación*. https://dof.gob.mx/2020/CSG/CSG_300320_VES.pdf

contingencia sanitaria (arts. 427, fracc. I, 429, fracc. I y 430, LFT).

La fuerza mayor y el caso fortuito en materia laboral

En el artículo 427 de la Ley Federal del Trabajo se prevé lo siguiente:

“Son causas de suspensión temporal de las relaciones de trabajo en una empresa o establecimiento:

- I. La fuerza mayor o el caso fortuito no imputable al patrón, o su incapacidad física o mental o su muerte, que produzca como consecuencia necesaria, inmediata y directa, la suspensión de los trabajos”.*

Sin embargo, para analizar la fuerza mayor o caso fortuito se debe de tomar en cuenta la siguiente tesis II.1o.C.158 C, emitida por el Primer Tribunal Colegiado en materia Civil del segundo circuito cuyo rubro es:

“Caso fortuito o fuerza mayor: cuando el acto o hecho en que se sustenta es un acto de autoridad”.

La doctrina jurídica es unánime al admitir que existen ocasiones en que el incumplimiento de una obligación no puede ser imputable al deudor, porque éste se ve imposibilitado para cumplir a causa de un acontecimiento que está fuera del dominio de su voluntad, que no ha podido prever o que, aun previéndolo, no lo ha podido evitar. A un acontecimiento de esa naturaleza se le llama caso fortuito o fuerza mayor. Los

diversos tratadistas como Bonnecase, García Goyena, Henri León Mazeaud y André Tunc también concuerdan al distinguir tres categorías de acontecimientos constitutivos del caso fortuito o de fuerza mayor, según provengan de sucesos de la naturaleza, de hechos del hombre o de actos de la autoridad; sea que el acontecimiento proceda de cualquiera de esas fuentes y, por ello, provoque la imposibilidad física del deudor para cumplir la obligación, lo que traerá como lógica consecuencia que no incurra en mora y no pueda considerársele culpable de la falta de cumplimiento con la correspondiente responsabilidad de índole civil, dado que a lo imposible nadie está obligado.

Las características principales de esta causa de inimpugnabilidad para el deudor son la imprevisibilidad y la generalidad, puesto que cuando el hecho puede ser previsto el deudor debe tomar las previsiones correspondientes para evitarlo y si no lo hace así, no hay caso fortuito o fuerza mayor; el carácter de generalidad implica que la ejecución del hecho sea imposible de realizar para cualquier persona; no basta, pues, con que la ejecución sea más difícil, más onerosa o de desequilibrio en las prestaciones recíprocas. Así, cuando se trata de actos de autoridad, que algunos autores como Manuel Borja Soriano catalogan dentro de la categoría de hechos provenientes del hombre, el hecho del príncipe se da a entender a todos aquellos impedimentos que resultan de una

orden o de una prohibición que emana de la autoridad pública.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Por tanto, el Sars Covid es un evento producto de la naturaleza el cual trajo consigo grandes transformaciones. El caso es que, en México, hoy por hoy, las pequeñas y medianas empresas (Pymes) crean nueve de cada 10 empleos. Número que, más allá de ser una estadística informática, nos lleva a reflexionar sobre si podrán las Pymes pagar el 100% de la carga prestacional a sus trabajadores sin recibir ingreso alguno. Me parece que la respuesta evidente es un rotundo no.

Por esa razón, para aquellas empresas cuya capacidad económica les impide cumplir con el pago de ese salario íntegro durante un mes, recomendamos convenir con sus trabajadores, individual o colectivamente, una modificación de las condiciones de trabajo, en los términos de la LFT, y bajo la premisa de que las relaciones de trabajo obligan a lo expresamente pactado y a las consecuencias que sean conformes a las normas de trabajo, a la buena fe y a la equidad (arts. 31 y 33, LFT). Se trata de una modificación pactada de condiciones laborales que permita a los trabajadores percibir ingresos y a la empresa sobrevivir de acuerdo con sus posibilidades.

En épocas de crisis como la presente, es fundamental proteger tanto el ingreso de los trabajadores como la fuente de

empleo y los puestos de trabajo. Así que hay que adoptar soluciones que permitan un equilibrio entre todos estos objetivos.

Aunado a los convenios referidos, resulta esencial que el Gobierno provea de apoyos sociales a los trabajadores, como también de estímulos fiscales y laborales a las empresas.

Los derechos humanos laborales

La contingencia sanitaria puso en evidencia las violaciones sistemáticas a los derechos humanos laborales a nivel global. En México, los protocolos sanitarios en las empresas para hacer frente a la pandemia no han sido equitativos ni igualitarios ya que mientras una ha respetado las actividades esenciales y no esenciales, otras han desobedecido la normativa de los gobiernos federales y locales, en perjuicio de sus colaboradores, violentando sus derechos laborales.

Uno de los sectores más afectados se encuentra en las maquilas de la confección, por poner uno de varios ejemplos, en la actualidad los trabajadores de la confección y textil en el estado de Morelos se encuentran en las siguientes circunstancias:

- Trabajadoras/es que se han quedado sin empleo, más de la mitad de las trabajadoras/es que se encontraban laborando en una maquila de la confección han perdido su trabajo tenemos el conocimiento de que cerca de 5000 trabajadoras/es fueron despedidas bajo el cobijo de la pandemia.

- Trabajadoras manifiestan que “el espacio de trabajo es cada vez más sucio, los sanitarios no están lo suficiente limpios, no tienen agua potable, muchas veces tienen que llevar agua para tomar porque no colocan suficiente agua en los garrafones, no hay medidas sanitarias suficientes ni distancia de un trabajador a otro, tienen que llevar su propio gel y cubre bocas”.²

El ejemplo anterior no es un caso aislado, hay muchos trabajadores padeciendo las consecuencias de la pandemia y la constante violación a sus derechos laborales, no enfrentando las mismas por el temor al despido o alguna represalia, se tiene que hacer visible la precaria situación del Estado en garantizar, proteger y hacer valer el Derecho al trabajo, para favorecer no solo la protección del trabajador sino también de sus familias.

Reflexiones

El coronavirus ha impactado duramente a la economía de millones de personas y empresas, que han visto su operación afectada por la crisis derivada de esta pandemia.

En diferentes Estados Internacionales se han dado a conocer una serie de estímulos fiscales y facilidades para que las empresas y empresarios puedan cumplir con sus obliga-

² Trabaj@dor, C. d., ALUNA. “Violaciones a los derechos laborales en tiempo de pandemia”, 11 de febrero de 2021. <https://www.alunapsicosocial.org/sing-le-post/violaciones-a-los-derechos-laborales-en-tiempo-de-pandemia>

ciones fiscales. Su propósito es aliviar su situación económica y prepararlos mejor para su eventual reactivación.

En palabras sencillas, los estímulos fiscales son los instrumentos con los que los gobiernos cuentan para impulsar o promover un sector o actividad. No necesariamente contemplan una exención o condonación de impuestos, sino que su efecto puede ser minimizar o diferir el pago de algunos de ellos.

En nuestro país, tomando en consideración el entorno sanitario y económico en el que nos encontramos, los estímulos fiscales pueden ser la herramienta que brinde un ‘respiro’ a las empresas y empresarios afectados por la contingencia actual.

Estos esquemas toman mayor relevancia en el contexto actual, en el que es evidente que la mayoría de los empleados, de todos los tamaños, están buscando mantener a su personal (una tarea que no está siendo fácil de lograr), sabiendo que, en el momento en que se reactive la economía, necesitarán de ellos; de igual forma, adquieren importancia al entender que, en la medida que se tenga empleo, las personas podrán gastar, lo que sin duda conllevará a una reactivación más rápida de la economía.³

³ Jorge Hernández, “Estímulos fiscales, el ‘respiro’ que podría aliviar a empresas y empresarios”, *Deloitte*, 27 de abril de 2021. <https://www2.deloitte.com/mx/es/pages/dnoticias/articles/estimulos-fiscales-el-respiro-para-empresas-y-empresarios.html>

El cambio tiene que ser paulatino y buscar soluciones a nivel Nacional en cuanto a educación, economía, salud y derecho, para salvaguardar el desarrollo integral del país y no dejar en estado de indefensión a las familias mexicanas, bajo el abrigo de la ley como figuras de suspensión de labores sin responsabilidad para el patrón.

Comandanta Ramona vs. Suprema Corte de Justicia de la Nación

*Antonio Salcedo Flores**

Introducción

La Reforma Constitucional en Materia de Amparo del año 2011 transformó profundamente el juicio de amparo. En cumplimiento de diversas resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, atendiendo las recomendaciones de varios organismos nacionales e internacionales especializados en derechos humanos y escuchando las demandas de las organizaciones sociales, el Constituyente Permanente Mexicano creó normas nuevas para que el juicio de amparo dejara de servir sólo a los políticos corruptos, a la delincuencia organizada, a los grandes capitales -nacionales y transnacionales-, a los recomendados. En adelante, el amparo sería el medio para que las personas, como usted y como yo, defendieran sus derechos fundamentales; dejaría de ser una ilusión para los menos privilegiados: ellos también, por fin, serían escuchados. Para cristalizar sus propósitos, la reforma constitucional ordenó al Poder Judicial de la Federación que

* Doctor en Derecho, Profesor-Investigador del Departamento de Derecho de la UAM-Azcapotzalco y miembro del Área de Investigación de Derechos Humanos y Alternatividad Jurídico Social.

resolviera las controversias entre actos de autoridad y derechos humanos, que atendiera también a los quejosos cuando defendieran un interés legítimo para el cual estableció menos requisitos de los que exige cuando se aduce un derecho subjetivo o un interés jurídico.¹ Asimismo, incorporó la declaratoria general de inconstitucionalidad que dejará sin efecto, ahora sí para todos, las creaciones legislativas abusivas.

Así se pronunció:

- El amparo procede contra normas generales (leyes, tratados internacionales, reglamentos, decretos, etcétera), actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución, así como por los tratados internacionales de los que México sea parte.
- En el amparo tiene el carácter de parte agraviada quien exponga razones, argumentos y pruebas de que es titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, reconocido por la Constitución, que le ha sido violado,

¹ El interés legítimo ha sido ubicado, por la doctrina y la jurisprudencia nacionales, entre el interés simple y el interés jurídico o derecho subjetivo. El interés simple pertenece a todas las personas. El interés jurídico sólo a los destinatarios de los derechos concedidos en forma particular por el sistema jurídico. La demostración del interés jurídico debe ser plena. Para demostrar el interés legítimo, en el juicio de amparo, basta con generar una presunción, en el sentido de que el acto reclamado agravia o puede agraviar un derecho humano que, en forma difusa, la Constitución o un tratado internacional ha reconocido a un individuo o a un determinado grupo de individuos, entre los que se encuentra el quejoso.

afectando su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.

- El amparo es eficaz para declarar *erga omnes* que una norma general es inconstitucional.²

Por su parte, la Ley de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, del año 2013, precisó:

- En el juicio de amparo se aplicarán, supletoriamente, los principios generales del derecho.
- El interés legítimo es suficiente para acudir al juicio de amparo en carácter de quejoso.
- Los particulares tienen la calidad de autoridades responsables cuando realicen actos de autoridad y sus funciones estén determinadas por una norma general.
- La respuesta del órgano jurisdiccional de amparo ante los actos de desaparición forzada de personas será más oportuna.
- Promovida la suspensión de los actos reclamados, el juez de amparo deberá realizar un análisis ponderado de la apariencia del buen derecho, la no afectación del interés

² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada el 5 de febrero de 1917 en el *Diario Oficial de la Federación*; última reforma publicada el 28 de mayo de 2021, artículos 103 y 107.

social y la no contravención de disposiciones de orden público, a fin de conceder o negar la suspensión provisional.

- “En todas las materias se privilegiará el estudio de los conceptos de violación de fondo por encima de los de procedimiento y forma, a menos que invertir el orden redunde en un mayor beneficio para el quejoso”.³
- Cuando en jurisprudencia por reiteración se determine la inconstitucionalidad de una norma general, se informará a la autoridad emisora para que en noventa días supere la problemática, si no lo hace, la Suprema Corte de Justicia de la Nación procederá a realizar la declaratoria general de inconstitucionalidad de esa norma general.
- “Se impondrá pena de dos a seis años de prisión, multa de treinta a trescientos días, destitución e inhabilitación de dos a seis años para desempeñar otro cargo, empleo o comisión públicos, al juez de distrito o la autoridad que conozca de un juicio de amparo o del incidente respectivo, cuando dolosamente”:
 - I. No suspenda el acto reclamado a sabiendas de que importa peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera de procedimiento, incomunicación, deportación o expulsión, proscripción o destierro, extradición, desaparición forzada de personas o alguno de los prohi-

³ Ley de Amparo, artículo 189.

bidos por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como la incorporación forzosa al Ejército, Armada o Fuerza Aérea nacionales, si dichos actos no se ejecutan por causas ajenas a la intervención de los órganos judiciales mencionados;

II. No concediere la suspensión, siendo notoria su procedencia”.⁴

Como puede apreciarse, se insiste en que el interés legítimo es bastante para acudir al juicio de amparo; se establece que el juez de amparo, para resolver la suspensión de los actos reclamados, debe realizar un análisis ponderado de la apariencia del buen derecho, la no afectación del interés social y la no contravención de disposiciones de orden público; se crea un nuevo paradigma en el que se privilegian las cuestiones de fondo, por encima de las de procedimiento y forma; se incorpora la declaratoria general de inconstitucionalidad, con la cual el combate en contra de las malas normas generales será integral y definitivo; finalmente, se endurecen las sanciones en contra de los jueces de amparo que, por no incomodar a las autoridades responsables o en complicidad con ellas, nieguen la suspensión de los actos reclamados cuando es notoria su procedencia.

Respecto del nuevo paradigma procesal en el que se manda privilegiar el fondo sobre la forma, es decir, la justicia

⁴ *Ib.* artículo 265.

sobre el procedimiento, la Reforma Constitucional de 2017, que se practicó al artículo 17, lo hace suyo y dispone:

“Siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales”.⁵

Los avances legislativos en materia de amparo son muy significativos y saltan a la vista, sin embargo, han provocado furiosas reacciones por parte de los sectores públicos y privados más despóticos de nuestra sociedad, entre los que se encuentran el Poder Ejecutivo Federal, el propio Poder Legislativo Federal y el Poder Judicial de la Federación, este último encabezado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de la que analizaremos la jurisprudencia 1ª./J. 13/2020 (10ª.), que siendo obligatoria para todos en el país, derogó lo dispuesto expresamente por la Constitución y la Ley de Amparo, ya que ordenó que se cierre el juicio de amparo indirecto a los quejosos que defiendan su interés legítimo a ser libres y a no ser torturados. La Suprema Corte, para cancelar el acceso a ese medio de defensa, echó mano de varios de los recursos viciosos que tradicionalmente ha utilizado el Poder Judicial de la Federación, para dejar sin efecto los avances legislativos que la sociedad mexicana y la comunidad internacional han conquistado, para desentenderse de las legítimas demandas

⁵ Párrafo tercero.

de las víctimas del Estado Mexicano, para no cumplir sus obligaciones.

Esa regresiva jurisprudencia la analizaremos en el marco jurídico antes invocado, que iremos ampliando y precisando en la narración de un caso ficticio, pero real; ficticio porque nuestros personajes pueden existir o haber existido o no, pero se ven en la misma situación por la que pasan 7 de cada 10 personas detenidas en México, que son realmente torturadas por nuestras fuerzas de seguridad pública: Marina, Ejército, Policía.⁶

Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

INCIDENTE DE EXCLUSIÓN DE PRUEBAS ILÍCITAS OBTENIDAS BAJO TORTURA, PROMOVIDO EN UN PROCESO PENAL MIXTO. CONTRA LA RESOLUCIÓN QUE DECIDE SU IMPUGNACIÓN NO PROCEDE EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO. “Dos Tribunales Colegiados de Circuito se pronunciaron de manera disímbola sobre si para efectos de la procedencia del juicio de amparo indirecto, aquella resolución constituye un acto en juicio cuyos efectos

⁶ “CUÁNTA TORTURA. Prevalencia de violencia ilegal en el proceso penal mexicano, 2006-2016”. Informe preparado por Roberto Hernández, Juan Salgado, y Laura Aquino. Bajo la dirección ejecutiva de Elizabeth Andersen, y Alejandro Ponce. Financiado por Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit México (GIZ). Fue posible por la generosidad de los patrocinadores del World Justice Project. Se presentó el 25 de noviembre de 2019, en la Ciudad de México.

son de imposible reparación, porque afecte materialmente derechos sustantivos. Al respecto, se determina que es improcedente el juicio de amparo indirecto promovido en su contra, pues no constituye un acto cuya ejecución sea de imposible reparación. Lo anterior, porque en términos de los artículos 107, fracción III, inciso b), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y 107, fracción V, de la Ley de Amparo, el amparo indirecto contra actos dentro de juicio sólo procede cuando aquéllos sean susceptibles de producir una ejecución de imposible reparación, esto es, cuando afecten materialmente derechos sustantivos, categoría bajo la cual no se ubica la determinación del aludido medio de impugnación, cuyos alcances son los de impactar en derechos de índole procesal por incidir únicamente en la configuración probatoria del proceso que habrá de valorar el juzgador al dictar sentencia; lo anterior adquiere dimensión si se considera que los efectos de esa resolución no son materializables inmediatamente, ya que dependerá de que lo ahí resuelto llegue a trascender al sentido de la sentencia del proceso penal. Así, podría darse el caso de que el juez de la causa al valorar las pruebas con miras a emitir un fallo, excluyera por iniciativa propia los mismos elementos de prueba controvertidos por el quejoso mediante el incidente no especificado, o bien que los rechazara de valoración por considerarlos producto de vulneración a otros derechos, distintos a no ser torturado. Por el contrario, si en esa sentencia el juzgador llegase a considerar

en contra del imputado pruebas del mencionado incidente, hasta ese momento tal situación habrá trascendido; ocasión en que el imputado podrá instar juicio de amparo directo en contra de la sentencia definitiva, una vez agotado el recurso que proceda, para determinar si existió tortura, así como dilucidar si ello afectó su defensa durante el proceso trascendiendo al resultado de la sentencia penal, como prevén los artículos 170, fracción I y 173, apartado A, fracción XI, de la Ley de Amparo. Lo que corrobora que aquel acto reclamado en amparo indirecto podría generar afectación únicamente a derechos de índole procedimental”.⁷

Esta jurisprudencia es gravemente antijurídica. El juicio de amparo indirecto sí es procedente contra la sentencia interlocutoria que se niega a excluir pruebas obtenidas mediante tortura, debido a que dicha negativa constituye uno de los actos de imposible reparación que expresamente prevé la Constitución General de la República, como constataremos líneas adelante.

⁷ Tesis 1ª./J. 13/2020 (10ª.) Registro digital 2021983, instancia Primera Sala, Décima Época, Materia(s): Común, Penal. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Tipo: Jurisprudencia. Libro 77, agosto de 2020, Tomo III, página 2434. Contradicción de tesis 237/2019. 6 de febrero de 2020, Mayoría de cuatro votos de los ministros Norma Lucía Piña Hernández, Ana Margarita Ríos Farjat, Jorge Mario Pardo Rebolledo y Juan Luis González Alcántara Carrancá. Disidente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: Norma Lucía Piña Hernández.

Comandanta Ramona vs. Suprema Corte de Justicia de la Nación

(Caso hipotético pero real)

El día 14 de abril de 2021, la comandanta Ramona fue detenida por efectivos del Ejército Mexicano, la Marina, la Guardia Nacional y la Policía mientras transitaba por uno de los caminos del Estado de Chiapas. Al ser reconocida se le trasladó a los cuarteles del Ejército. Allí se le interrogó durante tres días y posteriormente fue puesta a disposición de la Fiscalía General de la República, que abrió la correspondiente carpeta de investigación y en ella integró el parte que le entregaron las instituciones armadas mencionadas, el cual incluía la declaración realizada por la comandanta Ramona en la que reconoció haber cometido los delitos de terrorismo e incitación al pueblo a reconocer un gobierno de liberación nacional.

El agente del Ministerio Público Federal llevó a cabo las diligencias necesarias para acreditar la comisión de los ilícitos y determinar la probable responsabilidad de la indiciada. En su oportunidad, la Fiscalía General de la República ejerció la acción penal ante el juez federal y en contra de la Comandanta Ramona por los delitos de terrorismo e incitación al pueblo a reconocer a un gobierno de liberación nacional, previstos y sancionados, respectivamente, por los artículos 139, fracción II, y 125, del Código Penal Federal. En la carpeta de investi-

gación que el fiscal entregó al juez federal, se incluye el parte de las fuerzas armadas en donde aparece la declaración de la comandanta Ramona, por la que reconoce haber cometido los delitos que se le imputan, antecedente de investigación en el que el juez federal se basó para vincular a proceso a la Comandanta Ramona y decretarle la prisión preventiva oficiosa.

La comandanta Ramona, con el patrocinio de su abogada Faustina, promueve juicio incidental no especificado demandando que se excluya del material documental y probatorio que obra en autos la declaración que rindió cuando estaba privada de su libertad en las instalaciones del Ejército y fue interrogada por efectivos de la Guardia Nacional, la Marina, el propio Ejército y la Policía; declaraciones en las que aceptó haber cometido los delitos de terrorismo e incitación al pueblo a reconocer un gobierno de liberación nacional. Motivó su demanda incidental en el hecho de que esa declaración la rindió por la tortura física y psicológica que le infligían los efectivos de la Guardia Nacional, del Ejército, de la Marina y de la Policía. Fundamentó su reclamo en los artículos 20, apartado A, fracción IX, y 22, párrafo primero, de la Constitución, así como en el artículo 357 del Código Nacional de Procedimientos Penales, que disponen que la prueba obtenida mediante tortura no tendrá valor.

La comandanta Ramona y su abogada Faustina exhiben, como pruebas para acreditar su pretensión incidental, la documental pública consistente en el certificado médico legista

que acredita plenamente que la comandanta Ramona presenta lesiones físicas que corresponden a las que se producen cuando se recibe la tortura que refiere que le infligieron sus custodios cuando se encontraba detenida y custodiada por los efectivos de las fuerzas armadas nacionales. Asimismo, exhibieron el dictamen de dos peritas en materia de tortura y tratos graves inhumanos y degradantes que concluye que la comandanta Ramona sufre shock postraumático, consecuencia del episodio en el que fue víctima de la tortura que denuncia, infligida por miembros del Ejército, la Marina, la Guardia Nacional y la Policía, de acuerdo con el Protocolo de Estambul.

El agente del Ministerio Público Federal contestó la demanda incidental y se opuso a que se excluyera la documental cuestionada, argumentando que la misma constituye un antecedente de investigación que fue debidamente desahogado ante el juez de la causa, por lo que adquirió el carácter de prueba, además de que contiene la verdad de los hechos. Ofreció como medios de prueba incidentales la carpeta de investigación y las actuaciones que han tenido lugar ante el juez de la causa.

El juez de la causa desahogó las pruebas, escuchó los alegatos y dictó sentencia interlocutoria en el incidente, negándose a excluir las documentales cuestionadas. Motivó su negativa en que las pruebas cuestionadas son antecedentes de la investigación, ya se ofrecieron, se admitieron y se

desahogaron como pruebas ante él y, por lo tanto, afirmó el juez, cuentan con valor probatorio y serán consideradas en la sentencia definitiva. Respecto al certificado médico legista que acredita las lesiones por tortura y al dictamen en materia de tortura, los consideró pruebas insuficientes para con base en ellas decretar la exclusión de la declaración de la comandanta Ramona, en que aceptó haber cometido los delitos por los que se le sigue proceso.

La actitud judicial asumida por este juez es la que ordinariamente asumen los jueces mexicanos cuando ante ellos acude la persona procesada quejándose de que ha sido víctima de tortura y denuncia que mediante actos de tortura se le arrancó la confesión de los delitos que le son imputados. El Centro de Investigación y Docencia Económicas, CIDE, y México Evalúa, Centro de Análisis de Políticas Públicas, A. C., en octubre de 2016, hicieron público que en una muestra de 206 casos en los que existía certificado médico forense que acreditaba que la persona procesada había sido torturada durante su detención y así se le hizo confesar su participación en la comisión de los delitos, los jueces habían excluido la confesión sólo en 6 de esos 206 casos, es decir, en el 2.6%; mientras que en el 97.4% no la excluyeron y validaron las diligencias de la detención.⁸

⁸ Informe “¿Cómo se juzga en el Estado de México?: una radiografía de la operación del sistema de justicia penal acusatorio”. Presentado el mes de octubre de 2016.

La comandanta Ramona y su abogada Faustina ven actualizarse los presupuestos para acudir al juicio de amparo indirecto en contra de la resolución que se niega a excluir pruebas obtenidas mediante tortura en virtud de que la declaración de la comandanta Ramona -en la que aceptó haber cometido los delitos de terrorismo e incitación al pueblo a reconocer un gobierno de liberación nacional, independientemente de cómo se le denomine: documento, antecedente de investigación, indicio, dato de prueba, medio de prueba, prueba, prueba anticipada, medio pertinente, evidencia o medio de convicción, que son algunos de los términos que para el concepto de prueba, medio que lleva de la duda a la verdad, utiliza el Código Nacional de Procedimientos Penales-, consta en autos y mediante diversos formalismos se ha ido desahogando ante el juez, quien la ha considerado al tener por hecha la imputación, al resolver la vinculación a proceso, al imponer la prisión preventiva y al sentenciar el incidente no especificado de exclusión, por lo que dicha confesión se ha convertido en prueba y tendrá que ser considerada y evaluada en la sentencia definitiva, trascendiendo de forma inevitable al fondo del asunto, a la decisión entre la inocencia o la responsabilidad de la comandanta Ramona en la comisión de los delitos que se le imputan. La trascendencia al fondo se nos muestra si es que atendemos lo preceptuado por la fracción VI, apartado A, del artículo 173 de la Ley de Amparo, que considera violado el procedimiento con trascendencia a las defensas del quejoso,

es decir, al fondo del asunto, cuando la confesión del imputado se ha obtenido mediante tortura.

Las pretensiones de la comandanta y su abogada de acudir a la instancia constitucional se ven frustradas debido a que la jurisprudencia 1ª./J. 13/2020 (10ª.) les prohíbe acudir al juicio de amparo indirecto, ya que, según la Suprema Corte, la tortura que ha padecido la comandanta Ramona no trasciende al fondo del asunto, es reparable, dice, “porque podría darse el caso” de que el juez que se negó a excluir las pruebas en la sentencia interlocutoria por la que resolvió el juicio incidental se arrepintiera y reparara su falta, que “por iniciativa propia” decidiera no tomar en cuenta la declaración cuestionada. Este repentino cambio de actitud del juez es jurídicamente imposible en virtud de que el derecho procesal le prohíbe revocar sus propias resoluciones, y si en la sentencia interlocutoria se negó a excluir la declaración de la comandanta Ramona, está imposibilitado para excluirla por propia iniciativa después, y si lo llegara a hacer, la exclusión sería nula. Esa exclusión espontánea es también humanamente imposible, pues una persona no cambia su forma de pensar en un plazo de cuatro a siete meses, que aproximadamente transcurren entre la sentencia incidental y la definitiva. De manera que esta justificación de la Corte resulta ser un sofisma jurídico.

La Suprema Corte de Justicia sigue mintiendo. Asegura que son reparables los agravios que a la comandanta Ramo-

na le causa la sentencia incidental que se niega a excluir la prueba obtenida mediante tortura porque el juez responsable, dice la Corte, “por iniciativa propia”, puede decidir no valorar la prueba con motivo de que encuentre otras violaciones, distintas a la tortura, que le hagan decidir no valorar la prueba que no quiso excluir. Esta segunda suposición de la Corte es igual de imposible que la primera en virtud de que el juez de la causa, en las diversas etapas procedimentales anteriores: imputación, vinculación, prisión preventiva, incidente no especificado, ya valoró la declaración de la comandanta Ramona y la tuvo como válida; es decir, no encontró en ella violaciones distintas a la aplicación de tortura, y éstas no van a aparecer de la nada. Además, siendo la tortura el vicio más grave del procedimiento penal y el mayor agravio que se puede causar a la persona, y si por tal flagelo el juez no excluyó la confesión, menos va a dejar de valorarla por vicios distintos, que son sólo producto de la imaginación o de la perversidad de las ministras y los ministros que aprobaron la jurisprudencia *in comento*.

Lo real

El artículo 107 de la Constitución dispone:

“Las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes: [...] VII El amparo contra actos u omisiones en juicio, [...], se

interpondrá ante el Juez de Distrito [...]” El juez de distrito es quien conoce de los juicios de amparo indirecto.

El artículo 107, fracción V, de la Ley de Amparo, establece:

“El amparo indirecto procede; [...] V Contra actos en juicio cuyos efectos sean de imposible reparación, entendiéndose por ellos los que afecten materialmente derechos sustantivos tutelados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.”

De lo anterior tenemos que cuando en juicio se afecten derechos sustantivos tutelados en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, la demanda de amparo deberá presentarse ante el juez de distrito en la vía del amparo indirecto.

La sentencia interlocutoria que niega la exclusión de pruebas obtenidas mediante tortura afecta materialmente el derecho sustantivo de libertad que en favor de la comandanta Ramona tutelan la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de los que el Estado Mexicano es parte. La afectación es material porque la comandanta se encuentra privada de la libertad y ninguno de los días que pasa en prisión se le podrá devolver. La libertad de una persona de ninguna manera es un derecho de forma, es decir, no es una cuestión procedimental.

La sentencia interlocutoria que niega la exclusión de pruebas obtenidas mediante tortura también afecta materialmente el derecho de la comandanta Ramona a no ser víctima de tortura que le tutelan la Constitución, la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de la Organización de las Naciones Unidas, la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la Tortura, y el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura de la ONU de los que el Estado Mexicano es parte. La afectación es material porque el derecho a no ser torturada lo ha poseído la comandanta Ramona desde el momento en que fue concebida, mientras que los derechos procedimentales, como el de defensa, prueba, alegatos, oportunidad, los adquirió la comandanta Ramona en el momento en que se constituyó la relación procesal en su contra, más precisamente, en la audiencia inicial ante el juez de control, como lo informa la última parte de la fracción I, del artículo 170 de la Ley de Amparo.

Una maraña procedimental

Desobedeciendo otro mandato constitucional y legal, e ignorando el nuevo paradigma procesal del privilegio de la justicia sobre el formalismo procedimental, la Suprema Corte de Justicia, en la parte final de su jurisprudencia, manda que se tramiten dos instancias judiciales inútiles, con el desgaste material y humano, público y privado, que esa falta de economía procesal provoca. Además, elabora un intrincado y casi

inaccesible recorrido para excluir una prueba obtenida por medio de tortura.

Como vimos, la sentencia interlocutoria que niega la exclusión de la prueba obtenida mediante tortura debe revisarse inmediatamente en amparo indirecto para que se resuelva la procedencia o no de la exclusión. Sin embargo, la Corte dispone que esa sentencia interlocutoria sea revisada en amparo directo, para lo cual es necesario que la persona que se duele de haber sido torturada continúe actuando en el juicio penal natural (primera instancia), espere a que dicten la sentencia definitiva, la apele y, así, se inicie la tramitación de la segunda instancia ante el tribunal de alzada, del cual hay que esperar que dicte su propia sentencia para contra ella interponer la demanda de amparo directo (tercera instancia) en la que se plantee la inconformidad contra la sentencia interlocutoria que negó la exclusión de la prueba obtenida mediante tortura, inconformidad que será resuelta, en su oportunidad, por el tribunal colegiado correspondiente. ¡Esto lleva años!, durante los cuales la comandanta Ramona estará privada de su libertad. Libertad, derecho humano eminentemente sustantivo, de cuya privación la comandanta no podrá ser reparada. Cada día que pase en prisión lo habrá perdido de libertad y eso nadie puede repararlo; lo más que puede hacer el derecho es devolver a la comandanta Ramona el ejercicio de su libertad futura.

A diferencia del dilatado y tortuoso camino que creó la Corte, la exclusión o no de la prueba obtenida mediante tortura debería resolverse en treinta días, contados a partir de que se presente la demanda de amparo indirecto; y la comandanta Ramona, si demuestra que fue la tortura la que le hizo admitir la comisión de los delitos que le son imputados, recuperaría su libertad en veinticuatro horas, bajo una garantía que determine el órgano jurisdiccional de amparo, en este caso el juez de distrito, por medio de la suspensión provisional de los actos reclamados.

La injustificada complicación que provoca la Suprema Corte con su jurisprudencia viola el principio de justicia expedita y contrasta con la sencillez de la legítima solución:

“Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula”. Art. 20 Constitucional.

“El amparo contra actos u omisiones en juicio [...] se interpondrá ante el Juez de Distrito [...] y su tramitación se limitará al informe de la autoridad, a una audiencia para la que se citará en el mismo auto en el que se mande pedir el informe y se recibirán las pruebas que las partes interesadas ofrezcan y oirán los alegatos, pronunciándose en la misma audiencia la sentencia”. Art. 107, fracción VII, Constitucional.

“El amparo indirecto procede: [...] Contra actos en juicio cuyos efectos sean de imposible reparación [...]” Art. 107, fracción V, de la Ley de Amparo.

Conclusiones

El derecho a la libertad, así como el derecho a no ser torturado, son derechos sustantivos cuya afectación siempre va a ser material.

Es perfectamente procedente el juicio de amparo indirecto para combatir la sentencia interlocutoria que se niega a excluir pruebas ilícitas obtenidas bajo tortura.

La jurisprudencia 1ª./J. 13/2020 (10ª.), integrada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, viola flagrantemente el artículo 107, fracción VII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como el artículo 107, fracción V, de la Ley de Amparo, por lo que es gravemente regresiva.

ALEGATOS COYUNTURAL. Número 17/18, Año 3, Tercera época, enero-junio/julio-diciembre de 2021, es una publicación semestral editada por la Universidad Autónoma Metropolitana a través de la Unidad Azcapotzalco, División Ciencias Sociales y Humanidades, Departamento de Derecho. Prolongación Canal de Miramontes 3855, Col. Ex-Hacienda San Juan de Dios, Alcaldía Tlalpan, C.P. 14387, Ciudad de México, y Av. San Pablo No. 180, Edificio E, salón 004, Col. Reynosa Tamaulipas, Alcaldía Azcapotzalco, C.P. 02200, Ciudad de México; Teléfonos 53189412 y 53189109, página electrónica de la revista: http://alegatosenlinea.azc.uam.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=7&Itemid=177 dirección de correo electrónico alegatos@azc.uam.mx y alegatosuam@hotmail.com Editora Responsable Mtra. Diana Margarita Magaña Hernández Certificado de Reserva de Derechos al Uso Exclusivo de Título No. 04-2015-080410074300-203, ISSN en trámite, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Certificado de Licitud de Título y Contenido en trámite, otorgado por la Comisión Calificadora de Publicaciones y Revistas Ilustradas de la Secretaría de Gobernación. Responsable de la última actualización de este número: Ing. Ramón Macías Baltazar; Sección de Desarrollo de Sistemas de la Coordinación de Servicios de Cómputo, UAM-A., Av. San Pablo No. 180, Col. Reynosa Tamaulipas, Alcaldía Azcapotzalco, C.P. 02200, Ciudad de México. Fecha de última modificación: mayo de 2022. Tamaño del archivo 818 KB.

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura del editor de la publicación.

Queda estrictamente prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización de la Universidad Autónoma Metropolitana.



Índice

Diana M. Magaña Hernández
Presentación

David Chacón Hernández

El derecho a la salud en época de pandemia. Disyuntiva entre la libertad y la protección obligada

Elisa Palomino Ángeles

La violencia familiar contra la niñez en tiempos de pandemia

Zayra Marlene Vallejo Meza

La desigualdad laboral: el reto después de la pandemia

Odette Mendoza Becerril

Despido justificado tras pandemia por SARS COV2 (COVID-19), y afectación económica microempresarial en México

Antonio Salcedo Flores

Comandanta Ramona vs. Suprema Corte de Justicia de la Nación

