

SENTENCIAS RELEVANTES EN MATERIA DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN ANÁLISIS DE CASOS

19

Fabiola María Pérez Rodríguez
Jesús Jair Medel Silveyra
Coordinadores



TEMAS SELECTOS

Directorio

Alejandro Gertz Manero
Fiscal General de la República
y Presidente de la H. Junta de Gobierno del INACIPE

Rafael Ruiz Mena
Secretario General Académico
Encargado de Despacho de la Dirección General

Gabriela Alejandra Rosales Hernández
Secretaria General de Extensión

Alejandra Silva Carreras
Directora de Publicaciones y Biblioteca

Sentencias relevantes en materia de igualdad y no discriminación

ANÁLISIS DE CASOS



Fabiola María Pérez Rodríguez y
Jesús Jair Medel Silveyra
Coordinadores

Agustín de Pavia Frías • Alberto Pérez Dayán
Alexandra Haas Paciuc • Andrea Santiago Páramo
Carlos Andrés Pérez Narváez • Ernesto Rosas Barrientos
Geraldina González de la Vega Hernández • Jorge Roberto
Ordóñez Escobar • Juan Carlos Jaramillo Rojas
Marta Clara Ferreyra Beltrán • Pedro Salazar Ugarte
Regina Castro Traulsen • Ricardo Baruch Domínguez
Ricardo Hernández Forcada • Taide Buenfil Garza



GOBERNACIÓN
SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN



CONAPRED
CONSEJO NACIONAL PARA PREVENIR
LA DISCRIMINACIÓN



INACIPE
INSTITUTO NACIONAL DE INVESTIGACIONES PSICOLÓGICAS



CONSEJO PARA PREVENIR Y
ELIMINAR LA DISCRIMINACIÓN
DE LA CIUDAD DE MÉXICO
COPRED



unam

*Sentencias relevantes en materia
de igualdad y no discriminación.
Análisis de casos.*

© 2021. Consejo Nacional
para Prevenir la Discriminación
Dante 14, colonia Anzures, alcaldía
Miguel Hidalgo, 11590, Ciudad
de México.
www.conapred.org.mx

© 2021. Instituto Nacional
de Ciencias Penales
Magisterio Nacional núm. 113,
Col. Tlalpan, alcaldía Tlalpan,
14000, Ciudad de México.
www.inacipe.gob.mx

Primera edición electrónica:
febrero de 2021

ISBN libro electrónico INACIPE:
978-607-560-082-6

ISBN libro electrónico Conapred:
978-607-8418-93-0

Coordinación de la publicación:
Fabiola María Pérez Rodríguez y
Jesús Jair Medel Silveyra.

Compilación de textos y vinculación:
Alejandra Isibasi Pouchin
Arturo Alexis Gallegos Gutiérrez,
Berenice Lizette Guadarrama Valle,
María Luisa Muñoz Ortiz,
Roberto Zedillo Ortega,
Sonia Yolanda Delgado Gómez y
Tania Angélica Galván Reyes.

Coordinación editorial y diseño:
Génesis Ruiz Cota

Apoyo en diseño editorial:
Daniel Leyte Muñiz

Cuidado de la edición:
Armando Rodríguez Briseño

Aviso legal INACIPE

Se prohíbe la reproducción parcial o total, sin importar el medio, de cualquier capítulo o información de esta obra, sin previa y expresa autorización del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación y del Instituto Nacional de Ciencias Penales, titulares de todos los derechos.

Esta obra es producto del esfuerzo de investigadores, profesores y especialistas en la materia, cuyos textos están dirigidos a estudiantes, expertos y público en general. Considere que fotocopiarla es una falta de respeto a los participantes en la misma y una violación a sus derechos.

Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad exclusiva del autor y no necesariamente reflejan la postura del Instituto Nacional de Ciencias Penales.

Impreso y hecho en México / *Printed and made in Mexico*

Índice

Prólogo

Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación IX

Nota introductoria

Pedro Salazar Ugarte XI

El derecho de acceso a la justicia y grupos de atención prioritaria

Geraldina González de la Vega XIII

CAPÍTULO I

Acceso a la educación básica sin discriminación 1

Reseña (Sentencia Amparo Directo 31/2018) 3

**El acceso a la educación básica sin discriminación,
 criterios judiciales y del Conapred en materia de no
 discriminación de personas con discapacidad 7**

 Agustín de Pavia Frías

Acceso a la educación básica sin discriminación 29

 Taide Buenfil Garza y Ernesto Rosas Barrientos

CAPÍTULO II

Pensión por viudez55

Reseña (Sentencia Amparo Directo 319/2017) 57

Repensar la exigencia de los derechos sociales.

Dos casos más: la Resolución por Disposición 9/2015

del Conapred y el Amparo Directo en Revisión

6043/2016 al respecto de la negativa de pensión

por viudez para esposos y concubinos 61

Jorge Roberto Ordóñez Escobar

CAPÍTULO III

Prohibición de pruebas de detección

de VIH/sida como requisito de contratación.....73

Reseña (Sentencia Amparo Directo 43/2018) 75

Prohibición de pruebas de VIH/sida al personal

médico como requisito de contratación 79

Juan Carlos Jaramillo Rojas

Reflexiones sobre la prohibición de la aplicación

de pruebas de detección de VIH al personal médico

como requisito de contratación en el IMSS.

Un acercamiento histórico al contexto actual de la

discriminación por VIH en México 95

Ricardo Hernández Forcada

La posibilidad de transmisión de VIH como motivo

de discriminación: una injusticia a todas luces..... 123

Ricardo Baruch Domínguez

CAPÍTULO IV

Trabajo del hogar y seguridad social	131
Reseña (Sentencia Amparo Directo 9/2018)	133
Elementos para entender el trabajo del hogar	137
Marta Clara Ferreyra Beltrán y Carlos Andrés Pérez Narváez	
El régimen de seguridad social de las trabajadoras del hogar. Amparo Directo 9/2018	157
Regina Castro Traulsen	
Trabajo del hogar. Es trabajo	169
Alexandra Haas Paciuc y Andrea Santiago Páramo	
Conclusiones	193
Alberto Pérez Dayán	

Prólogo

Consejo Nacional para Prevenir
la Discriminación

Desde hace casi veinte años, nuestro país cuenta con una cláusula antidiscriminatoria y una Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación. A partir de entonces, muchos casos han planteado retos importantes para determinar si hubo actos de discriminación o se incurrió en otro tipo de conductas. Algunos de estos casos fueron investigados por el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (Conapred) y después litigados en instancias judiciales de revisión, como el Tribunal Federal de Justicia Administrativa (TFJA) o la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), en su papel de máximo tribunal constitucional del país. Las decisiones de estas instancias judiciales han desarrollado numerosos criterios interpretativos sobre el alcance, contenido y garantía del derecho a la igualdad y la no discriminación en distintos ámbitos y en relación con otros derechos, en dirección a una mayor protección a las personas.

Este libro reúne ejemplos de casos paradigmáticos de ambos tribunales que han marcado precedentes históricos; algunos, incluso, han influido en la modificación de políticas públicas y del contenido de la propia Constitución federal. Es el caso de la sentencia del Amparo Directo 9/2018 de la Segunda Sala de la SCJN sobre trabajo del hogar, que influyó en la reforma a las leyes Federal del Trabajo y de Seguridad Social para reconocer los derechos laborales y de seguridad social de las trabajadoras del hogar. O la sentencia del Amparo Directo 31/2018 de la misma Sala de nuestro máximo tribunal, en la que se reconoce el derecho a la educación inclusiva, se reitera como discriminatorio que las instituciones educativas restrinjan el acceso a estudiantes con discapacidad, y

cuyos argumentos fueron fundamentales para la reforma educativa de 2019, que puso a la educación inclusiva en el centro del Sistema Educativo Nacional.

Desde el TFJA también se han emitido sentencias históricas. Es el caso del juicio 16/684-24-01-03-09-OL, que confirmó la Resolución por Disposición 9/2015 del Conapred, en la que se determinaba como acto discriminatorio el establecimiento de requisitos adicionales a los hombres viudos para el acceso a la pensión por viudez que otorga el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS).

En éstos y otros casos que se retoman a lo largo de esta publicación, el Conapred estuvo involucrado de manera directa. En la mayoría de ellos, el Consejo fue quien investigó las presuntas conductas discriminatorias, las determinó como tales en resoluciones por disposición y después las defendió en las instancias superiores.

En el marco de este proceso, el Conapred, el Consejo para Prevenir y Eliminar la Discriminación de la Ciudad de México (Copred) y la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) convocamos a un proceso de reflexión colectiva sobre los aprendizajes de estos casos, cuyo producto final es el presente libro. A este esfuerzo, se ha sumado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a la que agradecemos el apoyo brindado para la realización de estos espacios de interlocución y, particularmente, el gran aporte a esta publicación, la cual no hubiera sido posible sin el apoyo del Ministro Alberto Pérez Dayán y de Gerardo Laveaga, actual Director del Instituto Nacional de Ciencias Penales.

En el Gobierno de México estamos trabajando para hacer realidad un país donde nadie se quede atrás y nadie se quede afuera. Las decisiones de nuestros tribunales están ayudando de manera decisiva a lograr este propósito, tanto en el ámbito judicial como en el legislativo e, incluso, en el de las políticas públicas. Estamos convencidos de que, con el trabajo decidido de todas las instituciones del Estado mexicano, lograremos la transformación hacia la igualdad que nuestro país necesita con urgencia.

Nota introductoria

Pedro Salazar Ugarte*

A partir de una iniciativa promovida por Alexandra Haas y Geraldina González de la Vega, el 13 de mayo de 2019 concurrió en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México un grupo de estudiosas y estudiosos del derecho —particularmente del derecho a la no discriminación—, además de autoridades y representantes de la sociedad civil.

La reunión tuvo como finalidad el conversar durante un día entero acerca de una serie de sentencias emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), en las cuales podemos encontrar aportes importantes en el camino de la igualdad sustancial entre personas, además de que en cada una de ellas se pone de relieve la participación que el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (Conapred) ha tenido en el impulso y visibilización de cada caso.

A fin de no permitir que el conocimiento compartido en aquel conversatorio se perdiera en la anécdota, la presente obra traduce en forma de ensayos las ponencias de cada una de las personas participantes.

Es importante mencionar que el momento de publicación del texto se enmarca dentro de dos procesos de transición sin duda relevantes: el primero, institucional, pues termina la presidencia de Alexandra Haas al frente del Conapred, dejando tras de sí una importante estela de logros, los cuales, más que personales, deben

* Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ-UNAM).

ser entendidos en la lógica de una labor institucional dedicada a prevenir y erradicar todas las formas de discriminación en el país. El libro, prueba de ello, acompaña esta serie de procesos en los cuales la participación del Consejo fue pieza clave en la llegada de los casos a la Corte, así como, después, en proveer de insumos técnicos útiles para la sustanciación de los casos.

El segundo proceso, de carácter más estructural, refleja la insistencia en el camino de un constitucionalismo anclado en la lógica de los derechos. Para ello, es una labor irrenunciable el continuar con el trabajo de consolidación y fortalecimiento de instituciones encargadas de la defensa, promoción y garantía de los derechos humanos. Es por ello que este libro da cuenta del trabajo crucial que juegan actores como la SCJN, el Conapred y el Consejo para Prevenir y Eliminar la Discriminación de la Ciudad de México (Copred) como garantes de un modelo no sólo de constitución, sino también de vida, con el que se hace frente a las amenazas de xenofobia, homofobia, violencias de género y demás muestras de retrocesos e intolerancias.

Es por todo lo anterior que la lectura de los ensayos aquí contenidos resulta de utilidad no sólo para un enriquecimiento personal, sino también para la ampliación de una agenda en contra de todas las formas de discriminación.

El derecho de acceso a la justicia y grupos de atención prioritaria

Geraldina González de la Vega Hernández*

El derecho de acceso a la justicia es propio de un Estado de derecho. Hoy se entiende como tal al Estado ordenado bajo los parámetros de leyes que material y formalmente se ajustan a un marco democráticamente establecido, que fundamenta todo el orden político, jurídico y social en una serie de valores que parten del principio de dignidad y garantía a la libertad y autonomía de las personas.

Entonces, en un Estado donde el acceso a la justicia no está garantizado, no hay forma para demandar, acusar, señalar o exigir el cumplimiento del principio de legalidad como máxima de la actuación del Estado, y éste puede actuar bajo las premisas del derecho o no, porque sin justicia constitucional y administrativa no hay manera de restringir su actuar. La actuación del Estado, según el principio de legalidad, pilar fundamental del Estado de derecho, debe ceñirse a las normas, que, a su vez, para ser válidas, deben crearse en función de valores fundamentales, así como de procesos democráticos y transparentes.

Cuando una autoridad se aparta, por acción u omisión, de ese marco normativo de actuación, violenta derechos. Sin garantía para acceder a la justicia, ¿cómo puede una persona hacer valer un derecho que le ha sido reconocido, pero no garantizado?

* Presidenta del Consejo para Prevenir y Eliminar la Discriminación de la Ciudad de México (Copred).

¿Cómo se exige la restitución de un derecho violentado? ¿Cómo se pide la reparación de las violencias vividas por la falta de garantía de los derechos? ¿Cómo exige el cumplimiento de un contrato? ¿Cómo solicito que se reparta una sucesión?

En México, el derecho de acceso a la justicia se encuentra reconocido y ordenado dentro de lo que llamamos parámetro de regularidad constitucional o bloque de constitucionalidad, el cual abarca normas de fuentes nacionales e internacionales y, por esa vía, reconoce y garantiza derechos. En teoría, todas las personas que habitamos y transitamos por el país tenemos reconocidos *todos* los derechos. En teoría, porque en la práctica requerimos de una cláusula de no discriminación que recuerda a todas las personas operadoras jurídicas que los derechos son para todas las personas y que no está permitida la exclusión por arbitrariedad o discriminación.

Así, se han reconocido grupos históricamente excluidos y subordinados que no han logrado gozar y ejercer sus derechos en igualdad de circunstancias respecto a otros grupos, usualmente referidos como *privilegiados*. El acceso a la justicia es, entonces, una herramienta fundamental para equilibrar las condiciones de justicia en una comunidad en la que sistemáticamente algunas personas han sido relegadas del disfrute equitativo de oportunidades, de acceso a servicios, de ejercicio de la libertad. Por esta vía es que pueden exigir al Estado, o a los particulares, el cumplimiento de sus derechos.

El derecho a la no discriminación se encamina a la prohibición de la arbitrariedad y a la eliminación de los obstáculos para el acceso a derechos, y tiene como origen el trato diferenciado. Sin embargo, este derecho tiene una perspectiva mucho más profunda, que se refiere a la desigualdad estructural, aquella enraizada en las instituciones políticas, jurídicas, sociales y que históricamente ha motivado violencias, la obstrucción y la limitación de derechos hacia determinadas personas.

Aceptar que existen grupos¹ histórica y estructuralmente desaventajados permite entender cómo el derecho de acceso a la justicia se convierte en la herramienta más importante para la exigencia de esos derechos que sistemáticamente les han sido negados y violentados. Si el establecimiento de cláusulas de no discriminación en las constituciones o cartas de derechos pasa por el reconocimiento de que existen ciertos grupos subordinados, esto implica necesariamente reconocer que su acceso a los derechos ha sido históricamente denegado. Reforzar el derecho de acceso a la justicia como vía para la exigencia de los derechos es una estrategia fundamental para incluir a todas las personas en el sistema de Estado organizado bajo una constitución *democrática*.

Por ello, la apuesta del Consejo para Prevenir y Eliminar la Discriminación de la Ciudad de México (Copred) con respecto al derecho de acceso a la justicia se refleja en varios momentos: 1) encontrar las prácticas discriminatorias en el ejercicio de este derecho: ubicar los ámbitos institucionales, las dimensiones, las personas, los procedimientos; 2) implementar herramientas que tiendan a equilibrar la participación de las partes en un proceso

¹ Los grupos desaventajados o en situación de subordinación tienen como nota común la relación identitaria de sus integrantes. Ello implica que exista una identificación entre las y los miembros de un grupo a través de afinidades, experiencias específicas, una historia común y la autoidentificación de las personas que pertenecen a él. Además, se explica como parte de la definición de grupo el hecho de que el daño a una persona puede lastimar a todas las demás. Fiss lo ha denominado interdependencia. Lo anterior no significa que los derechos sean de carácter colectivo, sino que el impacto de la vulneración de algún derecho por principio de igualdad puede tener efectos expansivos a todas las personas integrantes de ese grupo o colectivo. Fiss atribuye las siguientes características a los grupos desaventajados: 1) son grupos sociales, 2) han estado en una posición perpetua de subordinación y 3) su poder político se encuentra severamente limitado. Véase Owen Fiss, "Groups and the Equal Protection Clause", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 5, núm. 2, 1976, pp. 107-177. Véase también, Iris Marion Young, *La justicia y la política de la diferencia*, Madrid, Cátedra, 2000, en particular el capítulo II, "Las cinco caras de la opresión".

jurisdiccional, por ejemplo, a través de la perspectiva de género o de principios como el interés superior de la niñez y de autonomía progresiva, y 3) impulsar la toma de decisiones jurisdiccionales que, partiendo de un análisis crítico del derecho, resuelvan las controversias con atención a los contextos, la realidad social y sus impactos a futuro, tomando en consideración que se requieren procesos de largo aliento para eliminar la discriminación estructural, que descansa sobre el machismo, la xenofobia, el racismo, la homo y lesbofobia, la transfobia, el antisemitismo o el capacitismo, todas prácticas culturales arraigadas socialmente.

Esta perspectiva se desarrolla a partir de la descripción que ha hecho la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre el derecho de acceso a la justicia:

este derecho comprende tres etapas, a las que corresponden tres derechos: (i) una previa al juicio, a la que le corresponde el derecho de acceso a la jurisdicción, que parte del derecho de acción como una especie del de petición dirigido a las autoridades jurisdiccionales y que motiva un pronunciamiento por su parte; (ii) una judicial, que va desde el inicio del procedimiento hasta la última actuación y a la que corresponden las garantías del debido proceso; y, (iii) una posterior al juicio, identificada con la eficacia de las resoluciones emitidas. Los derechos antes mencionados alcanzan no solamente a los procedimientos ventilados ante jueces y tribunales del Poder Judicial, sino también a todos aquellos seguidos ante autoridades que, al pronunciarse sobre la determinación de derechos y obligaciones, realicen funciones materialmente jurisdiccionales.²

² Derecho de Acceso Efectivo a la Justicia. Etapas y Derechos que le Corresponden. [J]; 10a. Época; 1a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 48, Noviembre de 2017; Tomo I; Pág. 151. 1a./J. 103/2017 (10a.).

La propuesta de los trabajos que aquí se compilan parte justamente de la necesidad de analizar y reflexionar sobre la garantía y ejercicio del derecho de acceso a la justicia por parte de grupos de atención prioritaria, que nos exigen meditar las condiciones previas para el acceso a la justicia, las herramientas que equilibran a las partes y los efectos estructurales de las decisiones.

Los derechos humanos son conquistas morales que posibilitan realizar lo que cada una de las personas nos proponemos como “la buena vida” (eudaimonía). Su juridificación permite su exigencia. El derecho de acceso a la justicia es el principal vehículo que tiene un Estado de derecho para que sus habitantes exijan los derechos que en última instancia les permiten alcanzar sus metas. El acceso desigual a la justicia amplía las brechas de desigualdad, refuerza la exclusión y perpetúa la subordinación, pues las personas no tienen un medio para exigirle al Estado acabar con la desigualdad histórica que impide cumplir con el sueño liberal de ser “libres e iguales”.

Desde el Copred acompañamos acciones como las aquí publicadas, pues permiten, por un lado, visibilizar la relevancia de la jurisdicción para lograr cambios culturales que tiendan a la inclusión y, por otro, proponen la ruta a seguir para que instituciones como la nuestra logren eliminar las prácticas discriminatorias en el acceso a la justicia.

Bibliografía

- FISS, OWEN, “Groups and the Equal Protection Clause”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 5, núm. 2, 1976, pp. 107–177.
- TESIS: 1a/J.103/2017(10a.), *Derecho de Acceso Efectivo a la Justicia. Etapas y Derechos que le Corresponden*. Sala; Gaceta S. J. F.; Libro 48, Noviembre de 2017; Tomo I.
- YOUNG, IRIS MARION, *La justicia y la política de la diferencia*. Madrid, Cátedra, 2000.

CAPÍTULO I

Acceso a la educación básica sin discriminación

Acceso a la educación básica sin discriminación

Amparo Directo 31/2018

Reseña

Caso: Educación inclusiva

Derivado de una queja por presuntos actos de discriminación, presentada en el año 2014, el peticionario refirió sustancialmente que la institución educativa donde su hijo cursaba la preparatoria le negó la inscripción por ser hiperactivo, por lo que la Dirección General Adjunta de Quejas (DGAQ) del Conapred procedió a realizar la investigación correspondiente. Una vez realizada la investigación, y al haberse acreditado la existencia de conductas discriminatorias en contra del hijo del peticionario con motivo de su discapacidad, la DGAQ emitió la Resolución por Disposición 3/2016, en la que se impusieron diversas medidas administrativas y de reparación.

La institución educativa se inconformó con la resolución emitida e interpuso juicio de nulidad ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa. En respuesta a lo anterior, la Dirección de Asuntos Jurídicos (DAJ) del Conapred agotó las acciones correspondientes durante el juicio contencioso administrativo.

Una vez sustanciado el procedimiento contencioso administrativo, el Tribunal Federal de Justicia Administrativa dictó sentencia en la que resolvió declarar la nulidad de la resolución por disposición, por lo que la DAJ interpuso un recurso de revisión ante el Tribunal Colegiado de Circuito.

Ante la situación que prevalecía en este caso, en el año 2018, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ejerció

su facultad de atracción, toda vez que el asunto requería de una interpretación del derecho a la educación, bajo un enfoque de derechos humanos, en el que se atendiera el principio del interés superior del niño y el derecho a la igualdad, dando como resultado que el día 14 de noviembre de 2018 la SCJN dictó sentencia en la que resolvió confirmar la Resolución por Disposición 3/2016 del Conapred.

La sentencia de la SCJN permitió fijar criterios vinculatorios que obligaron directamente a la institución educativa a adoptar los ajustes razonables, a fin de garantizar la educación inclusiva para las personas con discapacidad, lo que contribuye al desarrollo y bienestar social.

Los criterios y directrices que se desprendieron de la presente ejecutoria conllevan a que la prestación de los servicios educativos se encuentre encaminada a desarrollar al máximo la personalidad, talentos y creatividad de las personas con discapacidad, lo que se traduce en un beneficio para la sociedad y, primordialmente, para las personas con discapacidad.

Toda vez que el asunto requería una protección reforzada al versar sobre un niño con discapacidad a quien se le restringió el derecho a la educación, en la defensa jurídica del presente asunto se utilizaron diversos instrumentos de derechos humanos específicos, a fin de que, al resolverse, se fijaran los alcances de la obligación del Estado y de los particulares en la inclusión de las personas con discapacidad, estableciendo la posibilidad de que niñas, niños y adolescentes, independientemente de sus condiciones o diferencias, aprendan juntos en la misma institución educativa.

Es así como este caso resultó de gran relevancia para el Conapred, ya que fue el primero en llegar al máximo órgano de justicia del país, mismo que, en concordancia con la resolución por disposición, determinó que es discriminatorio que las instituciones educativas restrinjan el acceso a la educación con motivo de las discapacidades. Esto también se traduce en un gran

logro para la DGAQ, en la defensa de las resoluciones que emite el Consejo, reforzando así los compromisos asumidos por la institución, como son el contribuir al desarrollo cultural y social del país y avanzar en la inclusión social y educativa de las personas con discapacidad en los servicios educativos a fin de desarrollar y potencializar sus capacidades.

El acceso a la educación básica sin discriminación, criterios judiciales y del Conapred en materia de no discriminación de personas con discapacidad

Agustín de Pavia Frías*

Criterio judicial o caso de discriminación

Del título de este artículo se puede desprender que a continuación se analizará un criterio judicial que emitió el Poder Judicial de la Federación; sin embargo, los criterios judiciales que veremos en este artículo, específicamente el tercer criterio judicial que establece la Segunda Sala de la Suprema Corte sobre la educación inclusiva para personas con discapacidad, no se concibió de forma usual o típica, como lo podría ser derivado de un amparo, que es la vía por la cual habitualmente suelen establecerse. Por lo contrario, el criterio sobre educación inclusiva que emitió el máximo tribunal de justicia de nuestro país derivó de un proceso de investigación a partir de una queja del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (Conapred).

Lo descrito anteriormente puede ser contradictorio o imposible de creer: ¿cómo es posible que un caso de un organismo público de derechos humanos (Conapred) pueda llevar a un caso de jurisprudencia? O, de manera más precisa, ¿a un caso de criterio judicial ante la Suprema Corte?

* Director General de Yo También, A. C.

La respuesta es muy sencilla, esto se debe a que el Conapred —que es una de las instituciones de defensa de derechos humanos más jóvenes de nuestro país, pues su existencia se debe a la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación (LFPED), publicada el 11 de junio de 2003— se ha logrado consolidar, a través de los años, como una institución verdaderamente garante de los derechos humanos. A la fecha, la LFPED ha experimentado únicamente ocho reformas; la más importante es la del 20 de marzo de 2014. En esta reforma se propone modificar un solo procedimiento que se denomina *queja*; esencialmente establece el mismo proceso de investigación y la responsabilidad para los particulares y las autoridades. En todo momento la investigación procede y es obligatorio sujetarse a la misma, así como cumplir la resolución por disposición. También en esta reforma se incluye que, ante la negativa de adoptar ajustes razonables para personas con discapacidad, ésta sea expresada como motivo de discriminación.

Este caso es un buen ejemplo para el estudio de investigación que el Conapred le solicitó al Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE) en relación con “La proyección y el impacto de las resoluciones por disposición emitidas por el Conapred: análisis de técnica jurídica para la mejora argumentativa y evaluación de impacto”.¹

Éstos son unos datos sobre los casos de discriminación en 2016 para ver lo paradigmático que resulta este caso particular del Conapred: del 1 de enero al 31 de diciembre de 2016 se atendieron a 5330 personas peticionarias, a las cuales se les brindaron 4928 orientaciones, 311 suplencias de queja contra particulares y 91 suplencias de queja contra personas servidoras públicas.²

¹ Conapred, *Informe anual de actividades y ejercicio presupuestal 2016* [en línea], México, Conapred, 2017 <<https://www.conapred.org.mx/userfiles/files/InformeAnual2016.pdf>>.

² *Ibid.*, p. 33.

De ese número de orientaciones, se recibieron 1171 quejas, de las cuales 877 correspondieron a actos presuntamente cometidos por particulares, cantidad menor en un 15.9% respecto a la recibida en el mismo periodo en la apertura de dichos expedientes en 2015. De las quejas recibidas, 758 expedientes fueron calificados como presuntos actos de discriminación. La discapacidad es el principal motivo de discriminación entre particulares con 172 casos, seguida del embarazo con 133 casos.³

Los casos del Conapred se resuelven en su mayoría (43%) durante la investigación y se obtiene un grado de protección como garantía o satisfacción de las pretensiones de las personas que presentan sus casos; pero la mayoría no se resuelve por causas atribuibles a la falta de conocimiento o interés de los peticionarios (52%). Únicamente, 4% de los casos termina con un arreglo entre las partes, mientras que las probabilidades de que el Conapred dicte una sentencia es menos de .04%, es decir, 5 de 1133 casos. De ahí la importancia de este caso del Conapred respecto a educación inclusiva.

El caso

El criterio judicial del Amparo Directo 31/2018 es resultado de la Resolución por Disposición 3/2016 del Conapred, de marzo de 2016. A fin de entender cómo se llegó a este criterio de educación inclusiva es necesario explicar de manera muy concreta qué es lo que pasó en el proceso de investigación que realizó el propio Consejo. El caso comienza con hechos muy sencillos: una secundaria privada en Puebla que presuntamente discriminó a un alumno por su discapacidad; esta discapacidad era la deficiencia de atención e hiperactividad, comúnmente conocida como TDAH (trastorno por déficit de atención con hiperactividad).

³ *Ibid.*, pp. 38, 39, 43.

Lo importante a destacar en este momento no es el hecho de que una secundaria privada haya discriminado, sino más bien, ¿cuál fue la secundaria privada que discriminó? Porque bajo los criterios de derechos humanos, uno de los efectos de la reparación de las víctimas es el derecho a la verdad. En este sentido, el adolescente con discapacidad no abandonó sus estudios en la secundaria porque no pudiera con la escuela, la verdad es que más bien la escuela no podía incluirlo por su discapacidad, y ante este hecho la escuela es responsable por la falta de inclusión. Esto es importante porque resulta común —especialmente en discapacidad— culpar a los padres de familia. Sin embargo, a fin de reivindicar el modelo social de la discapacidad que busca la responsabilidad en la sociedad, es necesario que se conozca el nombre de la secundaria que discriminó. En este sentido, por la resolución por disposición, y bajo los criterios de derechos humanos, no se reserva el nombre de la institución que discriminó: el Colegio Benavente.

Clima de discriminación

Es común y cierto que muchos padres, madres y personas con discapacidad, una vez que son aceptados en una institución educativa, de trabajo o donde sea, la mayoría de las veces se muestran agradecidos con ese acto de inclusión, en lugar de reconocer que es un derecho; esto es así porque tienen el temor de que en cualquier momento los rechacen o les nieguen el servicio. Por ello es trascendente hacer público estos casos que resuelve el Conapred y que la Suprema Corte avala como actos de discriminación para mandar un mensaje claro a la sociedad: “la discriminación no se tolera y la denuncia tiene efectos positivos para que no vuelva a ocurrir a otras personas”. Precisamente, para evitar este clima de discriminación o de violación de derechos humanos es que se publican las sentencias, así como el nombre de los agentes que presuntamente abusaron o violaron derechos humanos. Esto es

para generar un cambio social ahí donde existe oscuridad y ocultación de los hechos por pena a denunciarla, porque debe existir un orgullo por el hecho de defender los derechos y lograr una sociedad más incluyente.

El clima de discriminación de este caso ocurre como cualquier otro; es decir, a partir de estereotipos y prejuicios. En este caso, el estereotipo y prejuicio comunes de la discapacidad es la *enfermedad*, lo que se traduce en que la persona tiene un problema. La persona acude al médico, el médico no puede resolver el problema y el problema hace que la persona con discapacidad resulte no apta para vivir en sociedad. Concretamente, en este caso las conductas propias de la condición de discapacidad, de acuerdo con la escuela, se traducen en posibles actos de violencia, es decir, la discapacidad por sí misma hace que la persona sea violenta.

En el caso que comentamos se demuestra algo muy particular que es necesario resaltar. Además de contar con la investigación del Conapred, también se tuvo la asesoría técnica jurídica de un abogado, pues del mismo expediente se desprende que se realizó una defensa ante la Secretaría de Educación Pública (SEP) y se presentó un caso en la Procuraduría Federal del Consumidor (Profeco). Incluso en el mismo caso del Conapred se argumentó con tecnicismos legales como “objetar y ofrecer pruebas”; esto claramente no lo dice cualquier ciudadano, solamente las personas que se dedican de manera profesional a la defensa.

La defensa del colegio —hablando de términos legales— se resume en lo siguiente: el alumno era violento, además de que sus compañeros lo insultaban y maltrataban con actos de *bullying*; en términos de derechos humanos esto tradicionalmente lo conocemos como culpar a la víctima. La recomendación de la escuela a los padres fue la de buscar otra institución educativa que cumpliera con las necesidades de su hijo.

La defensa del colegio fue la típica y repetitiva que todos los que vivimos en el mundo de la discapacidad hemos escuchado o, en su caso, vivido. Ahora bien, al considerar que en este

caso se cometió un acto de discriminación, el Conapred encontró que la recomendación y las acciones del colegio eran únicamente de carácter de tratamiento médico y que el alumno y su familia cambiaran de escuela. No existió una estrategia de profesores y directivos para que dentro de la escuela se disminuyeran o eliminaran las barreras emocionales o sociales que impedían la educación en un entorno inclusivo. Al no realizar estas acciones o ajustes razonables dentro del entorno escolar, se discriminó. Es decir, la escuela no hizo nada para ayudar a la familia y al alumno, solamente lo refirieron al psicólogo para tratamiento, cuando, en lugar de esto, tendrían que haber considerado más acciones, por lo que, ante la falta de estas acciones, se generó el acto de discriminación. Con la finalidad de establecer la obligación legal de realizar mayores acciones que las efectuadas y para recibir un adecuado tratamiento médico, el Conapred se apoyó en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su observación general sobre educación inclusiva del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

El Conapred, a diferencia de otros mecanismos legales, es un organismo de buena fe, sin excesivos formalismos. Por lo que se describió anteriormente, se resume en tres párrafos una sentencia de 50 páginas, haciendo referencia a criterios internacionales y sin la necesidad de transcribir toda la normatividad, como acostumbra los abogados. Los abogados del colegio promovieron un recurso administrativo. En un principio, el tribunal de lo contencioso administrativo le dio razón al colegio, por ello los padres tuvieron que presentar un amparo. Por la relevancia que tiene la educación inclusiva, el derecho a la no discriminación y los derechos de personas con discapacidad, el amparo fue resuelto por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN).

Ahora bien, ¿qué es lo que resolvió la SCJN en este caso? Después de analizar el expediente del Conapred, la SCJN encontró que el Consejo tenía la razón; pero ello no implicó que éste, como cualquier autoridad, haya expresado los motivos y las evidencias

que constan en el expediente para llegar a la determinación de que existió discriminación. En este sentido, la SCJN analizó el actual expediente y determinó las partes que faltaban de la sentencia del Conapred. Esto no se debió a una falta de investigación, sino más bien fue por falta de cultura de derechos humanos. Al ver el expediente con la perspectiva de derechos humanos, la SCJN observó una violación al derecho de no discriminación. Los abogados del colegio, al tener un criterio cerrado y legalista, no podían asesorar de manera adecuada al colegio en el tema de derechos humanos, así que, después de tantas horas que se les pagó a los abogados del colegio en este proceso, ellos perdieron porque no pudieron explicarle a su cliente en qué consiste un acto de discriminación por negativa de ajustes razonables. Hay varios aspectos que la SCJN determinó en su análisis del expediente que mencionaremos a continuación de manera breve.

TDHA y el modelo social de la discapacidad

Uno de los argumentos del colegio fue que el alumno no tenía una discapacidad, por lo que no existía un motivo de discriminación. La Suprema Corte consideró que el Conapred había determinado que el TDHA es una forma de discapacidad, pues el concepto de *discapacidad* tiene dos aspectos: el primero, la diversidad funcional o las deficiencias de las personas, es decir, los problemas de salud; estos problemas de salud pueden ser físicos, sensoriales, intelectuales o mentales. El segundo aspecto son las barreras sociales que impiden la participación de las personas con diversidad funcional en la sociedad.

En este caso la escuela tenía un alumno con problemas mentales o emocionales, y la solución que propuso la escuela fue llevarlo al médico o al psicólogo para tratamiento. Y aquí fue el error, al concebir la discapacidad únicamente como una enfermedad y no como un problema, como una barrera social que genera la dis-

capacidad. El médico trató al adolescente en términos médicos, pero la escuela no cambió su conducta y los problemas continuaron. La discriminación de personas con discapacidad se puede expresar con el siguiente refrán popular: “no eres tú, soy yo”. En este sentido, “no eres tú” para referirse a la persona con discapacidad, “soy yo” la sociedad que te discrimina. Esto resume el modelo social de la discapacidad. Bajo este modelo social de la discapacidad, la escuela no modificó ninguna conducta o realizó alguna acción para incluir al alumno con discapacidad y, por ello, lo discriminó.

La educación de personas con discapacidad en México

En México y en el mundo existe la idea de que las personas con discapacidad deben tener servicios especiales, y estos servicios especiales son los necesarios para lograr su inclusión en la sociedad. Sin embargo, esta noción de que los servicios especiales son iguales o significan inclusión en la sociedad no es completamente adecuada. Los servicios de educación especial han existido desde 1950, aproximadamente; es más, las Naciones Unidas, al referirse a personas con discapacidad, han emitido resoluciones internacionales que reconocen que para las personas con “retraso mental” los servicios especializados y las casas de asistencia son el modelo adecuado. Por otra parte, las mismas Naciones Unidas, cuando se referían a personas con discapacidad, las denominaba como “los impedidos” y en esa línea estableció programas de rehabilitación especial. Estas acciones de las Naciones Unidas, que se implementaron hace 40 años más o menos, demostraron ser ineficaces. Se estima que las tasas de participación de las personas con discapacidad en diversos derechos es la mitad de las personas sin discapacidad; y esta participación pudiera ser de 25% si las personas con discapacidad adquirieron esta condición desde el nacimiento. Ante estas estadísticas mundiales era necesario que existiera la Convención sobre los Derechos de las Personas con

Discapacidad, que reconoce que, si bien es cierto que las personas con discapacidad tienen los mismos derechos, esta población enfrenta ciertas barreras de participación a consecuencia de la interacción de sus diversidades funcionales o diferencias físicas, sensoriales, mentales e intelectuales, por lo que al interactuar en un mundo que no fue diseñado ni pensado para ellos, esas barreras de participación les impiden su inclusión en la sociedad.

Ahora bien, estas barreras no son la excepción en el ámbito educativo. En México, los datos que tenemos, según el reporte que nuestro país entregó al Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad,⁴ son los siguientes:

- La mitad de las personas con discapacidad de 3 a 22 años (550 000) no van a la escuela. De la población que sí va, 37% de ellas van a escuelas regulares, 11% a las de educación especial y 2% estudian en sistema abierto en el nivel media superior.
- En México existen 1681 escuelas de educación especial o Centros de Atención Múltiple. La mayor parte de los servicios de educación especial lo proporcionan las 4423 Unidades de Servicios de Apoyo a la Educación Regular; es decir, las unidades de servicios de inclusión representan 2.7 veces a las escuelas especiales que también prestan educación y servicios de inclusión en escuelas exclusivas para personas con necesidades educativas especiales. Lo común de ambas modalidades son los servicios de inclusión.
- Solamente 34% de los planteles educativos son accesibles.

⁴ CRPD /C/MEX/2-3, Informes periódicos segundo y tercero combinados que México debía presentar en 2018 en virtud del artículo 35 de la Convención⁹ [en línea]. México, 19 de julio, 2018, pp. 30, 31. <<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb-7yhskE4iNFvKWCCGr4TiTUdbhokZUaEzPwsH0KqVTv1zw9bNWX-QJvJdSj80Uv4Z%2bZEgqhOLFiKqNvV0hbkZX%2fmymJbOwRZo7fju-tXoJ%2bActfxWI>>.

Los datos que presentó México reflejan algo muy particular, que en todo el mundo existen dos —y a veces hasta tres— sistemas de educación, es decir, la educación regular y la educación especial. Dentro de esta última existen sistemas de inclusión y, para quienes no logren la inclusión, existen no escuelas, sino centros de atención para personas con necesidades especiales, personas que requieren atención múltiple (los llamados centros de atención múltiple o CAM).

Se suponía que estos centros de educación especial no estarían destinados a la educación de personas con discapacidad, sin embargo, las estadísticas demuestran una cosa distinta. Dentro de la comunidad de docentes de educación especial en México, como en el resto del mundo, existe el temor de que desaparezca la educación especial; esto es un temor y un mito que se ha difundido desde principios de los 90, cuando se comenzó a hablar acerca de la educación especial dentro de un entorno de derechos humanos y de educación inclusiva. Sin embargo, la realidad, particularmente en México, es que la educación especial a través de los centros de atención múltiple en realidad no ha desaparecido, lo que han aumentado son las unidades de apoyo a alumnos con discapacidad, con necesidades educativas especiales dentro del sistema regular. Lo anterior se demuestra con los datos de la Tabla 1, que presenta los servicios según los informes anuales de labores que la Secretaría de Educación Especial ha proporcionado a la SEP desde 1992 hasta 2018.

Tabla 1. 25 años de educación especial: Población que acude a servicios de educación especial 1992-2018

Población y servicios	1992	1997	2006	2018
Población educativa (total)	249,818	339,952	374,065	529,465
Discapacidad intelectual	33,920	44,017	82,631	107,365
Discapacidad motriz	2,226	8,074	14,530	16,834

Continuación de Tabla 1.

Aptitudes sobresalientes	7,189	9,386	4,154	26,138
Otras condiciones	N/A	163,788	253,192	358,103
Unidades de Servicios de Educación Especial (total)	1,997	2,880	4,398	6,110
Escuelas de educación especial	773	169	51	N/A
Escuelas integradoras	545	N/A	N/A	N/A
Centros de Atención Múltiple	N/A	910	1,363	1,657
Unidad de Apoyo a Escuela Regular	N/A	815	2,918	4,453

N/A = No aplica

Fuente: Informe Anual de Labores de la Secretaría de Educación Pública de 2001 a 2018; información disponible en <<https://www.planeacion.sep.gob.mx/informeslabores.aspx>>.

Esta tabla demuestra que, si bien es cierto que la población atendida con discapacidad de 1992 a 2018 se ha mantenido en muchos casos, ha aumentado a partir de 1997, cuando se incorporó el concepto de *equidad educativa* al sistema educativo nacional mexicano, mediante el que se incorporaron dentro de la educación especial a alumnos con otras condiciones; actualmente, la mayoría de los alumnos del sistema especial corresponde a otras condiciones y no propiamente a discapacidades.

Como conclusión diremos que no es que la educación especial esté desapareciendo, lo que ha disminuido es la disponibilidad de maestras y maestros capacitados para lograr la inclusión de personas con discapacidad a través de los sistemas de apoyo. En el informe de organización escolar de 2019, el Instituto Nacional de Evaluación Educativa establece que los apoyos a estudiantes con discapacidad son los siguientes: 67% de las escuelas primarias tenían por lo menos un estudiante con discapacidad, y de este porcentaje solamente 33.8% contaba con personal que proporcionaba algún tipo de atención. Pero esta estadística es en términos

generales, es decir, incluye a todas las escuelas primarias, ya sean CAM o escuelas regulares. Pero si únicamente vemos a las escuelas regulares que tienen una persona con discapacidad y que cuentan con maestros para apoyo de educación regular encontramos que las cifras aumentan dentro del sistema educativo general. Cuentan con este apoyo 34.6% de las escuelas preescolares, 46.2% de las primarias y solamente 17% de las secundarias. Sin embargo,

Tabla 2. Educación especial

Concepto	2012-2013	2013-2014
Alumnas y alumnos		
Población atendida*	513,154	532,976
Población atendida por área**	304,490	324,457
Ceguera	1,969	1,920
Baja visión	4,785	5,269
Sordera	5,359	5,305
Hipoacusia	7,941	7,964
Discapacidad motriz	16,470	16,644
Discapacidad intelectual	100,379	103,032
Aptitudes sobresalientes	53,672	51,219
Otras condiciones	113,915	133,104
Población atendida por sostenimiento	513,154	532,529
Federal	35,937	37,747
Estatal***	473,726	491,389
Particular	3,491	3,393
ESCUELAS		
Total	5,619	5,747
CAM	1,635	1,647
USAER	3,984	4,100

* La población atendida total incluye a las y los alumnos que presentan necesidades educativas especiales temporales o permanentes que pueden o no estar asociadas a una condición, discapacidad o aptitudes sobresalientes.

estos porcentajes alentadores pueden no ofrecer un panorama completo. Las unidades de apoyo a estudiantes con discapacidad precisamente se llaman “unidades” porque cuentan con un equipo multidisciplinario de psicólogos y profesores capacitados en diversas discapacidades. En este sentido solamente 45% de las escuelas regulares cuentan con un equipo completo que incluye psicólogo, trabajador social y maestro de educación especial.

Continuación de Tabla 2.

2014-2015	2015-2016	2016-2017	2017-2018
563,976	579,460	600,263	612,039
359,777	405,485	551,015	529,465
2,142	2,094	2,131	2,095
5,671	6,301	6,368	6,182
5,036	4,519	4,402	4,026
8,383	9,063	9,181	8,722
17,571	17,859	18,673	16,834
106,842	110,010	115,755	107,365
37,456	32,149	34,709	26,138
176,676	223,490	359,796	358,103
563,976	579,460	600,263	612,039
40,881	40,134	50,627	57,387
520,224	536,557	546,936	551,919
2,871	2,769	2,700	2,733
5,900	6,060	6,155	6,110
1,658	1,671	1,676	1,657
4,242	4,389	4,479	4,453

** La población atendida por área sólo incluye a las y los alumnos que presentan alguna condición, discapacidad o aptitudes sobresalientes.

*** Incluye el Federal Transferido.

Fuente: SEP, Principales cifras del Sistema Educativo Nacional, 2018-2019, 2019.

Educación inclusiva

En noviembre de 2016, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas dio a conocer la Observación General núm. 4 sobre el derecho a la educación inclusiva. El Comité destacó la importancia de reconocer las diferencias entre exclusión, segregación, integración e inclusión.

La exclusión se produce cuando se impide o niega directa o indirectamente el acceso de alumnas y alumnos a todo tipo de educación. La segregación tiene lugar cuando la educación de alumnas y alumnos con discapacidad se imparte en entornos separados, apartándolos del alumnado sin discapacidad.

La integración es el proceso por el que las personas con discapacidad asisten a las instituciones de educación general con el convencimiento de que pueden adaptarse a las escuelas. La inclusión busca superar los obstáculos con la visión de que todos los alumnos y alumnas tengan una experiencia de aprendizaje equitativa y participativa y en el entorno que mejor corresponda a sus necesidades y preferencias. La inclusión de los alumnos y alumnas con discapacidad en las clases convencionales sin servicios de inclusión no constituye inclusión.

La educación inclusiva tiene las siguientes características fundamentales:

- a. Un enfoque que integra “todos los sistemas” con cambios necesarios en la cultura, las políticas y las prácticas institucionales.
- b. Un “entorno educativo integral”: incluye todos los aspectos de educación: escuela, padres, comunidad, excursiones.
- c. Un enfoque que integra a “todas las personas”: se reconoce la capacidad de cada persona para aprender y se depositan grandes expectativas en todo el alumnado, incluidos quienes tienen discapacidad.

- d. El apoyo al personal docente: todos los maestros, maestras y demás personal reciben la educación y la formación necesarias con el fin de adquirir los valores y las competencias básicas para adaptarse a entornos de aprendizaje inclusivos.
- e. El respeto y el valor de la diversidad. Existen medidas eficaces para prevenir los abusos y el acoso. La inclusión adopta un enfoque individual con alumnos y alumnas.
- f. Un ambiente que favorece el aprendizaje. Son entornos accesibles en los que todas las personas se sienten seguras, apoyadas, forjando relaciones positivas, amistades y aceptación.
- g. Las transiciones efectivas. Se desarrollan las capacidades y la confianza de alumnos y alumnas, quienes reciben los ajustes razonables.
- h. El reconocimiento de las asociaciones. La participación de los padres y madres o personas cuidadoras y de la comunidad se considera un activo que aporta recursos y ventajas. La relación entre el entorno de aprendizaje y la comunidad en general debe considerarse un camino para lograr sociedades inclusivas.
- i. La supervisión. La educación inclusiva es un proceso continuo y, por ello, debe estar sujeta a una supervisión y evaluación periódicas para garantizar que no se esté produciendo ni segregación ni integración, ya sea formal o informalmente. Se deben elaborar indicadores de la inclusión de la discapacidad y su uso debe estar en consonancia con la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.

Casos de la Suprema Corte relacionados con la educación inclusiva

A pesar de lo paradigmático que resultan los criterios judiciales que son resultado del caso del Conapred respecto a la educación inclusiva de personas con discapacidad, éste no es el primer caso que analiza la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El primer caso es respecto a *bullying* escolar en el Amparo Directo 35/2014, en el que los padres demandaron a una escuela particular por daño moral por actos de violencia o *bullying* escolar de su hijo que también tenía déficit de atención e hiperactividad.

En este caso se establecieron los criterios de reparación para el daño moral y la ilicitud que pueden realizar los particulares; es decir, las escuelas, cuando son omisas al atender un caso de violencia escolar o discriminación. La escuela no realizó ninguna acción de prevención e investigación de casos de violencia o de discriminación en el entorno escolar ante esta falta de debida diligencia al no contar con un programa de prevención, monitoreo e intervención para reparar daños por violencia escolar. Esto demuestra una falta de debida diligencia, que se constituye en un ilícito contra los estándares de los derechos humanos y no discriminación.

El segundo caso que analizó la Suprema Corte fue el Amparo en Revisión 714/2017. En este amparo se establecieron realmente los criterios jurisprudenciales de la Corte respecto a la educación inclusiva. Al resolver este amparo, la Segunda Sala de la Suprema Corte consideró que la educación inclusiva prevé la capacitación de todas las personas involucradas en el proceso educativo.

Los padres, las comunidades y los docentes son responsables de la educación inclusiva y su puesta en práctica. Maestros y maestras deben contar con la preparación para trabajar en entornos inclusivos a fin de eliminar las barreras u obstáculos a que puedan enfrentarse las personas con discapacidad u otras

necesidades especiales en el entorno educativo. Los padres son asociados a los programas de enseñanza personalizada.

La Segunda Sala considera que fortalecer la educación especial vulnera el derecho a la educación inclusiva, pues son sistemas paralelos y separados para los educandos —uno para personas con discapacidad y otro para las demás. Por ende, la educación especial no debe ni puede ser la estrategia para lograr el acceso a una educación inclusiva, poniendo fin a la segregación en los entornos educativos, garantizando que la enseñanza se imparta en aulas inclusivas y asegurándose de que todos los alumnos y alumnas aprendan juntos.

La educación inclusiva también demanda equidad educativa. Así se reconoce en la sentencia de Amparo 714/2017. La equidad en la educación significa una obligación estatal de asegurar que se atiendan las circunstancias personales o sociales, para lo cual la educación inclusiva debe ofrecer planes de estudio flexibles y métodos de enseñanza y aprendizaje adaptados a las diferentes capacidades, necesidades y estilos de aprendizaje. Debe ofrecer también una respuesta educativa personalizada y no esperar a que los alumnos y alumnas se adecuen al sistema.

Es por ello que la educación inclusiva prohíbe la segregación de alumnos y alumnas con discapacidad en el sistema educativo, en el entendido de que las escuelas con orientación inclusiva representan la medida más eficaz para combatir las actitudes discriminatorias, construir una sociedad inclusiva y lograr la educación para todas y todos juntos.

Los instrumentos educativos a que se refiere la Ley General de Educación, como educación especial, no deben concebirse como el establecimiento de un “sistema educativo” paralelo para las personas con discapacidad u otras necesidades especiales, sino como la generación de herramientas de apoyo adicionales para impulsar el derecho a la educación inclusiva. Esto es, se conciben como la generación de medidas, herramientas o instituciones auxiliares que impulsen el derecho a una educación

inclusiva, así como la maximización del desarrollo académico y social de los educandos —pero nunca como la posibilidad de generar sistemas educativos paralelos y diferenciados que tiendan a la segregación de alumnos y alumnas con o sin discapacidad.

Cabe mencionar que este amparo fue la base y se cita en la exposición de motivos de la reforma constitucional al artículo 3, de 15 de mayo de 2019. Propiamente, la propuesta de reforma presentada por el Presidente de la República consideraba que la educación inclusiva era aquella que se proporcionaba a través de educación especial, sin embargo, la Cámara de Diputados modificó la propuesta citando este Amparo. Ahora, el artículo 3 considera la inclusión como un principio igual que la gratuidad y laicidad. Al ser un principio, por derecho se debe cumplir al máximo posible este principio. La inclusión implica modificaciones al entorno educativo para eliminar barreras a fin de facilitar la accesibilidad. Y dentro del régimen transitorio se establece que debe existir una estrategia nacional de inclusión educativa, en la que la educación especial es una excepción. Lo anterior implica que los servicios “especiales” de inclusión de personas con discapacidad no representan una segregación dentro de los centros de atención múltiple, pero a la vez permite a las personas que actualmente reciben educación inclusiva en los CAM o a sus padres y madres que, después de probar entornos inclusivos educativos, decidan libremente asistir a los CAM, pero el Estado no debe fortalecer ni promover su existencia y, en cambio, debe favorecer los servicios de inclusión en el sistema educativo.

En el Amparo Directo 31/2018, la Segunda Sala de la Suprema Corte reitera la educación inclusiva. La duda jurídica de la escuela acerca de cómo es posible que discriminó al alumno con discapacidad se resuelve al establecer el proceso para determinar los ajustes razonables, de acuerdo con los siguientes criterios:

1. La discriminación por motivos de discapacidad “*resalta también evidente que abarca al sector privado*”.

2. Los ajustes razonables “son una parte intrínseca de la obligación, de cumplimiento inmediato, de no discriminar en el contexto de la discapacidad”. Al ser una obligación ex nunc, los ajustes razonables “deben realizarse desde el momento en que una persona con discapacidad requiera acceder a situaciones o entornos no accesibles, o quiera ejercer sus derechos”.
3. La razonabilidad de un ajuste “hace referencia a su pertinencia, idoneidad y eficacia para la persona con discapacidad” y que la solicitud de ajustes razonables tendrá como límite una posible carga excesiva o injustificable para la parte que debe atenderla.
4. Entre los elementos fundamentales que guían la aplicación de la obligación de realizar ajustes razonables figuran los siguientes:
 - V. Detectar y eliminar los obstáculos, “mediante el diálogo con la persona con discapacidad de que se trate”;
 - VI. Evaluar “si es factible realizar un ajuste”;
 - VII. Evaluar “si el ajuste es pertinente (es decir, necesario y adecuado) o eficaz”;
 - VIII. Evaluar “si la modificación impone una carga desproporcionada o indebida al garante de los derechos”;
 - IX. Velar por que el ajuste razonable “sea adecuado para lograr el objetivo esencial de promover la igualdad y eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad”. Por consiguiente, se requiere “un enfoque caso por caso basado en consultas con el órgano competente responsable del ajuste razonable y con la persona interesada”.

- X. Garantizar que los costos no recaigan sobre las personas con discapacidad en general, y
- XI. Velar por que “la carga de la prueba recaiga sobre el garante de los derechos que sostenga que la carga sería desproporcionada” o indebida.

En el caso de la escuela en comento, ésta no realizó estos pasos al atender la queja generada en el Conapred, y esto nos da el ejemplo ya resuelto por la Corte acerca de los pasos a seguir en casos que involucren a las personas con discapacidad en el sistema educativo del país.

Bibliografía

- CONSEJO NACIONAL PARA PREVENIR LA DISCRIMINACIÓN (Conapred), *Informe anual de actividades y ejercicio presupuestal 2016* [en línea]. México, Conapred, 2017. <<http://www.conapred.org.mx/userfiles/files/InformeAnual2016.pdf>>.
- CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CRPD), *Informes periódicos segundo y tercero combinados que México debía presentar en 2018 en virtud del artículo 35 de la Convención* [en línea]. México, CRPD, 19 de julio, 2018. <<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhskE4iNFvKWCCGr4TiTUdbhokZUaEzPwsH0KqVTv1zw9bNWXQJvdJsj80Uv4Z%2bZEGqhOLFiKqNvV0hbkZX%2fmymJbOwRZo7fJutXoJ%2bActfxWI>>.
- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA (SEP), *Informe Anual de Labores de la Secretaría de Educación Pública de 2001 a 2018* [en línea]. México, SEP. <<https://www.planeacion.sep.gob.mx/informeslabores.aspx>>.
- SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA (SEP), *Principales cifras del Sistema Educativo Nacional, 2018-2019* [en línea]. México, SEP, 2019. <https://www.planeacion.sep.gob.mx/Doc/estadistica_e_indicadores/principales_cifras/principales_cifras_2018_2019_bolsillo.pdf>.

Acceso a la educación básica sin discriminación

Taide Buenfil Garza* y Ernesto Rosas Barrientos**

Introducción

Etapas históricas

A través de la historia de la humanidad, se identifican modelos que han pretendido interpretar y dotar de significado respecto a la discapacidad, integrando percepciones y acciones que se plantean desde un ámbito religioso hasta un reconocimiento de derechos humanos.

A continuación, se presentan los modelos referidos:

1. Modelo de prescindencia (Grecia clásica y antigua Roma)
 - a. Grecia: El nacimiento de un niño o niña con discapacidad era el resultado de un pecado cometido por padres y madres.
 - b. Roma: Advertencia de que la alianza con los dioses se encontraba rota.
 - c. Las personas con discapacidad eran una carga para la sociedad, sin nada que aportar a la comunidad.

* Directora General de la CONFE, A. C.

** Director de Vinculación Interinstitucional de la CONFE, A. C.

2. Modelo eugenésico (infanticidio)

Tanto la sociedad griega como la romana consideraban inconveniente el desarrollo y crecimiento de niños y niñas con discapacidad.

3. Modelo de marginación

- a. Se caracteriza por la exclusión y la compasión hacia las personas con discapacidad.
- b. Se les tiene un temor y un rechazo, al suponer que son objeto de maleficios, así como advertencias de un peligro inminente.
- c. El aislamiento era el recurso aplicado hacia las personas con discapacidad, generando así la mendicidad.

4. Modelo médico o rehabilitador

- a. Se plantea la discapacidad desde un estado de anomalía del ser humano, que se expresa en el comportamiento, malformaciones o alteraciones del organismo, por tanto, a la persona con discapacidad se le considera un enfermo permanente.
- b. Las personas con discapacidad pueden tener algo que aportar a la comunidad, siempre que sean rehabilitadas o normalizadas.
- c. En lo que se refiere a la discapacidad, ésta se focaliza en la persona en el aspecto de la deficiencia y en los retos de la persona, sin embargo, en lo que se refiere a la normalización, el objetivo principal apunta a una mayor normalización, mayor aceptación social y acceso a derechos.

El “problema es inherente a la persona con discapacidad”.

- d. Se crean servicios especiales para la atención y normalización de las personas, tales como:
 - Hospitales psiquiátricos.
 - Centros de educación especial.
 - Talleres protegidos.

5. Modelo social

- a. Refiere que la discapacidad se origina en la interacción de la persona con alguna deficiencia y las barreras que impiden o limitan su participación en igualdad de condiciones con las demás personas.
- b. Las personas con discapacidad pueden contribuir a la sociedad en la misma medida que el resto de las personas sin discapacidad.
- c. La inclusión social implica la participación de la persona con discapacidad en igualdad de oportunidades con las demás personas.
- d. Se plantea desde la persona el principio de autodeterminación y toma de decisiones.

6. Modelo de derechos humanos

- a. Las personas con discapacidad tienen los mismos derechos humanos que el resto de la ciudadanía.
- b. Para que las personas con discapacidad alcancen una igualdad de condiciones, se les deben garantizar los medios: humanos, tecnológicos y de accesibilidad universal.

Derecho a la educación: marco jurídico internacional y nacional

A continuación se hace referencia al marco jurídico internacional y nacional en materia del derecho a la educación.

ÁMBITO INTERNACIONAL

*Declaración Universal de Derechos Humanos*¹

Todos somos iguales ante la ley, sin distinción, derecho a igual protección de la ley (artículo 7).

*Convención sobre los Derechos del Niño*²

Los niños y niñas con discapacidad deben “disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, les permitan llegar a la autonomía y con esto facilitar la participación en su comunidad. Se establece la obligación del Estado de tomar medidas necesarias para protegerlos de toda forma de discriminación” (artículo 23).

*Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*³

Los Estados Partes deben asegurar un sistema de educación inclusivo en todos los niveles; que las personas con discapacidad puedan acceder a una educación primaria y secundaria inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones con los demás;

¹ ONU, *Declaración Universal de Derechos Humanos*, adoptada y proclamada por la Asamblea General, resolución 217 (A) III, 10 de diciembre de 1948.

² ONU, *Convención sobre los Derechos del Niño*, adoptada y ratificada el 20 de noviembre de 1989.

³ ONU, *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

que se hagan ajustes razonables en función de las necesidades individuales en el marco del sistema general de educación para facilitar su formación, y que se brinden medidas de apoyo personalizadas y efectivas en entornos que fomenten al máximo el desarrollo académico y social, de conformidad con el objetivo de la plena inclusión.

ÁMBITO NACIONAL

*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*⁴

“Todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como las garantías para su protección. Prohíbe toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas” (artículo 1).

“Corresponde al Estado la rectoría de la educación, la impartida por éste, además de obligatoria, será universal, inclusiva, pública, gratuita y laica” (artículo 3, párrafo 2).

*Ley General de Educación*⁵

“El Estado, a través de la nueva escuela mexicana, buscará la equidad, la excelencia y la mejora continua en la educación, para lo cual

⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, 5 de febrero de 1917.

⁵ Ley General de Educación, *Diario Oficial de la Federación*, 13 de julio de 1993.

colocará al centro de la acción pública el máximo logro de aprendizaje de las niñas, niños, adolescentes y jóvenes” (artículo 11).

“La educación que imparta el Estado, sus organismos descentralizados y los particulares con autorización o con reconocimiento de validez oficial de estudios, persigue los siguientes fines” (artículo 15, fracción III).

III. Inculcar el enfoque de derechos humanos y de igualdad sustantiva, y promover el conocimiento, respeto, disfrute y ejercicio de todos los derechos, con el mismo trato y oportunidades para las personas;

*Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación*⁶

“Se considera como discriminación: Impedir el acceso o la permanencia a la educación pública o privada, así como a becas e incentivos en los centros educativos” (artículo 9, fracción I).

La educación inclusiva en México

En el ámbito educativo, el referente más cercano sobre las acciones encaminadas a la inclusión educativa de personas con discapacidad lo vemos a partir de 1994, cuando se reformó la Ley General de Educación, particularmente en su artículo 41.

Posteriormente, en el año 2001 se modificaron las Normas de Control Escolar para que en los apartados de Inscripción, Reinscripción, Regularización, Certificación y Acreditación se describieran los lineamientos que todas las escuelas deben seguir y comprometerse para garantizar una educación equitativa e inclusiva para los alumnos y alumnas que presenten condiciones de discapacidad.

⁶ Ley Federal para Prevenir y Erradicar la Discriminación, *Diario Oficial de Federación*, 11 de junio de 2003.

Las barreras a las que se debe enfrentar una persona con discapacidad existen tanto para ingresar al sistema educativo como para permanecer y avanzar en éste y su aprovechamiento también está condicionado por otros factores de desigualdad social.

De acuerdo con los resultados de la Encuesta Nacional sobre Discriminación (Enadis) 2017, el porcentaje de población con discapacidad sin escolaridad es siete veces mayor (20.2%) que el promedio nacional (2.9%), en tanto que la población con discapacidad que cursó únicamente la secundaria es casi tres veces menor que el promedio nacional.

Mientras que la asistencia escolar es casi universal (97%) en los niveles básicos, es decir, entre la población de 6 a 14 años a nivel nacional, en el caso de las personas con discapacidad ese porcentaje cae a 79.5, como resultado de las mayores barreras que enfrentan.

Si bien 46.1% del total de la población de entre 15 a 24 años asiste a la escuela (nivel medio superior y superior), las personas con discapacidad son uno de los dos grupos que registran la menor asistencia escolar, con 28.6%.

Entre los principales obstáculos estructurales para el ingreso, permanencia y avance de las personas con discapacidad en el entorno escolar, el Conapred destaca los siguientes:

1. La falta o insuficiencia de infraestructura educativa accesible.
2. La ausencia o insuficiencia de personal docente capacitado en el tema de educación inclusiva.
3. La estandarización inadecuada de programas de estudio, métodos de enseñanza, contenidos educativos, así como de exámenes y evaluaciones, sin considerar enfoques diferenciados que atiendan los diversos tipos de discapacidad.
4. La ausencia de realización de ajustes razonables.

Actualmente, el concepto de *educación inclusiva* no se refiere de manera exclusiva al tipo de educación que deben recibir las personas con discapacidad, sino que señala la necesidad de fomentar comunidades educativas en las que la diversidad sea valorada y apreciada como la condición prevaleciente.

Antecedentes básicos

A continuación haremos un repaso de los diversos recursos que interpuso el padre de familia en nombre del menor que resultó discriminado por presentar trastorno de déficit de atención e hiperactividad (ТДАН) en la escuela secundaria localizada en el estado de Puebla.

Recursos interpuestos

Presentación de queja por el padre del menor discriminado ante el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (24 de septiembre de 2014).

Se interpuso una queja en contra de la institución educativa por negar la reinscripción de su hijo al segundo grado de secundaria y la devolución de documentación oficial de su hijo.

Posteriormente se expidió una Resolución del Conapred (marzo de 2016), que en general planteó:

El personal del colegio realizó actos de discriminación, ya que el alumno presentaba trastorno por déficit de atención con hiperactividad (ТДАН), lo que provocó que esa institución educativa ejerciera su derecho de reserva de prestar el servicio ante la conducta violenta del adolescente.

Medidas administrativas y de reparación

Que el personal de la escuela debía participar en cursos de sensibilización sobre prevención social de violencias con enfoque antidiscriminatorio.

Asimismo, proceder a colocar carteles respecto al derecho a la no discriminación.

El centro educativo debía brindar una disculpa por escrito al adolescente agraviado y, como no era posible restituirle su derecho conculcado, el colegio debía otorgar, como compensación del daño ocasionado, una suma de dinero debido a los gastos y erogaciones que realizó el padre del menor ante la negativa del servicio educativo y el consecuente cambio de escuela.

Particularmente, en el último punto nos cuestionamos si, en efecto, no era posible restituir su derecho conculcado. En principio, porque nos preguntamos si la institución educativa no debería haber tenido la obligación de recibir nuevamente al alumno afectado, considerando para ello la presencia de nuevas estrategias educativas y, sin duda, un permanente acompañamiento de autoridades escolares competentes que apoyaran a la institución a lo largo de los estudios del menor. El fondo del asunto no es de carácter económico, es de dignidad y reconocimiento de derechos.

Por lo anterior, planteamos las siguientes interrogantes: ¿Dónde quedó el derecho del niño a tener una educación inclusiva y de calidad? ¿Por qué no se generaron e implementaron herramientas y estrategias educativas para garantizar la permanencia del alumno en la escuela? ¿La familia recibió asesoría respecto a estrategias sobre el manejo conductual?

Para los jueces, el tiempo transcurre en función del proceso para su resolución, sin embargo, es relevante mencionar que durante el proceso el niño se mantuvo excluido de su continuidad y permanencia en el centro escolar.

Asimismo, para la familia esto derivó en un caminar largo, sinuoso y difícil. De manera frecuente se observan estas resis-

tencias del sector educativo al pensar la educación especial como el único recurso y opción para las niñas y niños con discapacidad; sin embargo, hay escuelas, personal docente y directivo que garantiza una educación para todas y todos, reconociendo a la educación como un derecho vinculante a otros derechos como lo refiere la Convención sobre los Derechos del Niño.

Este amparo es sólo un ejemplo del malestar educativo que obstaculiza la inclusión social, la participación y la pertenencia de cualquier niño y niña, con o sin discapacidad, en su derecho a tener una calidad de vida plena.

Recurso de Revisión (3 de mayo de 2016)

Interpuesto por la institución educativa ante el propio Conapred.

Argumentó que la razón por la cual se negó la reinscripción al menor fue por su conducta violenta y no por su discapacidad.

Recordemos que algunos de los factores que se presentan por quienes tienen el referido trastorno son las actitudes violentas. Esto sólo deja manifiesto que la institución nunca tuvo claro lo que significa el TDAH y sus efectos ni mucho menos qué puede hacerse para controlarlo.

Resolución (7 de julio de 2016)

Se confirmó lo ya resuelto el pasado 28 de marzo de 2016.

Se consideró infundado lo expuesto por el colegio, ya que fue la propia institución educativa la que, al rendir su informe, reconoció expresamente haber negado la reinscripción al menor de edad, debido a la conducta agresiva y violenta, además de señalar que no era la escuela adecuada para recibirlo, dado que, por su discapacidad, requería acudir a una escuela especial, siendo que dicho colegio no era una clínica de especialidades.

Al parecer la institución confundió los términos *educación especial* y *clínica de especialidades*, ya que vemos de nuevo cómo se confunden aspectos educativos con los relativos a la salud.

El artículo 64, fracción I, dispone:

En la aplicación de esta Ley, se garantizará el derecho a la educación a los educandos con condiciones especiales o que enfrenten barreras para el aprendizaje y la participación [...] I. Prestar educación especial en condiciones necesarias, previa decisión y valoración por parte de los educandos, madres y padres de familia o tutores, personal docente y, en su caso, derivados por una condición de salud, para garantizar el derecho a la educación de los educandos que enfrentan barreras para el aprendizaje y la participación.

Lo que pretendemos decir con esto es que el alumno en cuestión no tenía por qué ser sujeto de la educación especial en vez de una escuela regular; más bien, lo que requería era su atención por una modalidad de la educación especial. Que fuera un elemento de asesoría y acompañamiento de la institución, a través de medidas de ajustes razonables y demás apoyos.

Se señaló que el colegio evadió sus responsabilidades como institución académica, tales como:

- Garantizar una educación inclusiva a las personas con discapacidad, a través de ajustes razonables en lo administrativo y normativo a su interior.
- Brindar capacitación para su personal, protocolos de actuación y adecuaciones curriculares.

Fundamentaron la obligación del centro escolar a través de lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley General de Educación;

disposición que era viable para entonces, ya que la reforma a dicha Ley es del 30 de septiembre de 2019.

Queda claro que la institución fue omisa, al no observar lo dispuesto en dicho artículo.

Artículo 42. En la impartición de educación para menores de edad se tomarán medidas que aseguren al educando la protección y el cuidado necesarios para preservar su integridad física, psicológica y social sobre la base del respeto a su dignidad, y que la aplicación de la disciplina escolar sea compatible con su edad.

Se brindarán cursos a las personas docentes y al personal que labora en los planteles de educación sobre los derechos de las y los educandos y la obligación que tienen al estar encargados de su custodia, de protegerlos contra toda forma de maltrato, perjuicio, daño, agresión, abuso, trata o explotación.

En caso de que las y los educadores, así como las autoridades educativas, tengan conocimiento de la comisión de algún delito en agravio de las y los educandos, lo harán del conocimiento inmediato de la autoridad correspondiente.

Nulidad ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa

Interpuesta por el colegio.

La Sala Regional Metropolitana resolvió:
La nulidad de la resolución impugnada.

Las autoridades no comprobaron plenamente el TDAH con base en análisis y estudios médicos.

El colegio sí implementó actos y medidas tendientes a mejorar la situación de violencia en que vivía el adolescente.

La Sala Regional señaló que no pasaba inadvertido el reporte de psicopedagogía del centro escolar, que permitía observar una serie de opiniones vertidas por el profesorado acerca de una conducta agresiva del alumno en relación con sus compañeros, profesores y personal administrativo, aunque sin elementos para considerar que fuera causante de acoso escolar.

Amparo Directo 31/2018 (por el padre de familia)

Solicitó el amparo y protección de la Justicia Federal por actos que consideró discriminatorios de la institución educativa al haber restringido a su hijo la posibilidad de continuar asistiendo a su educación secundaria debido al padecimiento de un trastorno por déficit de atención con hiperactividad (ТДАН) (agosto de 2017).

El Tribunal Colegiado en el que se presentó el Amparo dictó la siguiente sentencia:

Solicitó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación que atrajera el juicio de amparo.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó ejercer la facultad de atracción para conocer del asunto y se ordenó radicar el mismo en la Segunda Sala (14 de noviembre de 2018).

Ponente de la Resolución: ministro Alberto Pérez Dayán.

Quejoso: El padre que representó al alumno adolescente, víctima del acto de discriminación.

Acto reclamado: Sentencia de nulidad de tres de julio de dos mil diecisiete, dictada por la Décimo Cuarta Sala Regional Metropolitana del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, dentro del juicio contencioso administrativo.

Estimó violados los siguientes derechos humanos constitucionales:

- I. Discriminación por motivo de discapacidad (artículo 1).
- II. Derecho a recibir educación, educación básica-secundaria (artículo 3).
- III. Negación a la privación de derechos, sino mediante juicio seguido ante tribunales (artículo 14).
- IV. Debido al procedimiento, nadie puede ser molestado en su persona, sólo por mandamiento escrito, es decir, resolución judicial de la autoridad competente (artículo 16).
- V. Administración de justicia por tribunales que emitirán resoluciones pronta, completa e imparcialmente (artículo 17).
- VI. Seguridad jurídica (artículo 20).

Las garantías de seguridad jurídica se encuentran consagradas en los artículos: 8, 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 23.

Estimó violados los derechos consignados en ordenamientos tales como:

I. Convención de los Derechos del Niño

En términos generales, dispone el referido instrumento internacional, en su artículo 23, inciso 3:

En atención a las necesidades especiales del niño impedido, la asistencia que se preste conforme al párrafo 2 del presente artículo será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño, y estará destinada a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible.

II. Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes

Artículo 54. Las autoridades federales, de las entidades federativas, municipales y de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, en el ámbito de sus respectivas competencias, están obligadas a implementar medidas de nivelación, de inclusión y Acciones afirmativas en términos de las disposiciones aplicables considerando los principios de participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas, respeto a la evolución de las facultades de niñas, niños y adolescentes con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad [...] No se podrá negar o restringir la inclusión de niñas, niños y adolescentes con discapacidad, el derecho a la educación ni su participación en actividades recreativas, deportivas, lúdicas o culturales en instituciones públicas, privadas y sociales.

III. Ley General de Educación

Artículo 41. [...] Tratándose de personas con discapacidad, con dificultades severas de aprendizaje, de conducta o de comunicación, se favorecerá su atención en los planteles de educación básica, sin que esto cancele su posibilidad de acceder a las diversas modalidades de educación especial atendiendo a sus necesidades. Se realizarán ajustes razonables y se aplicarán métodos, técnicas, materiales específicos y las medidas de apoyo necesarias para garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de aprendizaje de los alumnos y el máximo desarrollo de su potencial para la autónoma integración a la vida social y productiva. Las institucio-

nes educativas del Estado promoverán y facilitarán la continuidad de sus estudios en los niveles de educación media superior y superior.

- a. Resolución de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (14 de noviembre de 2018).
- b. El fallo emitido por la Sala responsable del Tribunal de Justicia Fiscal y Administrativa resultaba ilegal, ya que la institución educativa sí incurrió en actos discriminatorios en perjuicio del menor quejoso.

Consideraciones:

- a. Acreditación de la negativa de reinscripción por TDAH.
- b. La institución educativa reconoció en informe que el colegio no era la escuela adecuada por la discapacidad del adolescente, por no ser una clínica de especialidades.

Decisión de la Corte.

En atención a lo anteriormente expuesto, lo procedente es conceder el amparo y la protección de la Justicia Federal a la parte quejosa, para el efecto de que la Sala responsable:

1. Deje insubsistente el fallo reclamado;
2. Emita una nueva sentencia en la que, tomando en cuenta los razonamientos expuestos en la presente ejecutoria, determine que fue correcta la determinación del Conapred en el sentido de que la institución académica incurrió en un acto discriminatorio en contra del menor quejoso, y
3. Hecho lo anterior, se pronuncie con libertad de jurisdicción respecto a los restantes conceptos de impugnación que no fueron estudiados en el fallo reclamado, como lo es el relativo a combatir el monto de la sanción pecunia-

ria que le fue impuesta por el Conapred a la institución actora, como consecuencia de su actuar discriminatorio.

Por lo expuesto y fundado, se resuelve:

ÚNICO. La Justicia de la Unión ampara y protege a la parte quejosa contra la autoridad y por el acto reclamado precisado en el resultando primero de esta ejecutoria, para los efectos establecidos en el último considerando de la presente sentencia.

Notifíquese con testimonio de esta resolución, devuélvase los autos a su lugar de origen y, en su oportunidad, archívese este asunto como concluido.

Conclusiones

Se omite cómo procedió la institución en su primer año, en el entendido de que se supone que su actitud debió haber sido la misma y no tenemos razón para pensar que se desarrollaron las cosas de mejor manera y, por tanto, desde entonces fue víctima de violencia escolar.

Ciertamente este tipo de trastornos tienen, en su origen, igualmente factores externos, y uno de ellos lo es la familia, sin embargo, observamos con pesar, que aún y cuando la institución tiene un servicio de psicología, se desconoce si en éste se conformó un expediente en el que se hable de violencia del padre y, de ser así, qué se hizo al respecto. No puede reducirse el caso en referir que el padre no quiso participar en algún momento.

Se habló frecuentemente de que no se aplicaron los ajustes razonables para reducir los efectos del TDAH en el menor y así hacer más viable su aprovechamiento escolar.

La Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad,⁷ artículo 2, fracción II, señala:

Ajustes razonables. Se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

Por tanto, los ajustes razonables que plantea el colegio son una mezcla entre medidas administrativas y ajustes razonables parciales, ya que:

- a. Advertir al personal docente que el menor se distraía con facilidad y le costaba concentrarse, pero sin proponer acciones y soluciones, así que esto no es un ajuste razonable.
- b. Iniciar un tratamiento del menor en el departamento psicopedagógico con el objeto “de estabilizar su padecimiento y lograr un avance considerable” es una sola de las acciones a emprender, cuando faltaron estrategias orientadas a la familia, el personal docente, los alumnos y alumnas que rodeaban al menor, la interacción con instancias de los servicios de educación especial, para obtener de ellos su asesoría y acompañamiento en el caso concreto.
- c. Pedir a la plantilla docente paciencia con el alumno, cuando el tema no es abordar al menor sólo con paciencia, sino con la intervención de diversas medidas de orden médico, emocional, físico, entre otros.

⁷ Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, *Diario Oficial de la Federación*, 30 de mayo de 2011.

Lo anterior implica idealmente la intervención psiquiátrica de un especialista para que lo valore y proponga el tratamiento terapéutico y médico indicado.

Los neurofármacos son un componente importante en el tratamiento para la atención del trastorno por déficit de atención por hiperactividad, aunque no se recomienda en todos los casos, producen un remedio en el descontrol bioquímico cerebral. Asimismo, podrían sumarse medidas tales como: esfuerzos educativos, asesoramiento psicológico y manejo del comportamiento (participe en un grupo de terapia, para que pueda controlar sus dificultades sociales; psicoterapia individual, para mejorar su autoestima, ansiedades o depresiones; grupo de apoyo para padres, para que aprendan mejor en el apoyo y control del comportamiento de su hijo; terapia de familia, para que la familia discuta los efectos del trastorno en sus relaciones.⁸

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad refiere en su artículo 24: “los Estados Parte deberán asegurar un sistema educativo inclusivo; esto sobre la base de una igualdad de oportunidades, con lo que se reafirma que la institución sólo vio el asunto como una discapacidad y no como la obligación de velar por el reconocimiento de su derecho a recibir una educación”.

A lo largo de las diferentes actuaciones, argumentaciones y resoluciones, hasta llegar a la correspondiente por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no se manifiesta momento alguno en el que autoridad educativa externa a

⁸ Abraham Dayán Nahmad, “Tratamiento del TDAH o trastorno por déficit de atención” [en línea], *cerebrito.com*, 26 de septiembre, 2012. <<https://www.cerebrito.com/tdah-trastorno-deficit-atencion-tratamiento/>>.

la institución haya participado o acompañado el caso, lo que sí deja en claro una limitada supervisión y posiblemente desconocimiento de la institución de alternativas de apoyo por parte de la autoridad educativa.

Para sustituir lo que decía el artículo 33 de la Ley General de Educación, ahora no vigente, sugerimos se sustituya por el artículo 64, fracción V, que a la letra establece:

Garantizar la formación de todo el personal docente para que, en el ámbito de sus competencias, contribuyan a identificar y eliminar las barreras para el aprendizaje y la participación, y preste los apoyos que los educandos requieran.

Reforzamos lo anterior al identificar en la propia Ley General de Educación el compromiso que tiene la autoridad educativa de capacitar al personal docente con una visión de inclusión, como se refiere en el artículo 33, fracción II Bis:

Desarrollarán, bajo el principio de inclusión, programas de capacitación, asesoría apoyo a los maestros que atiendan alumnos con discapacidad y con aptitudes sobresalientes, en términos de lo dispuesto en el artículo 41.

El análisis que hace la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto del derecho a la educación con una perspectiva de inclusión es adecuado cuando asegura que “la posibilidad de que todos los niños, niñas y adolescentes, independientemente de sus condiciones o diferencias, aprendan juntos”. Sí, juntos, ya que debemos tener claro que vivimos en un espacio territorial libre y bajo principios de convivencia armónica y sin discriminación.

En ese sentido, la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación (LFPED) (artículo 1) refiere que su objeto pretende “promover la igualdad de oportunidades y de trato”. Lo

anterior alude al sentido de que una educación inclusiva tiene la encomienda de generar todo aquello que le permita a un alumno o alumna con discapacidad gozar de una igualdad de oportunidades como la de los demás, a recibir educación en planteles educativos en general y trabajar en asegurarle un trato igualitario entre la comunidad educativa en la que se encuentre.

Finalmente, la LFPED nos define claramente lo que debemos entender por discriminación (artículo 1, fracción III), con lo que se deja firme el hecho de que el actuar de la institución no sólo fue omisa en reconocer que la educación es inclusiva, sino que fue discriminatoria:

Discriminación: Para los efectos de esta ley se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que, por acción u omisión, con intención o sin ella, no sea objetiva, racional ni proporcional y tenga por objeto o resultado obstaculizar, restringir, impedir, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades, cuando se base en uno o más de los siguientes motivos: el origen étnico o nacional, el color de piel, la cultura, el sexo, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, económica, de salud o jurídica, la religión, la apariencia física, las características genéticas, la situación migratoria, el embarazo, la lengua, las opiniones, las preferencias sexuales, la identidad o filiación política, el estado civil, la situación familiar, las responsabilidades familiares, el idioma, los antecedentes penales o cualquier otro motivo.

La educación inclusiva requiere, según el caso concreto, de una atención personalizada y no que sea el alumno o alumna quien se adapte al sistema cotidiano, lo que, al parecer, así lo esperaron las autoridades de la institución.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad refiere la existencia de un comité de seguimiento del cumplimiento de dicho tratado internacional, el cual emitió consideraciones generales en materia del derecho a la educación, a través de la denominada Observación General núm. 4, artículo 24, sobre educación inclusiva:⁹

Muchos millones de personas con discapacidad se ven privadas del derecho a la educación y muchas más solo disponen de ella en entornos en los que las personas con discapacidad están aisladas de sus compañeros y donde reciben una educación de una calidad inferior.

Precisamente por esa aseveración es que justificamos aún más que la educación inclusiva debe incorporar permanentemente a los alumnos y alumnas que presentan una discapacidad. La educación especial tiene una razón de ser, pero actualmente nos parece que, salvo excepciones, ofrece una atención insuficiente y no siempre conlleva una postura de inclusión, sino todo lo contrario.

La persistencia de la discriminación contra las personas con discapacidad, y las pocas expectativas que se depositan en las que se encuentran en entornos educativos generales, propicia que los prejuicios y el miedo aumenten y no se combatan.

Así lo vemos en el asunto que nos ocupa, ya que se piensa que son casos aislados, difíciles de incorporar a los servicios educativos y se valora equivocadamente que el gasto o atención son recursos infructuosos y se tiene muy poca investigación local en la materia.

⁹ ONU, *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Observación núm.4, Sobre el Derecho a la Educación Inclusiva, aprobada el 26 de noviembre de 2016.

Es relevante resaltar la capacitación que se le debe brindar al personal docente durante su formación para adaptar entornos de aprendizaje inclusivos para todas y todos, así como también se considere la incorporación de maestros y maestras con discapacidad.

Por tanto, una cultura inclusiva ofrece un entorno accesible y propicio que fomenta el trabajo colaborativo, la interacción y la resolución de problemas.

Considerando también los aspectos siguientes de dicha recomendación:

- a. El respeto y el valor de la diversidad: todos los miembros de la comunidad discente tienen cabida por igual y el respeto por la diversidad se manifiesta independientemente de la discapacidad, la raza, el color de la piel, el sexo, el idioma, la cultura lingüística, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico, indígena o social, el patrimonio, el nacimiento, la edad o cualquier otra condición. Todos los alumnos deben sentirse valorados, respetados, incluidos y escuchados. La inclusión adopta un enfoque individual con los alumnos.
- b. La supervisión: la educación inclusiva es un proceso continuo y, por ello, debe estar sujeta a una supervisión y evaluación periódicas para garantizar que no se esté produciendo ni segregación ni integración, ya sea formal o informalmente. De conformidad con el artículo 33, c) la supervisión debe contar con la participación de las personas con discapacidad, incluidos los niños y las personas con necesidades de apoyo intensivo, a través de las organizaciones que los representan, así como de los padres o los cuidadores de los niños con discapacidad, cuando proceda.

Así también, dicho Comité destaca la importancia de reconocer las diferencias entre:

- a. Exclusión: Cuando se impide o se deniega directa o indirectamente el acceso de los alumnos y alumnas a todo tipo de educación.
- b. Integración: Es el proceso por el que las personas con discapacidad asisten a las instituciones de educación general, con el convencimiento de que pueden adaptarse a los requisitos normalizados de esas instituciones.
- c. Inclusión: Implica un proceso de reforma sistémica que conlleva cambios y modificaciones en el contenido, los métodos de enseñanza, los enfoques, las estructuras y las estrategias de la educación para superar los obstáculos con la visión de que todos los alumnos de los grupos de edad pertinentes tengan una experiencia de aprendizaje equitativa y participativa y el entorno que mejor corresponda a sus necesidades y preferencias.

Consideraciones finales

La resolución que emitió tanto el Conapred como la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación nos parece adecuada sobre todo, en el primer caso, por su alcance competencial, pero sin duda hubiera sido altamente significativo el haberse planteado la posibilidad de reincorporar al alumno a la institución de mérito, brindándole diversas posibilidades de apoyos escolares y extraescolares, así como la intervención de las autoridades educativas competentes para la capacitación del equipo docente y directivo de la misma, generando así una cultura a la diversidad escolar, ya que este caso de discriminación hacia personas con discapacidad sucede de manera reiterativa y frecuente en el sector educativo público y privado.

Por tanto, reiteramos que no es suficiente con que se declare que la institución discriminó, es necesario manifestar también que omitió la puesta en marcha de reales ajustes razonables y

que actuó en contra de los principios de la inclusión educativa y demás, asentando así que dicho caso hubiera marcado un referente al reintentar el proceso de inclusión para futuros casos.

Bibliografía

- AZUELA GÜITRÓN, MARIANO, *Las garantías de seguridad jurídica*. México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2003. (Col. Garantías Individuales).
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de febrero de 1917.
- DAYÁN NAHMAD, ABRAHAM, “Tratamiento del TDAH o trastorno por déficit de atención” [en línea], *cerebrito.com*, 26 de septiembre, 2012. <<https://www.cerebrito.com/tdah-trastorno-deficit-atencion-tratamiento/>>.
- LEY FEDERAL PARA PREVENIR LA DISCRIMINACIÓN, *Diario Oficial de Federación*, 11 de junio de 2003.
- LEY GENERAL DE EDUCACIÓN, *Diario Oficial de la Federación*, 13 de julio de 1993.
- LEY GENERAL PARA LA INCLUSIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, *Diario Oficial de la Federación*, 30 de mayo de 2011.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU), *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU), *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación núm. 4, Sobre el Derecho a la Educación Inclusiva*, aprobada el 26 de noviembre de 2016.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU), *Convención sobre los Derechos del Niño*, adoptada y ratificada el 20 de noviembre de 1989.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU), *Declaración Universal de Derechos Humanos*, adoptada y proclamada por la Asamblea General, resolución 217 (A) III, 10 de diciembre de 1948.

CAPÍTULO II

Pensión por viudez

Pensión por viudez

Amparo Directo 319/2017

Reseña

Caso: Negativa de pensión por viudez a esposos y concubinos por el Instituto Mexicano del Seguro Social

El Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (Conapred) realizó la investigación de diversas quejas en las que peticionarios alegaban que el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) les negó el acceso al derecho de pensión por viudez, bajo el argumento de que no acreditaban con testimonio judicial el haber dependido económicamente de la trabajadora, pensionada o jubilada y, en casos excepcionales, encontrarse incapacitados.

Es importante mencionar que a lo largo de la historia diversas leyes mexicanas se han creado con base en construcciones sociales de estereotipos de género, en las que se han determinado los roles que deben asumirse por ser hombre o mujer.

Un caso específico de los roles tradicionales que se han perpetuado es que el hombre debe ser el proveedor de las cuestiones materiales para el sustento económico del hogar y la familia, mientras que la mujer es la encargada de la reproducción y del cuidado en el hogar.

Esos roles han reforzado el estereotipo de la mujer como dependiente económica del hombre y, por otro lado, del hombre como un ser autónomo y autosuficiente que no es susceptible de necesitar algún apoyo económico o de seguridad social por parte de su cónyuge o concubina, lo que ha trascendido hasta el hecho de que diversos preceptos legales fueron creados bajo esta premisa.

Un ejemplo claro de normatividad mexicana basada en roles de género es el artículo 130 de la Ley del Seguro Social de 1997 y el artículo 14 del Régimen de Jubilaciones y Pensiones, inserto en el Contrato Colectivo de Trabajo, así como en el acuerdo ACDO.SA2.HCT.250913/294.P.DPES, dictado por el H. Consejo Técnico del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS),¹ en los que se ha contemplado que el acceso al derecho a la pensión por viudez en caso de fallecimiento de la parte conyugal o concubinaria, dependerá del sexo de la persona que solicita la pensión.

En primer término, en el caso de la mujer (esposa o concubina del fallecido) se estableció sin condicionante y requisito alguno otorgar la pensión por viudez una vez que sea solicitada; en segundo término, en el caso del hombre (esposo o concubino de la fallecida) el otorgamiento de la pensión por viudez es de carácter excepcional, ya que el viudo o concubino debe acreditar la dependencia económica con la trabajadora, e incluso el Contrato Colectivo de Trabajo y el acuerdo referido aumentan el requisito de encontrarse totalmente incapacitado.²

Ante esto, el Conapred, una vez concluida la investigación correspondiente, procedió a emitir la Resolución por Disposición 9/2015, toda vez que se acreditaron conductas discriminatorias por parte del IMSS, ya que, sin una causa razonable y objetiva, a los peticionarios (viudos o concubinos) se les restringió y/o excluyó del derecho del acceso a la pensión por viudez y de seguridad social al exigirles requisitos adicionales a los de las mujeres.

¹ No se omite mencionar que la Ley del Seguro Social, por lo que se refiere a la pensión por viudez, fue reformada en 1997, eliminado uno de los requisitos que se les solicitaba a los hombres que deseaban obtener la misma, consistente en la acreditación de encontrarse totalmente incapacitados; sin embargo, permanece el requisito relativo a acreditar la dependencia económica de la trabajadora o pensionada fallecida.

² Término utilizado en el artículo 152 de la Ley del Seguro Social de 1973.

Cabe enfatizar que fijar requisitos normativos en razón de los roles de género es discriminatorio, porque esto repercute en la negación del derecho a recibir una pensión por viudez a los esposos o concubinos; esta regla se rompe únicamente en caso de que existan condiciones que les impidan acoplarse a tales roles.

Por lo tanto, los roles de género también discriminan y excluyen a los hombres, ya que dichas atribuciones de poder y privilegios, así como la presunción de ser el principal y en ocasiones el único proveedor económico, privan a los hombres del acceso a prestaciones de seguridad social en especie y/o económicas.

La determinación del Conapred, confirmada por el Tribunal Federal de Justicia Administrativa y el Vigésimo Tribunal Colegiado del Primer Circuito en el Amparo Directo 31/2018, logró que el IMSS reparara integralmente los derechos vulnerados a los peticionarios, robusteciendo una igualdad sustantiva y promoviendo una igualdad formal de la normatividad de dicho instituto, a fin de que los supuestos de hecho iguales generen consecuencias jurídicas iguales. Garantizar el derecho a la igualdad de hombres y mujeres conlleva a abrir el acceso a las prestaciones que devienen de la seguridad social, lo que contribuye al desarrollo cultural y democrático del país. En eso radica el valor de este precedente, además de haber eliminado preceptos legales estereotipados.

Bibliografía

Ley del Seguro Social, *Diario Oficial de la Federación*, 12 de marzo de 1973.

Repensar la exigencia de los derechos sociales. Dos casos más: la Resolución por Disposición 9/2015 del Conapred y el Amparo Directo en Revisión 6043/2016 al respecto de la negativa de pensión por viudez para esposos y concubinos

Jorge Roberto Ordóñez Escobar*

En la atemporal novela *El principito* del escritor francés Antoine de Saint-Exupéry hay una frase que siempre me ha parecido adecuada para compartir en mis clases como profesor de derecho. En ella encuentro resumida una visión personal que tengo sobre el derecho en general y, sobre todo, con la exigibilidad de los derechos por parte de las y los ciudadanos. La frase trata sobre el arte de saber pedir o exigir y la enuncia el rey de un minúsculo planeta al principito. Una paráfrasis adecuada sería: “Es preciso exigir a cada uno lo que cada uno puede dar. La autoridad descansa ante todo en la razón. Si ordenas a tu pueblo tirarse al mar, hará la revolución”.¹ Evidentemente, la frase hace

* Titular de la Unidad General de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Gobernación

¹ Antoine de Saint-Exupéry, *El principito*, México, Porrúa, 2019, p. 46.

referencia a la figura de autoridad del rey y cómo ésta obtiene legitimidad a través del mandato justo y razonable. Aunque tal vez invirtiendo el sentido de la cita de *El principito*, creo que podemos repensar ésta desde nuestras instituciones; es decir, debemos pensar en las instituciones desde su capacidad para responder a las exigencias de la población y, sobre todo, desde los derechos sociales. ¿Sabe la población a qué institución dirigirse para hacer valer sus derechos? ¿Son capaces las instituciones de velar por los derechos de la gente? ¿Cuentan con los mecanismos y los operadores necesarios para ello? Desde este punto de vista, en el que la población toma el lugar del rey de *El principito*, ¿es este mandatario razonable en sus exigencias y pide a cada cual lo que cada uno puede dar?

Estas reflexiones literarias surgieron cuando en el mes de mayo del año 2019 tuve la oportunidad de participar en el “Conversatorio sobre criterios judiciales en materia del derecho a la no discriminación”, organizado por el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (Conapred) en la mesa sobre la negativa de pensión por viudez a esposos y concubinos por parte del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS).

El tema me permite poner un botón de muestra de lo que señalo a continuación: la Ley del Seguro Social² se trata de una ley de seguridad social en materia de pensiones basada en roles de género, amén de que mecanismos de exigibilidad de este derecho para viudos o concubinos son realmente escasos —por un lado, está la resolución por disposición, un mecanismo en el marco de las atribuciones del Conapred al que, como ya veremos, se le puede exigir poco (porque puede dar), y, por el otro, está el juicio de amparo. En el presente texto expongo los elementos más importantes de mi participación en dicho conversatorio.

² Ley del Seguro Social. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 21 de diciembre de 1995.

Sin extenderme demasiado en los pormenores del caso, podemos resumirlo de la siguiente manera: el IMSS negó peticiones de hombres que solicitaron pensiones por viudez bajo el argumento de que para acceder al beneficio debían acreditar estar incapacitados físicamente para laborar y que dependían económicamente de la trabajadora, jubilada o pensionada (cónyuge o concubina fallecida).³ Inconformes, los quejosos, acudieron al Conapred para presentar sus reclamaciones. El Consejo, después de realizar las investigaciones pertinentes, determinó que el IMSS efectivamente estaba cometiendo acciones discriminatorias al restringirles y excluirles de la pensión por viudez.

En la citada Resolución por Disposición 9/2015,⁴ el Conapred determinó una violación al derecho humano a la no discriminación y una serie de medidas administrativas y de reparación para prevenir y eliminar cualquier forma de discriminación. En lo respectivo a los hombres viudos que solicitaron una pensión de viudez se establecieron las siguientes medidas administrativas: 1) Capacitar y sensibilizar al personal encargado de tramitar pensiones en materia de no discriminación por género; 2) Difundir mediante carteles los medios de contacto con que cuenta el Instituto para conocer de presuntas irregularidades o violaciones a derechos humanos, y 3) Publicar en la página web del Instituto una síntesis de la resolución.⁵ En lo que respecta a las medidas de

³ Supuestos normativos señalados en la Ley del Seguro Social, *op. cit.*, así como en el artículo 14 del Régimen de Jubilaciones y Pensiones, inserto en el Contrato Colectivo de Trabajo y en el acuerdo ACDO.SA2.HCT.250913/294.PDPES del Consejo Técnico del IMSS.

⁴ Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, *Resolución por Disposición: 9/15*, 6 de octubre de 2015.

⁵ IMSS, “Síntesis de la Resolución por Disposición 9/2015” [en línea], México, IMSS, 2018. <<http://www.imss.gob.mx/sites/all/statics/pdf/transparencia/resoluciones/sintesis-resolucion-9-2015-VF-30042018.pdf>> [Consulta: 15 de enero, 2020].

reparación: 1) Otorgar la pensión a los hombres que tienen el carácter de peticionarios en la presente resolución por disposición; 2) Realizar acciones que promuevan una reforma a la Ley del Seguro Social; 3) Modificar su normatividad interna; 4) Poner en marcha un programa de capacitación al personal encargado de tramitar pensiones en materia de derechos humanos y no discriminación; 5) Diseñar un tríptico o folleto relativo al derecho a la igualdad y no discriminación por género y promover las responsabilidades familiares compartidas, y 6) Pagar como medida compensatoria a los reclamantes la pensión por viudez de forma retroactiva. Así, la resolución por disposición sin duda constituye uno de los mecanismos de reparación del daño más interesantes que actualmente existe en el sistema nacional de atención a víctimas de violaciones a derechos humanos, aunque, como he mencionado anteriormente, sigue siendo un mecanismo limitado —particularmente representa un avance en los servicios de salud para víctimas.⁶

Efectivamente, en este caso, suponer que un varón no tiene derecho a recibir pensión por viudez tras la muerte de su esposa o concubina más que a través de la solicitud de requisitos extraordinarios, diversos a los establecidos para el otro género, supone un acto de discriminación, pero también evidencia una legislación que invisibiliza el rol de las mujeres como principal sostén económico de una familia y que las imposibilita de dotar a sus parejas de una pensión tras su fallecimiento. En otras palabras, la Ley del Seguro Social se trataba de una ley basada en una visión del mundo en la que los hombres eran los únicos facultados para proveer y las mujeres más bien eran un elemento complementario en la institución familiar mexicana.

⁶ Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, “Resoluciones por disposición” [en línea], <https://www.conapred.org.mx/index.php?contenido=pagina&cid=76&cid_opcion=121&cop=121> [Consulta: 16 de diciembre, 2019].

En términos constitucionales hay que decir que el artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todas las personas gozarán de los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Adicionalmente, el artículo cuarto indica que tanto hombres como mujeres son iguales ante la ley, lo que quiere decir que la ley debe aplicarse por igual a todas las personas sin distinción de género. En ese sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (scjn) ha emitido una tesis jurisprudencial decretando la naturaleza inconstitucional de dicha ley.⁷ En dicha tesis se concluye que efectivamente el último párrafo del artículo 130 de la Ley del Seguro Social es inconstitucional en tanto que señala que el esposo o concubino sólo podrá acceder a la pensión por viudez si cumple con requisitos adicionales —edad determinada, imposibilidad para trabajar, dependencia económica. Igualmente, esta visión fue la que rigió el criterio de una mayoría de ministros de la scjn al resolver el Amparo Directo en Revisión 6043/2016. En esa ocasión la Corte señaló que el artículo 130 de la Ley del Seguro Social, al condicionar el otorgamiento de pensión por viudez a que el viudo o concubinario acredite la dependencia económica respecto de la trabajadora asegurada fallecida, viola las garantías de igualdad y de no discriminación y concedió el amparo al quejoso para el efecto de que la Junta Especial número 19 de la Federal de Conciliación y Arbitraje emitiera un nuevo laudo en el que atendiera la solicitud del actor, sin que le aplicara el artículo 14, fracción I, último párrafo, del Régimen de Pensiones y Jubilaciones, inserto en el Contrato Colectivo de Trabajo, en la porción que establece el requisito de haber dependido económicamente

⁷ Tesis 2a./J.53/, *Semanario Oficial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, publicada el 22 de marzo de 2019.

de la trabajadora asegurada o pensionada por invalidez fallecida, para tener acceso a la pensión de viudez.⁸

Más allá de los puntos ya mencionados y que hacen referencia a los elementos del caso, es de mi interés plantear algunos otros temas que considero importantes en la amplia discusión que inició con la negativa de pensión por viudez por parte del IMSS, seguida de la resolución del Consejo y el amparo que resolvió la Corte. Por supuesto, son sólo algunos temas entre todos los que podemos mencionar y que seguramente son tratados en los demás textos que componen esta edición.

En primer lugar, es particularmente interesante la discusión sobre la expresión de algunas realidades en la redacción de las leyes en México, ya que éstas tienden en muchos casos a la asignación de roles de género a hombres y mujeres y, por lo tanto, contribuyen a la perpetuación social y cultural de imaginarios dañinos de naturaleza generalmente machista. Quizá, para decirlo desde un punto de vista relativista, es necesario reconocer que las leyes en general son una representación de los valores de una sociedad en un momento históricamente determinado. Particularmente, en lo relativo a temas de género, la redacción de leyes en el mundo occidental ha privilegiado una visión heteropatriarcal del mundo, dejando a un lado a las mujeres del goce de derechos y libertades, además de perpetuar roles de género que no se corresponden con la visión actual de dichos roles.

Volviendo al ejemplo de la negativa de pensión por viudez por parte del IMSS, es evidente que la ley de dicha institución corresponde a esa visión de la realidad occidental en la cual los hombres son los responsables de la protección y manutención de las mujeres y sus hijos. En ese sentido, en un mundo en el que la

⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Amparo directo en revisión 6043/2016” [en línea], México, scjn, 2016. <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2017-04/ADR%206043-2016.pdf> [Consulta: 22 de enero, 2020].

voz de las mujeres empieza a ser escuchada —no sin resistencia del orden patriarcal— es lógico que este tipo de leyes sean sujetas a revisiones. Es importante insistir en que, aunque en un primer momento son los hombres aquellos quienes son perjudicados por las exigencias de requisitos, en realidad se trata de una reafirmación de un tipo de masculinidad tóxica y por supuesto de la negación de la figura de las mujeres como proveedoras.

Asimismo, si analizamos un poco más, nos daremos cuenta de que este tipo de negación a otorgar pensión por viudez a esposos y concubinos es una medida que promueve el desequilibrio en la institución familiar. Suponiendo que se trata de una pareja en la cual ambos miembros aportaban recursos económicos para la manutención de su hogar, tras el fallecimiento de la mujer y posterior negación de la pensión para el esposo o concubino, es posible deducir que los ingresos se verán afectados notoriamente. De nuevo, la negación de pensión para el marido o concubino, en realidad esconde una idea machista que implica la negación del derecho de las mujeres de asegurar la estabilidad económica de sus seres queridos después de su muerte.

Esto, aunque podría parecer una reflexión más cercana a la sociología —o en todo caso a la antropología—, me parece muy pertinente acercarla al ámbito del derecho para abrir un espacio a la multidisciplinariedad. Es importante que la discusión sobre el uso del lenguaje, la representación del mundo social y la creación de semánticas —o unidades de significación que van construyendo una visión del mundo— sean temas cotidianos en la agenda de las y los legisladores, jueces, y en general de todas las personas que trabajan con leyes.

A este respecto, vale la pena decir que el derecho, como sistema social, construye semánticas propias y por lo tanto las leyes de una sociedad estarán permeadas por una visión del mundo que conlleva su historicidad entre otros elementos. Aunque el derecho occidental se sostiene en principios que se presumen justos es muy difícil separar a la legislación de un país de su sis-

tema de creencias. Esto es, que, aunque las leyes de un país —o en este caso de un instituto— respondan a una visión del mundo que se supone correcta, justa y prudente (incluso tradicional), no significa que dichas leyes no estén impregnadas de prejuicios propios de una época y un lugar. Por supuesto que lo anterior no quiere decir que las leyes sean inamovibles, ya que el derecho, como casi todas las creaciones de la humanidad, se resignifican con el paso del tiempo, lo cual depende de muchos factores, pero en este caso particular, el detonante fueron los reclamos de quienes fueron perjudicados por esas significaciones sobre el derecho a la pensión por viudez.

Así pues, no viene mal recordarnos a nosotros mismos que el derecho, entendido como un sistema social en la teoría del sociólogo alemán Niklas Luhmann y del filósofo del derecho italiano Raffaele De Giorgi,⁹ debe —o al menos debería— ser capaz de reformar sus propias semánticas desde adentro para poder generar leyes y códigos que no necesariamente coinciden con la visión externa de la sociedad en la que surgen dichas disposiciones legales. A saber, esta capacidad de autorreflexión de los sistemas sociales es indispensable para que el derecho sea capaz de generar mejores rutas a fin de alcanzar la garantía efectiva de los derechos sociales.

Lo interesante en la teoría de Luhmann y De Giorgi es que concibe a los sistemas como una suerte de individuos que definen su identidad primero en un proceso de autorreconocimiento en el que son ellos mismos quienes determinan qué es lo que los define. Posteriormente, los sistemas necesitan del hetero-reconocimiento; o sea, necesitan de la diferencia con los demás sistemas para reconocerse distintos. En este diálogo de identidades, el in-

⁹ Para entender mejor la teoría de sistemas es indispensable la lectura de Niklas Luhmann, *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*, México, Anthropos/Universidad Iberoamericana/Pontificia Universidad Javeriana, 1998. Asimismo, se recomienda la lectura de Raffaele De Giorgi, *Ciencia del derecho y legitimación*, México, Universidad Iberoamericana, 1998.

tercambio de semánticas y de elementos entre un sistema y otro es un hecho cotidiano, lo que quiere decir que ningún sistema es ajeno al proceso de transformación de su propia identidad.

Si aplicamos esta teoría de sistemas de Luhmann al derecho nos daremos cuenta de que se trata de un sistema que cumple con ambas partes de la interacción. Por un lado, el derecho se construye a sí mismo a partir de la autodeterminación. Para decirlo en una frase: “la función única del derecho es hacer derecho conforme a derecho”. Esto no quiere decir que se trate de un sistema cerrado, sino que en la interacción con otros sistemas el derecho se construye a sí mismo a partir de la incorporación de semánticas provenientes de otros sistemas. Lo anterior quiere decir que para que el derecho haga “derecho conforme a derecho” es necesario que *dialogue* con otros sistemas e incorpore nuevas semánticas a su universo conceptual que le permitan trascender los horizontes del sistema de creencias y valores de la sociedad en el que surge y que lo limitan.

Me parece que el caso de la negación de pensión por viudez para esposos o concubinos es particularmente interesante para abordar precisamente la necesidad de que el derecho en México incorpore nuevas semánticas que le permitan generar mecanismos para la tutela de nuestros derechos.

Esto quiere decir que hay una apremiante necesidad de volver a pensar en nuestros esquemas teóricos y normativos; es decir, repensar nuestros modelos de Estado, de Constitución, de derechos y de nuestras técnicas de garantías. Porque, en caso contrario, corremos el riesgo de que sea la población quien pierda la fe en los modelos y sistemas. Parafraseando a Gerardo Pisarello: “La desoladora persistencia de este panorama obliga al derecho a replantearse en forma recurrente la función que las normas desempeñan o deberían desempeñar en la conformación de la

realidad social”.¹⁰ Quizá sea por eso por lo que, entre quienes tenemos una sensibilidad o tendencia igualitaria, resulta inminente repensar los derechos sociales como auténticos derechos para, posteriormente, insertarlos dentro del programa de maximización de los postulados normativos que ha venido proponiendo contemporáneamente el neoconstitucionalismo de la mano del sistema político.

Sin embargo, es importante señalar que actualmente vivimos en la perpetua “construcción” de un Estado de derecho que no termina por hacerse tangible. Lo anterior se debe en gran medida por las personas funcionarias públicas, ya que son ellas quienes se encargan de ejecutar las acciones que definen verdaderamente al Estado. Aunque es cierto que no todo el funcionariado público ocupa el mismo lugar de poder dentro de la estructura, también lo es que todo ese personal es quien borda la imagen real de un Estado.¹¹ Esto hace indudable que, una vez creado el esquema conceptual de los derechos sociales (sea bajo la fórmula de derechos humanos, derechos fundamentales, derechos subjetivos o cualquier otra de las tantas variantes utilizadas),¹² sea obligatorio analizar modelos más satisfactorios tanto a nivel de las técnicas procedimentales como de fijación de los sujetos obligados frente a los destinatarios de los derechos; pero también, y de manera quizá más importante, la instalación de un sistema garantista que dote de fuerza normativa a aquellas expectativas

¹⁰ Gerardo Pisarello, “Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 92, mayo-agosto, 1998.

¹¹ Jorge R. Ordóñez Escobar y Javier Espinoza de los Monteros, “Los derechos sociales en el constitucionalismo mexicano”. En Javier Espinoza de los Monteros (coord.), *Las dimensiones del Estado constitucional*, Naucalpan de Juárez, Centro Iberoamericano de Investigaciones Jurídicas y Sociales, 2018, pp. 549-575.

¹² Martín Borowski, *La estructura de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

de cumplimiento de los derechos sociales, que los materialice a través del otorgamiento de atribuciones y elementos realizables, que los imponga y que los haga valer en caso de una posible violación.¹³

En conclusión, atendiendo a esta visión propuesta de hacer derecho desde el derecho y desde la teoría de sistemas de Luhmann y De Giorgi, así como de la visión de un Estado constitucional y democrático de derecho que tome en serio al concepto de una normativa verdaderamente vinculante, se hace imperante que empecemos a incorporar nuevas semánticas a la hora de hacer leyes en México. A partir de ahí entonces podremos llevar al derecho a un proceso de autorreflexión que derive en la construcción de nuevas significaciones y mejores condiciones tanto para las y los operadores del derecho como para las personas titulares de los derechos sociales.

Si empezamos a hacer lo anterior, no solamente estaremos en el camino de construir leyes más justas e igualitarias, sino que también estaremos construyendo instituciones más sólidas operadas por personas servidoras públicas con elementos suficientes para garantizar el cumplimiento de los derechos sociales y, sobre todo, estaremos dotando a todas y a todos de las herramientas para exigir sus derechos. En tanto nuestras leyes, sus estructuras e instituciones sean razonables, ordenadas y con mucha mayor tendencia a la justicia social, y nuestras instituciones estén dotadas de herramientas y atribuciones suficientes para su realización, entonces seremos aptos para responder a la exigencia de la población y, particularmente, estaremos siendo razonables en la relación entre el Estado y la sociedad, justo como lo planteaba el rey de *El principito*.

¹³ Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2004.

Bibliografía

- ABRAMOVICH, VÍCTOR Y CHRISTIAN COURTOIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid, Trotta, 2004.
- BOROWSKI, MARTIN, *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- DE GIORGI, RAFFAELE, *Ciencia del derecho y legitimación*. México, Universidad Iberoamericana, 1998.
- DE SAINT EXUPÉRY, ANTOINE, *El principito*. México, Porrúa, 2019.
- ESPINOZA DE LOS MONTEROS, JAVIER (coord.), *Las dimensiones del Estado constitucional*. Naucalpan de Juárez, Centro Iberoamericano de Investigaciones Jurídicas y Sociales, 2018.
- LUHMAN, NIKLAS, *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*. México, Anthropos/Universidad Iberoamericana/Pontificia Universidad Javeriana, 1998.
- PISARELLO, GERARDO, “Los derechos sociales en el constitucionalismo democrático”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 92, mayo-agosto, 1998.

CAPÍTULO III

Prohibición de pruebas de detección de VIH/sida como requisito de contratación

Prohibición de pruebas de detección de VIH/sida al personal médico como requisito de contratación

Amparo Directo 43/2018

Reseña

Caso: Detección de pruebas de VIH para acceder al empleo en el sector salud público

El Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (Conapred) recibió un oficio de la Comisión de los Derechos Humanos del Estado de Coahuila, por medio del cual remitió un escrito en el que un médico refirió que inició los trámites para ingresar a laborar en el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) en la categoría de médico general. Con esta finalidad se realizó una serie de exámenes y análisis clínicos requeridos por la institución, días después se le informó que había resultado positivo del virus de inmunodeficiencia humana (VIH) y que, por consiguiente, no era apto para el trabajo que solicitó, de acuerdo con la normatividad interna del IMSS.

Una vez concluida la investigación, el Conapred emitió la Resolución por Disposición 7/2015, en la que se determinaron conductas discriminatorias con motivo de la condición de salud del peticionario, toda vez que exigir el examen de VIH como requisito para acceder al trabajo médico viola el derecho a la igualdad, ya que permite negar el empleo a la persona, simplemente por su condición de salud, lo que está prohibido por el artículo 1º de nuestra Constitución.

El Consejo consideró simplemente que el documento “Procedimiento para los Servicios de Prevención y Promoción de la Salud para Trabajadores del IMSS y Exámenes de Aptitud Médico-Laboral para Aspirantes a Ingresar al Instituto Mexicano del Seguro Social” no debía ser interpretado de manera aislada, sino de manera sistémica y en el sentido más favorable a la persona, para lo cual debía leerse a la luz de la Norma Oficial Mexicana NOM-010-SSA2-2010, que prohíbe tanto a particulares como a las autoridades la realización de exámenes de VIH/sida como requisito de contratación.

La resolución mencionada fue impugnada ante diversas instancias jurisdiccionales y finalmente fue confirmada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en sesión del día 6 de febrero de 2019. La sentencia que emitió la SCJN se considera de gran impacto, toda vez que los criterios que se desprendieron revisten características de obligatoriedad e importancia para el orden jurídico nacional. Desde la óptica legal y constitucional, permite dilucidar que es discriminatorio que las instituciones de salud realicen pruebas de detección de VIH como requisito de contratación para ingresar a laborar como personal médico. Se consideró que la práctica de exámenes de VIH a las personas solicitantes no resulta necesario para proteger la salud de otras personas, dado que todavía no forman parte del personal médico y en ese momento no deparan riesgo alguno para trabajadores ni pacientes; la protección al derecho a la salud se cumpliría con la posibilidad de realizar el examen de VIH a las personas que ya se encuentran laborando en las instituciones de salud y que trabajen en las especialidades, áreas médicas o actividades en las cuales, efectivamente, exista un riesgo razonable y objetivo de infección al personal o los pacientes.

Es importante precisar que los criterios que se desprendieron son de trascendencia para la sociedad, ya que con anterioridad a la resolución no existía criterio jurisprudencial o aislado que diera solución respecto a los puntos jurídicos planteados en

el juicio, lo que significa que prohibir al IMSS establecer como requisito de contratación la aplicación de exámenes de VIH beneficia a la ciudadanía en el acceso al empleo, a fin de que en la contratación únicamente se tomen en cuenta las aptitudes y conocimientos de las personas y no su condición de salud.

Con la ejecutoria del máximo órgano de justicia del país, se convalida que el procedimiento de queja ante el Conapred es una herramienta jurídica valiosa para la ciudadanía, que permite vincular tanto a los particulares como a las instituciones públicas para garantizar los derechos humanos de las personas que viven con VIH.

Prohibición de pruebas de VIH/sida al personal médico como requisito de contratación

Juan Carlos Jaramillo Rojas*

El ejercicio del derecho al trabajo permite el desarrollo económico de todas las personas en la sociedad. El empleo es crucial para el acceso a los bienes de consumo, la seguridad social, el mercado económico y la vida sustentable, además del reconocimiento social que las actividades laborales conllevan.

El trabajo es un derecho y un deber social que tiene como objetivo lograr condiciones justas y humanas para toda la población. La sociedad tiene derecho a esperar de sus miembros un trabajo útil y honesto.

El trabajo, por un lado, es un deber de la persona de prestar sus servicios de una manera eficiente. Por el otro, la sociedad tiene la obligación de crear condiciones sociales de vida que permitan a los hombres y las mujeres el desarrollo de sus actividades.

Lo anterior no parece importar a algunas personas empleadoras, ya que hoy en día en el ámbito laboral seguimos encontrando diferentes tipos de barreras que afectan a las personas que viven con VIH, situación que vulnera sus derechos. Las barreras

* Postulante al Doctorado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), cuenta con maestría en Administración Pública y licenciatura en Derecho. Es catedrático en la Facultad de Derecho de la UNAM e imparte las materias: Metodología Jurídica, Derecho Individual del Trabajo, Derecho Colectivo y Procesal del Trabajo y Políticas Públicas.

las encontramos de forma institucional e inclusive legales, causadas por reglamentos o protocolos internos que impiden el acceso y permanencia de un trabajador o trabajadora en su empleo, a pesar de que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), distintos tratados internacionales y diversos fallos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación argumentan que el derecho a la no discriminación ofrece un marco amplio de protección.

La igualdad y la no discriminación son principios básicos de las normas internacionales de derechos humanos. Toda persona, sin distinción, tiene derecho a disfrutar de todos los derechos humanos, incluidos el derecho a la igualdad de trato ante la ley y el derecho a ser protegido contra la discriminación por diversos motivos, entre ellos la orientación sexual y la identidad de género; estas normas constituyen pilares fundamentales del sistema internacional de derechos humanos, entre cuyos propósitos se encuentra promover el respeto y el desarrollo de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas sin distinción.

La CPEUM establece en su artículo 1º que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.¹

En ese mismo sentido el artículo 4º constitucional² manda que todas las personas tienen derecho a la protección de la salud. Toda persona tiene derecho a la protección de la salud, confiriéndole a la ley reglamentaria las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud.

¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 1º [en línea]. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_060320.pdf> [Consulta: 4 de febrero, 2019].

² *Ibid.*, artículo 4º.

Ambos artículos, como base de la normativa nacional, se suman a los ordenamientos internacionales como lo son la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre, entre otros, como documentos pilares para el respeto de los derechos humanos.

En el mes de junio de 2018, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Red Mundial de Personas que Viven con el VIH (GNP+) presentaron un informe de 13 países que formaron parte de un estudio, de los cuales diez registran una tasa de 30% o más de personas con VIH o sida que están desempleadas.

En tanto, aquellas que tienen un trabajo sufren de discriminación por parte de sus jefas/es y compañeras/os; asimismo, sus derechos laborales no son respetados, por ejemplo, la posibilidad de un ascenso dentro de una empresa.

Debido a lo anterior, el Programa GNP+ y la OIT han resaltado la necesidad de facilitar el empleo pleno y productivo de las personas con VIH o sida, ya que tienen las mismas posibilidades que cualquier otro individuo de tener un empleo en el cual se respeten sus derechos laborales y su dignidad.

Dentro de la respuesta realizada por nuestro país a los casos de discriminación por virus de la inmunodeficiencia humana (VIH), al Centro Nacional para la Prevención y el Control del VIH y el Sida (Censida), como órgano rector en materia de VIH, sida y otras infecciones de transmisión sexual (ITS), le corresponde proponer y vigilar el cumplimiento de las normas oficiales mexicanas: NOM-010-SSA2-2010, para la prevención y el control de la infección por virus de la inmunodeficiencia humana, y NOM-039-SSA2-2014, para la prevención y control de las infecciones de transmisión sexual.

Tomando en cuenta que las normas oficiales mexicanas son las regulaciones técnicas de observancia obligatoria expedidas por las dependencias competentes, conforme a las finalidades establecidas en el artículo 40 de Ley Federal sobre Metrología y Normalización, que establecen las reglas, especificaciones, atri-

butos, directrices, características o prescripciones aplicables a un producto, proceso, instalación, sistemas, actividad, servicio o método de producción u operación, así como aquellas relativas a terminología, simbología, embalaje, mercado o etiquetado y las que se refieran a su cumplimiento o aplicación.

Las normas NOM-010-SSA2-2010 y NOM-039-SSA2-2014 reúnen los puntos de vista e investigaciones de diversas dependencias gubernamentales y privadas, que establecen medidas concretas y procedimientos obligatorios para todas las autoridades que componen el Sistema Nacional de Salud.

La NOM-010-SSA2-2010 determina las líneas de acción en el ámbito nacional para frenar la pandemia, los principios y criterios de operación de los componentes del Sistema Nacional de Salud respecto de las actividades relacionadas con la prevención y el control de la infección por el VIH.

En su introducción, la NOM 010-SSA2-2010 indica que en la prevención, atención y control del VIH y el sida se deberá, través de la promoción de la salud mediante acciones tendientes a desarrollar actitudes favorables para la salud, generar entornos propicios, reforzar la acción comunitaria, reorientar los servicios de salud e impulsar políticas públicas en la materia, así como brindar un servicio de atención integral de las personas con VIH o sida con énfasis en el nivel local que comprenda:

- Prestar servicios de atención integral de calidad;
- Manejo de riesgos personales;
- Desarrollo de capacidad y competencia en salud;
- Participación social para la acción comunitaria;
- Desarrollo de acciones que combatan el estigma y la discriminación relacionadas con el VIH y el sida;
- Abogacía intra e intersectorial, y
- Mercadotecnia social en salud.

Desde el punto de vista epidemiológico y con base en los consensos internacionales, la prevención debe focalizarse, de manera específica, al segmento poblacional en mayor riesgo y vulnerabilidad por sus prácticas y/o contextos como son las que se muestran en la Tabla 1.

Tabla 1. Tamaños de la población clave que vive con VIH en México 2018

Población	Abreviatura	Estimación
Hombres que tienen relaciones sexuales con hombres	HSH	1,189,140
Hombres trabajadores sexuales	HTS	48,205
Mujeres trabajadoras sexuales	MTS	192,821
Población transgénero femenina	PTF	118,917
Personas usuarias de drogas inyectables	PUDI	110,390
Personas privadas de la libertad	PPL	197,988

Notas:

1. La información de población privada de la libertad proviene de los registros oficiales de la Secretaría de Gobernación (Segob), no es una estimación. Fuente: SEGOB/CNS/OADPRS, Cuaderno mensual de Información Estadística Penitenciaria Nacional, diciembre de 2017.
2. Para el caso de la población HSH, la estimación asume que las derechohabientes en salud se comportan de la misma manera que la población total.
3. Para el caso del resto de poblaciones (MTS, HTS, PTF y PUDI) se asume que todas (la gran mayoría) trabajan en el sector informal, por lo tanto, no cuentan con derechohabientes por trabajo asalariado, por lo que todas las personas serían atendidas por la Secretaría de Salud (SS); de esta manera, no se hace la división de sin derechohabiente.

Fuente: Secretaría de Salud/Censida, 2019.³

³ Secretaría de Salud y Centro Nacional para la Prevención y el Control del VIH y el Sida, *Informe nacional del monitoreo de compromisos y objetivos ampliados para poner fin al sida (Informe GAM, 2019)*. México, SS y Censida, 2019. Con base en:

MTS y HTS: Fondation Scelles, *Prostitution: exploitation, persecution, repression. 4th Global Report*. París, Economica, 2016. En el 2013 estima entre 450 000 y 500 000 el número de personas involucradas en el trabajo sexual en México. Con base en la población estimada por el Consejo Nacional de Población (Conapo) para mediados de 2018 determinada en 123.5 millones, se calcula un porcentaje de 0.364318 para las dos poblaciones estimadas.

Gus Lubin, “There are 42 million prostitutes in the world, and here’s where they live”, *Business Insider*, 17 de enero de 2012. Disponible en: <<http://www.businessinsider.com/there-are-42-million-prostitutes-in-the-world-and-heres-where-they-live-2012-1>>. [Consulta: 25 de febrero, 2016]. Este autor calcula que 80% son mujeres y tres cuartas partes de ellas tendrían entre 13 y 25 años.

HSH: José Antonio Izazola Licea y Kathryn Tolbert, *Comportamiento sexual en la Ciudad de México (Encuesta 1992-1993)*, México, Conasida, 1994. Encuesta realizada en la Ciudad de México 1992-1993, en la que se encontró que 2.1% de los hombres eran bisexuales y que 0.4% tenía sexo exclusivo con hombres, lo que indica que un 2.5% de los hombres serían HSH. Se redondea a 3, ya que 3% es consistente por lo Satoshi Ezoé (2012) para la población masculina total en Japón fue 0.0402% sin ajuste y 2.87% después de ajustar el error de transmisión de HSH.

La estimación se realiza bajo el supuesto establecido que de que 3% de los hombres mexicanos son HSH: según el Conapo a mediados del 2018 el número de hombres estimado de 15 a 64 años de edad fue de 39 637 983, de tal modo que la estimación de mexicanos HSH fue de 1 189 140.

PUDI: Secretaría de Salud, *Encuesta Nacional de Consumo de Drogas, Alcohol y Tabaco 2016-2017*. México, Instituto Nacional de Psiquiatría Ramón de la Fuente Muñiz, 2017. Esta encuesta estimó en 109 079 el número de personas que se inyectan drogas ilegales; con base en los datos del Conapo, para actualizar esa cifra se calculó el crecimiento poblacional (1.2%) entre 2017 y 2018 para la población de 15 a 64 años de edad, para una estimación de 110 390 de personas para el 2018.

Personas transgénero: Andrew R. Flores, Jody L. Herman, Gary J. Gates y Taylor N. T. Brown, *How many adults identify as transgender in the United States?* Los Angeles, The Williams Institute, 2016. En este documento se establece una estimación alta de 0.8%, media de 0.6% y baja de 0.3%; se optó por la estimación del porcentaje bajo para personas mexicanas de 15 a 64 años de edad que ascendían a 39 637 893 para mediados del 2018, de acuerdo con el Conapo.

PPL: Secretaría de Gobernación (Segob)/Comisión Nacional de Seguridad (CNS)/Órgano Administrativo Desconcentrado Prevención y Readaptación

El tener focalizadas a las poblaciones con mayor riesgo y vulnerabilidad *no* obsta para garantizar el acceso a pruebas de detección y garantizar la calidad de la educación sexual basada en evidencia, realizando acciones de prevención en el resto de la población, como jóvenes, hombres y mujeres, a fin de asegurar el acceso a medidas de prevención para estas poblaciones (condones masculinos y femeninos).

Además, la NOM-010-SSA2-2010 tiene por objeto establecer y actualizar los métodos, principios y criterios de operación de los componentes del Sistema Nacional de Salud, respecto de las actividades relacionadas con la prevención y control, las cuales abarcan la detección, el diagnóstico oportuno, la atención y tratamiento médico de la infección por VIH, ya que constituye, por su magnitud y trascendencia, un grave problema de salud pública en México. Estos recursos deben basarse en el respeto a la dignidad y los derechos humanos, en especial al respeto a la protección de la salud, al derecho a la igualdad, la del resultado y el derecho a la no discriminación.

Partiendo desde el punto de vista del principio *pro persona*, que rige al derecho en materia de derechos humanos, para preferir la norma o criterio más amplio en la protección de derechos humanos y la norma o criterio que menos restrinja el goce de los mismos, la NOM-010-SSA2-2010 ha sido el documento base aplicable para los casos referentes a la atención, prevención y control del VIH, ya que esta norma es la que mejor protege el derecho humano al ampliar el número de titulares de derecho.

Social (OADPRS), *Cuaderno mensual de Información Estadística Penitenciaria Nacional*. Diciembre, 2018. La información expuesta no es una estimación, son datos actualizados mensualmente, por lo que se toman los del mes de diciembre del 2018. Esta información es concentrada a través del OADPRS.

La NOM-010-SSA2-2010 ha sido fundamental para atender casos de discriminación por VIH, como fue el acontecido en el mes de julio de 2011, en el que, al iniciarse los trámites de ingreso para laborar en el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) en la categoría de médico general, se realizaron una serie de exámenes y análisis clínicos, entre ellos el de VIH, en el que el aspirante obtuvo un resultado reactivo y, por consiguiente, le fue informada su no aptitud para ocupar el puesto solicitado por alto riesgo de ocasionar daño a la salud tanto del propio trabajador como de pacientes y compañeras/os por patología de fondo, lo que dio origen al Amparo Directo 43/2018 y a la Resolución por Disposición 7/2015 del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (Conapred).

En el caso del Amparo Directo 43/2018 se consideró que es discriminatorio que el IMSS establezca, como requisito para la contratación del personal médico, la aplicación de exámenes de VIH/sida. Ello, por tres razones básicas:

Primera, porque exigir el examen de VIH como requisito para acceder al trabajo médico viola el derecho a la igualdad, pues permitiría negar el empleo a la persona simplemente por su condición de salud, lo que está prohibido por el artículo 1º de nuestra Constitución.

Segunda, porque la práctica de exámenes de VIH/sida a las personas aplicantes no resulta necesaria para proteger la salud de otras personas, pues si todavía no forman parte del personal médico, entonces no se justifica la invasión a la privacidad de las personas solicitantes, ya que en ese momento no deparan riesgo alguno para trabajadoras/es ni pacientes.

Tercera, porque la protección al derecho a la salud de cualquier manera se cumpliría con la posibilidad de realizar el examen de VIH/sida a las personas que ya se encuentran laborando en las instituciones de salud y que trabajen en las especialidades, áreas médicas o actividades en las cuales, efectivamente, exista un riesgo razonable y objetivo de infección al personal o a pacientes

(precisándose que el examen debe aplicarse de manera general a todo el personal del área o especialidad respectiva y no individualizada a una sola persona trabajadora), ya que con ello se permite que las instituciones de salud tomen las medidas necesarias para que el VIH de la persona trabajadora no genere afectaciones en pacientes o el propio personal.

En tanto, la Resolución por Disposición 7/2015 del Cona-pred se realizó con fundamento en lo establecido en el artículo 1º de la CPEUM, que reconoce a todas las personas en el territorio nacional los derechos humanos señalados en ella y en los tratados internacionales de los que México es parte, así como determina la prohibición expresa de discriminar, y en razón de que la carta magna establece la obligación de todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Esta resolución determinó, entre otros puntos, que el IMSS tendría que:

- Realizar las acciones necesarias para que el personal encargado de emitir la Evaluación Médica de Aptitud, al momento de realizar su valoración conozca de manera específica las actividades esenciales y/o funciones del puesto laboral para el cual está compitiendo la persona aspirante.
- Instruir, mediante oficio, al personal encargado de emitir el Dictamen de Examen Médico de Aptitud en el Trabajo del referido Instituto, para que al momento de la emisión de su valoración de aptitud o no aptitud, ésta no se determine de forma aislada por las condiciones de salud de las personas aspirantes, sino en relación con sus habilidades, aptitudes, destrezas y capacidades que tengan para desempeñar el puesto.

- Realizar las acciones necesarias para garantizar la no repetición del acto, para ello se abstendrá de tomar muestras de sangre a las personas aspirantes a participar en el proceso para ingresar a laborar al referido Instituto, a efecto de evitar que se realicen pruebas de detección de VIH como requisito para obtener empleo, ello en cumplimiento de la norma NOM-010-SSA2-2010.

Aunado al caso de julio de 2011, al Centro Nacional para la Prevención y el Control del VIH y el Sida (Censida) le fue solicitada una opinión técnica a fin de disponer de mayores elementos para resolver la queja interpuesta ante la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) contra posibles actos atribuibles a personas de servicio público del IMSS, por una persona pasante de la carrera de Profesional Técnico Bachiller en Enfermería General, quien denunció que en septiembre de 2013 el IMSS emitió una convocatoria para ocupar plazas en su bolsa de trabajo y, al considerar que reunía los requisitos, se inscribió para la categoría de Auxiliar de Enfermera General 80 (Auxiliar de Enfermera).

El aspirante acudió al Centro de Capacitación de la Delegación del IMSS en Oaxaca para presentar el examen psicolaboral de la convocatoria. El 19 de septiembre de ese mismo año, el IMSS le informó que lo aprobó y que tenía que presentarse en el Hospital General de Zona 3 (HGZ-3) en Tuxtepec, Oaxaca, para que se le practicara el examen médico correspondiente.

El 2 de septiembre de 2014, el aspirante acudió al HGZ-3, lugar en el que firmó una orden de estudios, incluida la prueba VIH, la cual se le practicó el 27 de ese mismo mes y año.

A finales de octubre del mismo año, el aspirante se presentó en el Área de Medicina de Trabajo del HGZ-3, donde le informaron que resultó positivo en la prueba de VIH, por lo que no le podían otorgar un dictamen de aptitud para continuar en el proceso de selección de Auxiliar de Enfermera; sin embargo, le advir-

tieron que le darían una prórroga de 6 meses para que iniciara un tratamiento antirretroviral y, al término del mismo, tendría que programar una cita para llevar sus estudios de cargas virales y, una vez que se obtuviera el diagnóstico, se le valoraría de forma integral por las especialidades de epidemiología y medicina interna.

El Censisa se ha pronunciado en los casos antes señalados, manifestando:

La NOM-010-SSA2-2010, en su numeral 6.3.3, señala: “No se solicitará como requisito para acceso a bienes y servicios de cualquier tipo, contraer matrimonio, obtener empleo, formar parte de instituciones educativas o para recibir atención médica, y en cualquier otro caso que impida o anule el ejercicio de los derechos de la persona, conforme a lo que establecen las disposiciones jurídicas que emanan de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación”, así como en ningún caso la detección del VIH debe ser causal de rescisión o cancelación del ejercicio de la práctica médica del personal de salud.

La infección por VIH actualmente es considerada una enfermedad crónica manejable, las personas con VIH que reciben tratamiento antirretroviral tienen un pronóstico de supervivencia similar a la población general, por lo tanto, una persona con diagnóstico de infección por VIH o sida no es sinónimo de estar limitada para ejercer profesión alguna.

Una vez diagnosticada una persona con VIH, es necesaria la determinación en sangre de marcadores que permitan conocer el grado de avance de la enfermedad; para la infección por el VIH son la determinación de los linfocitos CD4+ y la carga viral para VIH, con éstos se debe estratificar, de acuerdo a la clasificación de los Centros para el Control y Prevención de Enfermedades vigente (CDC por sus siglas en inglés), el grado de deterioro que ha generado la enfermedad, utilizando letras y números para diferenciar si la persona se encuentra en una etapa inicial, intermedia o de sida, además, si necesita o no terapia antirretroviral.

Las personas en etapa de sida serán aquellas que tengan una determinación de linfocitos CD4+ menores de 200 o bien alguna enfermedad oportunista activa incluida en la NOM-010-SSA2-2010.

Censida también emite la *Guía de manejo antirretroviral de las personas con VIH*, misma que es avalada por el Consejo Nacional de Salud y el Consejo Nacional para Prevención y Control del Sida (Conasida), que es un documento oficial obligatorio para ser utilizado por las instituciones de salud pública que manejan personas con VIH y prescriben antirretrovirales, incluyendo el IMSS.

La *Guía* señala que el tratamiento antirretroviral está recomendado para todas las personas que viven con VIH, independientemente de la cuenta de células CD4 y de la presencia o no de síntomas.

Respecto de las medidas de precaución universal o estándar, son las mismas que en las personas prestadoras de salud no infectadas por VIH y están plasmadas en el numeral 5.7.4 de la NOM-010-SSA2-2010, por lo que una persona con infección por VIH o sida en tratamiento antirretroviral y con control virológico puede realizar todas las actividades que las personas sin infección por VIH. Además, en el caso de las personas trabajadoras de la salud, éstas deberán aplicar siempre las medidas de precaución universal o medidas estándar y las medidas internacionales basadas en la transmisión durante su jornada de trabajo, con lo cual disminuye el riesgo de transmisión a las personas usuarias y sus familiares y a todo el personal de salud que labora en unidades de atención ambulatoria y hospitalares.

Sobre posibles restricciones que deberían considerarse en el manejo de pacientes, no existen documentos normativos en nuestro país al respecto, sin embargo, se realizó una investigación sobre las recomendaciones emitidas en otras partes del mundo, como en el documento: “El manejo de los trabajadores sanitarios con VIH que llevan a cabo procedimientos propensos a exposi-

ción: una guía actualizada, enero 2014”, publicado en el Reino Unido. En este documento se exponen los posibles riesgos de transmisión acorde a los diversos escenarios clínicos de la persona trabajadora sanitaria con VIH, así como las conductas recomendadas a seguir; con base en este texto podrían extrapolarse algunos escenarios para el presente caso.

El riesgo de transmisión del VIH desde la persona profesional de la salud al paciente sólo puede ocurrir mediante procedimientos invasivos específicos que provoquen autolesión con sangrado del médico/a o personal de salud con VIH y que se exponga con éstos al paciente que esté tratando, y siempre y cuando esté sin manejo antirretroviral o en alguna condición, como es la falla al tratamiento en la cual existen virus del VIH circulando en sangre y secreciones. En estos casos, las personas profesionales de la salud infectadas con el VIH deben considerar disminuir procedimientos que impliquen técnicas invasoras, por constituir un riesgo potencial de transmisión del virus.

Ahora bien, cuando se trata de procedimientos exploratorios o terapéuticos no invasores, sin riesgo de transmisión, no existe riesgo alguno de exponer a las personas usuarias a sangre o líquidos potencialmente infectados con VIH.

Los profesiogramas de las personas auxiliares de enfermería están dirigidos a la prestación de servicios a los usuarios y usuarias derechohabientes, y que involucran en varios de ellos procedimientos de apoyo a las enfermeras generales, como puede ser el llenado de reportes, el monitoreo y la distribución de insumos, la toma de signos vitales y el uso de material punzocortante para pruebas rápidas. Como se ha señalado, esto no pone en riesgo alguno a la persona usuaria cuando se utilizan correctamente las medidas de precaución universal o medidas estándar, así como las medidas internacionales basadas en la transmisión.

Por lo anterior, podemos concluir que la NOM-010-SSA2-2010 no sólo es una regulación de técnicas de observancia obligatoria para todo el Sistema Nacional de Salud respecto

de las actividades relacionadas con la prestación de servicios de atención integral para la prevención y control de las infecciones por VIH y el cuidado de las personas con sida, que abarcan la promoción de la salud, prevención, consejería, detección, diagnóstico oportuno, atención y tratamiento, sino que además es un documento de apoyo para resolver casos de discriminación como los narrados en este texto.

Por ello es importante contar con una NOM-010-SSA2-2010, debidamente actualizada, y de vanguardia con los avances científicos, pues refuerza la lucha contra el estigma y la discriminación por VIH. Hoy en día podemos decir que el problema real no es el VIH en sí, sino el estigma y la desinformación que provocan esta doble lucha contra el VIH y la discriminación.

Bibliografía

- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS [en línea]. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_060320.pdf> [Consulta: 4 de febrero, 2019].
- FLORES, ANDREW R., JODY L. HERMAN, GARY J. GATES Y TAYLOR N. T. BROWN, *How many adults identify as transgender in the United States?* Los Angeles, The Williams Institute, 2016.
- FONDATION SCELLES, *Prostitution: exploitation, persecution, repression. 4th Global Report*. París, Economica, 2016.
- IZAZOLA LICEA, JOSÉ ANTONIO Y KATHRYN TOLBERT, *Comportamiento sexual en la Ciudad de México (Encuesta 1992-1993)*. México, Conasida, 1994.
- LUBIN, GUS, “There are 42 million prostitutes in the world, and here’s where they live”, *Business Insider*, 17 de enero de 2012. Disponible en: <<http://www.businessinsider.com/there-are-42-million-prostitutes-in-the-world-and-heres-where-they-live-2012-1>>. [Consulta: 25 de febrero, 2016].
- SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN (SEGOB), COMISIÓN NACIONAL DE SEGURIDAD (CNS) Y ÓRGANO ADMINISTRATIVO DESCONCENTRADO PREVENCIÓN Y READAPTACIÓN SOCIAL (OADPRS), *Cuaderno mensual de Información Estadística Penitenciaria Nacional*. México, Segob / CNS / CNS, 2018.
- SECRETARÍA DE SALUD, *Encuesta Nacional de Consumo de Drogas, Alcohol y Tabaco 2016-2017*. México, Instituto Nacional de Psiquiatría Ramón de la Fuente Muñiz, 2017.
- SECRETARÍA DE SALUD Y CENTRO NACIONAL PARA LA PREVENCIÓN Y EL CONTROL DEL VIH Y EL SIDA (CENSIDA), *Informe nacional del monitoreo de compromisos y objetivos ampliados para poner fin al sida (Informe GAM, 2019)*. México, ss y Censida, 2019.

Reflexiones sobre la prohibición de la aplicación de pruebas de detección de VIH al personal médico como requisito de contratación en el IMSS. Un acercamiento histórico al contexto actual de la discriminación por VIH en México

Ricardo Hernández Forcada*

La discriminación es un fenómeno profundamente arraigado en la sociedad mexicana que se manifiesta de diversas maneras en el día a día y puede cometerse, consciente o inconscientemente, como fruto de costumbres excluyentes que representan barreras para la igualdad de oportunidades de desarrollo en la educación, la economía, la política y la cultura. Una revisión histórica de los resultados arrojados por los instrumentos estadísticos nacionales sobre este asunto permite observar claramente la multiplicidad de percepciones, actitudes y prácticas discriminatorias que se presentan entre la población, a causa de la pertenencia a algún grupo étnico, como los pueblos originarios; la condición social, la situación económica o migratoria; el sistema de creencias que se profesa; la edad, las preferencias, la identidad sexual y de género; la orientación sexual, las discapacidades, las condicio-

* Jefe de División, IMSS.

nes de salud, así como otras características en las que se expresa la singularidad humana y que suelen ser causa de que una gran parte de la población haya sido víctima de esta clase de hechos.

Cada cultura, y muchas veces cada comunidad, asume de manera específica las condiciones de salud que enfrentan las personas. Lo cierto es que no se trata solamente de un hecho de carácter biológico, fisiológico u orgánico; el padecimiento es, ante todo, una experiencia que cada persona, que vive con una condición de salud particular, interpreta, experimenta, sufre y enfrenta de acuerdo con el contexto de la comunidad en que se desarrolla. Sin embargo, hay algunos grupos que viven circunstancias que requieren ser consideradas de forma particular; tal es el caso de quienes viven con el virus de inmunodeficiencia humana (VIH).

Según datos del Centro Nacional para la Prevención y el Control del VIH y el Sida (Censida), desde 1983 hasta el primer trimestre de 2019, en México se habían notificado 205 351 casos del síndrome de inmunodeficiencia humana (sida) y se tenían registradas 85 956 personas como seropositivas al VIH.¹ Quienes viven con esta condición de salud constituyen un grupo social que ha enfrentado —desde el descubrimiento del sida en 1981 y el VIH en 1983— múltiples situaciones de exclusión y vulneración de sus derechos a causa del diagnóstico recibido. Este rechazo se sustenta en diversos prejuicios por desinformación e ignorancia sobre la realidad del VIH, lo mismo que del sida.

A la fecha hay muchas creencias erróneas que han sido ampliamente difundidas en la sociedad y que agudizan los múltiples estigmas que pesan sobre esta población; principalmente porque aún se afirma, erróneamente, que quienes viven con este virus son los principales responsables de su transmisión. Si bien es cierto

¹ Centro Nacional para la Prevención y el Control del VIH y el Sida, *Vigilancia epidemiológica de casos de VIH/sida en México. Registro Nacional de Casos de Sida*, actualización al 31 de marzo de 2019 [en línea]. <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/468354/RN_1erTrim_2019.pdf> [Consulta: junio, 2019].

que existen grupos en mayor riesgo de contraer el virus —como los hombres que tienen sexo con otros hombres, quienes se dedican al trabajo sexual, las personas usuarias de sustancias inyectables y la población trans²—, no es menos cierto que todos estos factores negativos son detonantes de una doble epidemia: la del VIH, unida a la del estigma y la discriminación.

La Encuesta Nacional sobre Discriminación (Enadis) 2017 reporta que 36% de quienes respondieron este instrumento estadístico creen que convivir con personas con VIH o sida “siempre es un riesgo”.

La negación del acceso al empleo es una más de las prácticas discriminatorias que enfrentan con mayor frecuencia, ya sea por despido injustificado a causa del diagnóstico de VIH o por la aplicación de pruebas de detección antes de la contratación, aun cuando se ha demostrado que la seropositividad no influye en el desempeño laboral de las personas.³ Al analizar la información disponible al respecto, se observa que las preconcepciones que originan la discriminación permean incluso al personal de salud, mismo que debería ser el mejor informado en estos temas.

En el estudio denominado “El estigma asociado al VIH/sida: el caso de los prestadores de servicios de salud en México”,⁴ publicado en *Salud Pública de México* en 2006, se encontró

² El término *persona trans* puede ser utilizado por alguien que se autoidentifica fuera del binario mujer/hombre. Adicionalmente, algunas mujeres trans se autoidentifican como mujeres, y algunos hombres trans se autoidentifican como hombres e incluye a las personas travesti, transgénero y transexual. *Cfr.* Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Violencia contra personas LGBTI*. Washington, CIDH, 2015. OAS/Ser. L/V/II.rev.2 Doc. 36. [en línea] <<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonaslgbti.pdf>>.

³ Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (Conapred). *Encuesta Nacional sobre Discriminación 2017. Prontuario de resultados* [en línea], México, Conapred, 2018. <https://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/Enadis_Prontuario_Ax.pdf> [Consulta: junio, 2019].

⁴ Ésta es una línea de investigación que parece haberse dejado de lado, pero, aunque se trata de un estudio de hace ya varios años, los datos que arroja y sus conclusiones siguen vigentes.

que, para casi un cuarto de las y los proveedores de salud, “la homosexualidad es la causa del VIH en el país” y dos de cada tres aseguraron que la prueba de detección debía ser obligatoria para los hombres que tienen sexo con hombres.⁵

El número de personas con VIH o sida sigue en aumento, por lo que es posible que, aun sin saberlo, en nuestra familia o en nuestro círculo social más inmediato haya alguien que viva con esta condición de salud. De acuerdo con datos del Sistema de Vigilancia Epidemiológica de VIH/sida de la Secretaría de Salud, hasta el primer trimestre de 2019 se tenía registrado un total de 85 956 casos de personas seropositivas, de las cuales 77.9% eran hombres y el resto mujeres.⁶ Uno de los recursos más utilizados históricamente para prevenir y controlar las enfermedades consideradas como transmisibles supone la identificación y la separación de las personas “infectadas” o, incluso, de aquellas que están mayormente expuestas.

Aunque a estas alturas pudiera parecer ocioso aclarar ciertas cosas, ante la evidencia conviene recordar que, en el caso del VIH, tanto la identificación como el aislamiento de las poblaciones infectadas o potencialmente expuestas serían prácticas innecesarias e injustas, tan sólo por el hecho de que este virus no se transmite por la simple convivencia en el día a día; pero, además, porque la etapa asintomática de transmisión del virus puede ser muy prolongada, y es en este periodo donde se da la mayoría de los procesos de transmisión.

⁵ César Infante, Ángel Zarco, Silvia Cuadra, Ken Morrison, Martha Caballero, Mario Bronfman y Carlos Magis, “El estigma asociado al VIH/sida: el caso de los prestadores de servicios de salud en México”, *Salud Pública en México*, vol. 48, núm. 2, mar./abr. 2006, pp. 141-150.

⁶ Sistema de Vigilancia Epidemiológica de VIH/sida, *Registro Nacional de Casos de Sida*. Actualización al 31 de marzo de 2019 [en línea] <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/468354/RN_1erTrim_2019.pdf> [Consulta: junio, 2019].

Basta reparar en las respuestas colectivas de miedo, desprecio, marginación y aislamiento que desde hace siglos han traído consigo algunos padecimientos como la enfermedad de Hansen o “lepra”,⁷ la peste, la gripe, la tuberculosis, la viruela, la sífilis, la influenza, el ébola o el propio sida, e incluso quienes viven con alguna discapacidad han experimentado procesos de exclusión análogos por causa de su condición y por el abordaje equívoco que se hace de ella como si se tratara de una enfermedad.⁸ Más adelante abundaré sobre este asunto en particular.

Es innegable que la vulnerabilidad de quienes viven con VIH frente a posibles violaciones a sus derechos humanos ha sido una constante desde el comienzo de la epidemia del sida. Es universalmente conocido el hecho de que la susceptibilidad a las violaciones de los derechos fundamentales de las personas no es una condición inherente a su naturaleza, sino que es fruto de una sucesión de eventos de carácter social que configuran procesos de discriminación y estigmatización por causa de su condición de salud.

Esta serie de eventos comenzó en 1981, cuando el Centro de Control de Enfermedades de los Estados Unidos informó la existencia de un nuevo padecimiento que se manifestaba por la falta de respuesta a ciertos tratamientos en personas jóvenes que hasta entonces eran saludables e ingresaban a los servicios

⁷ Es bien sabido que en la antigüedad eran considerados como “leprosos” quienes cursaban con alguna enfermedad dermatológica, sea por cualquier clase de erupción cutánea, soriasis, escabiosis, vitíligo o algún tipo de tumoración que fuera causa de una alteración en su apariencia, volviéndolos repulsivos ante la mirada de las personas a su alrededor. Quizá lo peor de vivir con estos padecimientos no eran propiamente los males que corrumpían el cuerpo, sino ser víctimas de vergüenza, la humillación y el aislamiento de todo contacto familiar, social e incluso político, pues eran obligadas a vivir de manera institucionalizada y sin posibilidad de sanación.

⁸ Mauricio Melgar, “La existencia con discapacidad: bordeando entre lo unívoco y lo equívoco”. En Mauricio Melgar y Arturo Mota (coords.), *Humanidad y discapacidad: una lectura hermenéutico-analógica de los derechos de las personas con discapacidad en México*. México, CNDH, 2015, pp.105-130.

de salud cursando enfermedades como sarcoma de Kaposi o neumonía *carinii* y con el tiempo fallecían tras experimentar un deterioro progresivo en el sistema inmunológico.⁹

Los primeros casos documentados de personas con esta condición eran de jóvenes varones homosexuales, por lo cual se la denominó como “cáncer asociado a la homosexualidad”. Esto originó una doble estigmatización hacia este sector de la población. He ahí el origen tanto de la epidemia del sida como de la exclusión relacionada con éste. Fue en 1983 cuando se realizó la identificación del VIH como responsable del sida. Uno de los hechos más significativos que generó este descubrimiento fue que quedó claramente demostrada la inexistencia de una relación causal entre la homosexualidad y el sida. En ese mismo año se presentó el primer caso documentado de sida en México.

Como es sabido, prácticamente desde entonces se generó una estigmatización que pesa sobre quienes viven con el VIH, en particular a partir de que la Organización Mundial de la Salud identificó ciertas poblaciones con mayor riesgo de transmisión, entre las cuales se encontraban, además de los hombres homosexuales y las personas trabajadoras sexuales, a quienes usaban drogas inyectables, las personas con hemofilia y la población que migraba a los Estados Unidos desde Haití. Sin embargo, el avance de la ciencia se encargaría de mostrar que este virus no distingue sexo, género, orientación sexual, nacionalidad, ocupación o cualquier otra característica personal y está presente entre la población en general.¹⁰

⁹ Centers for Disease Control and Prevention (CDC), *Morbidity and Mortality Weekly Report*, junio 1, 2001, vol. 50, núm. 21 [en línea]. <<https://www.cdc.gov/mmwr/pdf/wk/mm5021.pdf>> [Consulta: junio, 2019].

¹⁰ Ricardo Hernández, *Recomendaciones de la CNDH relacionadas con el VIH y el sida*. México, CNDH, 2018.

Además de una historia de discriminación, quienes viven con el VIH han enfrentado múltiples dificultades para acceder a los tratamientos que requieren, los cuales constituyen un derecho humano de carácter económico y social, puesto que forma parte del contenido del derecho de todos los miembros de la familia humana a los beneficios de la ciencia y la tecnología. Fue hacia 1984 cuando los científicos desarrollaron los primeros tratamientos para combatir la enfermedad, tal es el caso de la zidovudina (AZT), que aumentaba la expectativa y la calidad de vida de las personas enfermas de VIH. Sin embargo, su sobrevida no excedía los siete años; mediante la terapia combinada con un par de fármacos más, las más afortunadas lograban vivir hasta 10 años.

Para 1995, el surgimiento de la terapia antirretroviral —consistente en los inhibidores de la proteasa y de la transcriptasa reversa, proteínas que el virus requiere en la célula para transcribir su DNA en ADN y reproducirse— resultó ser muy eficaz y convirtió la vida con VIH en una condición crónica susceptible de ser controlada. Cabe hacer mención de que, en nuestro país, gracias a la organización de la población derechohabiente y la respuesta favorable de las autoridades, ha sido posible que el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) incluya los antirretrovirales dentro de su Cuadro Básico de Medicamentos desde 1996.

En 2004 la Comisión Nacional de Protección Social en Salud (Seguro Popular), financiada a través del Fondo de Protección contra Gastos Catastróficos, comenzó a distribuir los antirretrovirales entre la población sin seguridad social, y con ello se alcanzó el acceso universal a estos fármacos. Con esta alternativa de tratamiento es posible evitar el desarrollo de esta condición de salud, lo mismo que del sida y, consecuentemente, el riesgo del fallecimiento. Sin embargo, todos estos beneficios no han conseguido erradicar la “muerte social” ocasionada por el estigma y la discriminación asociada al VIH, ya que las quejas por violaciones a los derechos humanos y las prácticas discriminatorias en contra de las personas que viven con el VIH y sus familias no dejan de ser una lamentable constante.

La prohibición de la aplicación de pruebas de detección de VIH como requisito de contratación en el IMSS

Ya sea como una respuesta con pretensiones científicas o debido a los prejuicios y el temor, aún persiste la idea de exigir la aplicación obligatoria de pruebas de detección del VIH por diversos motivos:¹¹ por vivir como internos en el sistema penitenciario, como requisito previo para contraer matrimonio, como condición para viajar a algunos países o para obtener un empleo, entre otros muchos casos. He aquí el contexto en que podrían explicarse, aunque no justificarse, los casos que han llevado a la aplicación de pruebas de detección de VIH como requisito de contratación de personal en muchos centros de trabajo y, en este caso particular, en el IMSS.

Recibir un diagnóstico de VIH, tras someterse a la realización de pruebas de detección obligatorias, trae consigo diversas consecuencias que colocan a las personas candidatas al empleo en riesgo de convertirse en víctimas al ver vulnerados sus derechos: primero a la igualdad, después a la confidencialidad y luego al trabajo, pues son obligadas a acceder, mediante la firma de un formato de “consentimiento informado” con vicios en la voluntariedad de dicho consentimiento, a la realización de los exámenes de laboratorio, confiando en que dicho diagnóstico no acarree mayores consecuencias negativas para sus vidas y su interacción con la comunidad.

¹¹ En 1995, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) emitió la primera recomendación en relación con el aislamiento y malos tratos a personas con VIH; el sometimiento a la prueba del VIH sin su consentimiento; la revelación de la condición de salud debido a la condición de vivir con VIH, y la negativa de atención médica; todo esto en un centro penitenciario del estado de Chihuahua. De allí vendrían 30 recomendaciones más en esta materia, en lo que toca a acciones de defensa de los derechos humanos, y este trabajo ha continuado.

Conviene analizar detalladamente los elementos que aportan distintas resoluciones, tanto en los ámbitos jurisdiccional como no jurisdiccional, respecto de la aplicación de pruebas de detección de VIH como requisito de contratación para el personal de salud en el IMSS. En primer término, el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (Conapred) emitió el 6 de octubre de 2015 la Resolución por Disposición 7/15, en la que se señala que el IMSS fue responsable de cometer actos discriminatorios, por condición de salud, en contra de personas que fueron sujetas a pruebas de detección de VIH, como requisito de contratación en el propio Instituto.

En seguida se expone una breve relatoría de los hechos discriminatorios, con base en el texto de la resolución en comento: en julio de 2011 el reclamante inició los trámites para ingresar a laborar al Instituto Mexicano del Seguro Social en la categoría de médico general, para lo cual realizó diversos exámenes y se sometió a análisis clínicos, requeridos por la institución. Luego de una semana, le solicitaron que repitiera unos análisis sin especificarle cuáles, por lo que volvió a someterse a ellos.

Para la tercera visita, se le informó que había resultado positivo al VIH. De forma externa se practicó la prueba confirmatoria de VIH. Inició tratamiento médico el 28 de septiembre de 2011, en esa fecha le llamaron del departamento de Medicina Interna para pedirle que se sometiera a un chequeo completo. En el mes de diciembre del mismo año, quiso dar seguimiento a su trámite de contratación, sin éxito alguno y sin que se le informara que no era apto para el trabajo que solicitó.

Acudió entonces con el Coordinador de Salud en el Trabajo en la Delegación del IMSS en Saltillo, quien le dijo que no salió apto y que de ninguna forma podría tener acceso al trabajo para el cual aplicó. Un mes después, el referido coordinador dio respuesta formal en tal sentido, haciendo referencia específica a su no aptitud, por alto riesgo de sufrir daño a la salud tanto para el

propio trabajador como a pacientes y compañeros por patología de fondo.¹²

Del análisis realizado a esta resolución, se observa la necesidad de cambiar el enfoque con el que se realizan los procesos de selección y contratación de personal médico en el Instituto, ya que las personas encargadas de emitir la Evaluación Médica de Aptitud deberán conocer las funciones del puesto laboral para el cual está compitiendo la persona aspirante, con la finalidad de que se realice una valoración objetiva, racional y proporcional de su aptitud físico-médica en correlación directa con las actividades específicas que habrá de desempeñar cotidianamente.

Es decir, la valoración de aptitud o no aptitud para el trabajo no debe determinarse de forma aislada por las condiciones de salud de las personas aspirantes, sino en relación con sus habilidades, aptitudes, destrezas y capacidad para desempeñar el puesto, y en caso de no considerar a la persona aspirante como apta para el trabajo, se deberán asentar en el dictamen las causas que le impidan realizar las actividades requeridas en el perfil del puesto, las cuales deben ser confrontadas, de manera imparcial, con las posibles limitaciones físicas que su estado de salud le ocasiona.

Aquí aparece un aspecto que permite observar con claridad ciertas semejanzas existentes entre la realidad que enfrentan las personas con discapacidad para acceder al empleo competitivo y la de quienes viven con VIH, no porque el hecho de vivir con el virus de inmunodeficiencia humana constituya en sí mismo una discapacidad, sino porque la concepción generalizada que la sociedad suele tener respecto de las personas con discapacidad implica que, debido a su condición de salud, están limitadas o

¹² Conapred, *Resolución por Disposición 7/2015* [en línea]. <<http://www.conapred.org.mx/userfiles/files/Proyecto%20RPD%20R%2078%20%2812%29%20final%20ok%20KN%207-15INACC.pdf>> [Consulta: julio, 2020].

son incapaces de incluirse laboralmente y desempeñar actividad productiva alguna.¹³

Sin embargo, los abordajes más recientes en materia de inclusión laboral de este colectivo muestran que dicha inclusión no sólo es posible, sino que resulta más eficaz cuando se toman en cuenta las aptitudes, habilidades, destrezas y competencias de quienes aspiran a algún puesto específico y se empatan con los requerimientos particulares de las actividades que habrán de realizar; es decir, se efectúan paralelamente la evaluación del perfil personal de quien aspira al empleo y el análisis del puesto que habrá de ocupar.

El Conapred resolvió en este caso que el IMSS debe garantizar la no repetición del acto y se abstendrá de tomar muestras de sangre a las personas aspirantes a laborar en el referido Instituto, a fin de evitar que se realicen pruebas de detección de VIH como requisito para obtener el empleo; y, paralelamente, trabajará con las áreas responsables de llevar a cabo los procesos de contratación de personal, a fin de realizar las modificaciones normativas correspondientes.

El IMSS, afirma el Conapred en su resolución, deberá realizar las acciones necesarias para que el personal responsable de la Evaluación Médica de Aptitud conozca de manera específica las actividades y funciones esenciales del puesto laboral para el cual

¹³ La discapacidad no es una enfermedad o una deficiencia. Cabe mencionar que, de acuerdo con la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF), la discapacidad es un término genérico que abarca deficiencias, limitaciones a la actividad y restricciones a la participación. Se entiende por discapacidad la interacción entre las personas con alguna condición de salud y los factores personales, contextuales y ambientales en su entorno, ya sea físico o social. En este sentido, sería erróneo considerar el fenómeno de la discapacidad como exclusivamente médico o de salud. Véase <<http://www.deis.cl/clasificacion-internacional-del-funcionamiento-de-la-discapacidad-y-de-la-salud-cif/>> [Consulta: junio, 2019].

está compitiendo la persona aspirante, lo cual incluye la asignación de servicio al que será adscrita, con la finalidad de que el referido personal pueda realizar una valoración objetiva, racional y proporcional de su aptitud físico-médica en correlación con las actividades que realizará la persona aspirante.

Asimismo, habrá de garantizarse la no repetición del acto. Es decir, se abstendrán de tomar muestras de sangre a las personas aspirantes a participar en el proceso para ingresar a laborar al referido Instituto, a efecto de evitar que se realicen pruebas de detección de VIH como requisito para obtener empleo, ello en cumplimiento de la Norma Oficial Mexicana para la Prevención y Control de la Infección por Virus de la Inmunodeficiencia Humana NOM-010-SSA2-1993,¹⁴ garantizando el derecho al trabajo, así como a la igualdad y no discriminación.

En el último punto resolutivo emitido por el Conapred se advierte que el IMSS deberá dar aviso a la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas de la presente resolución, para que, una vez que se haya agotado el procedimiento legal que conforme a derecho proceda y en colaboración con la misma, se le repare integralmente a la persona agraviada por concepto de daño material e inmaterial ocasionado por las violaciones a sus derechos humanos. Asimismo, se le deberá inscribir en los programas de apoyo social, médicos y de rehabilitación física o psicológica que requiera.¹⁵

¹⁴ En la resolución del Conapred se hace referencia a la NOM-010-SSA2-1993. El más alto tribunal de la nación sostiene que el Consejo no estaba obligado a hacer una relación exhaustiva sobre la regulación específica en el tema de padecimientos infecto-contagiosos y riesgos biológicos en el personal de salud, ya que está contenida en la Norma Oficial Mexicana NOM-010-SSA2-2010. Véase Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo Directo 43/2018 [en línea]. <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2019-01/A.D.%2043.-2018..pdf> [Consulta: julio, 2020].

¹⁵ Conapred, *Resolución por Disposición 7/2015*, *op. cit.*

En el Amparo Directo 43/2018¹⁶ de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (scjn), la Segunda Sala consideró como discriminatorio el hecho de que el IMSS establezca este condicionamiento para la contratación del personal médico, principalmente porque viola el derecho a la igualdad al negar el acceso al empleo de una persona por causa de su condición de salud, lo cual es contrario al artículo primero constitucional. El segundo argumento expuesto por la Suprema Corte es razonable, aunque no tiene suficiente profundidad, ya que solamente se limita a afirmar que la realización de estas pruebas a las personas aspirantes no redundaría en la protección de la salud de otras personas, porque aún no forman parte del personal médico y, en consecuencia, no hay razón que justifique la invasión a la privacidad de las personas solicitantes porque, al no brindar atención al público, no representan riesgo alguno ni para pacientes, ni para el resto del personal. Aquí conviene hacer notar que el criterio del máximo tribunal de la nación para afirmar el carácter discriminatorio de esta disposición se sostiene en el hecho de que, por su condición de *aplicantes*,¹⁷ estos médicos o médicas aún no se encuentran en contacto con la población beneficiaria de los servicios que brinda el IMSS; no obstante, hay que hacer notar que habría sido deseable una referencia más contundente a la necesidad de proteger los derechos de las personas que viven con VIH, particularmente en lo que se refiere al ejercicio de la profesión médica.

La pertinencia del tercer argumento también podría ser cuestionable, en cierto grado, pues parece atender solamente a los derechos de terceros: “la protección al derecho a la salud [...] se cumpliría con la posibilidad de realizar el examen de VIH/sida una vez que la persona haya sido contratada, ya que con ello se

¹⁶ SCJN, *Amparo Directo 43/2018*, *op. cit.*

¹⁷ A partir de la lectura del texto puede inferirse que el término *aplicantes* hace referencia a las personas candidatas que habrán de ser examinadas tras postularse para ocupar una posición como parte del personal médico en el IMSS.

permite que las instituciones de salud tomen las medidas necesarias para que el VIH del trabajador no genere afectaciones en los pacientes o el propio personal”.¹⁸ En seguida advierte que la legislación aplicable en este caso protege a quienes viven con VIH de ser discriminados en la práctica de la profesión médica y al mismo tiempo prevé que la condición de VIH del personal médico no afecte a las y los pacientes o al personal.

En consecuencia, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación avaló la aplicación de exámenes de VIH al personal médico del IMSS, lo mismo que de otras instituciones de salud, a condición de que se realicen después de la contratación y se tenga en cuenta el cumplimiento de lo dispuesto en la Norma Oficial Mexicana NOM-010-SSA2-1993;¹⁹ es decir, que su finalidad se limite a propiciar que las instituciones de salud pongan en práctica los protocolos de seguridad y las medidas necesarias para que la condición de la persona trabajadora con el VIH no constituya un riesgo para la salud de las y los pacientes y el resto del personal médico, al mismo tiempo que prohíban solicitar pruebas de detección de VIH/sida como requisito para obtener empleo, y aclaran que éstas no deben ser utilizadas como causal médica para afectar los derechos humanos fundamentales.

En el texto del amparo en cuestión, se ejemplifica la posibilidad de limitar la práctica de cirugías u otros procedimientos que pudieran representar un riesgo²⁰ para la o el paciente y se aclara de manera tajante que los resultados de estas pruebas no deben ser motivo del despido de la persona trabajadora. También

¹⁸ SCJN, *Amparo Directo 43/2018*, *op. cit.*

¹⁹ Es necesario aclarar que esta referencia a la norma oficial mexicana de 1993 se hace a pesar de que la vigente a la fecha de la sentencia era la NOM-010-SSA2-2010, que también aparece referida en el amparo.

²⁰ Es indispensable hacer la aclaración de que el riesgo de transmisión del VIH del personal médico a las y los pacientes es nulo y no se ha documentado ni un solo caso en el mundo.

se añade la aclaración de que este examen solamente debe aplicarse en aquellas áreas o especialidades en las que haya un riesgo “razonable y objetivo” de infección para el personal o las y los pacientes, según la naturaleza del trabajo médico de que se trate.

Es importante considerar que a juicio de la Corte y con el fin de no incurrir en prácticas discriminatorias, el examen debería aplicarse de manera general a todo el personal del área o especialidad respectiva y no individualizada a una sola persona trabajadora. Con la intención de salvaguardar la confidencialidad de los resultados de las pruebas, en correspondencia con lo estipulado en las normas oficiales de referencia, la Suprema Corte advierte que éstos no deberán publicarse y sólo habrán de ser del conocimiento de quienes sean estrictamente responsables y corresponsables de la aplicación de las medidas necesarias para garantizar la protección de la salud del resto del personal médico y las y los pacientes. Ahora bien, al respecto de lo anterior, conviene hacer algunas reflexiones de orden ético y preguntarnos si realmente existen razones justificadas para sostener la aplicación de este tipo de medidas; toda vez que no debería obligarse a nadie, bajo ninguna circunstancia, a exponer públicamente su estado de salud o, concretamente en este caso, su condición de seropositividad, sobre todo cuando es evidente que al hacerlo pone en riesgo la estabilidad en prácticamente todos los aspectos de su vida a causa del estigma y, particularmente, su acceso al empleo y la posibilidad de ejercer su derecho al trabajo. Cabe hacer entonces la siguiente pregunta: ¿hasta qué punto se puede considerar eficaz la aplicación de estas medidas para reducir las posibilidades y los riesgos de transmisión, considerando la relación costo-beneficio?

A lo largo de este artículo se han mostrado algunos aspectos coincidentes entre la realidad social que viven las personas con discapacidad en nuestro país y quienes viven con el VIH o sida. Reconocer estas similitudes permite enriquecer los debates sobre la salvaguarda y protección de sus derechos humanos, particularmente el de no discriminación.

En este sentido, es necesario explicar algunos aspectos de la realidad que circunda a quienes viven la exclusión por causa de la discapacidad para comprender mejor las valiosas aportaciones de la Recomendación 25/2017 de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) sobre el caso de violaciones a los derechos humanos a la igualdad y no discriminación, a la legalidad y al trabajo en su modalidad de impedir el acceso al trabajo, cometidas en agravio de una víctima en el estado de Oaxaca. Para ello, se hará una relatoría del caso y después se establecerán sus vínculos con la perspectiva de discapacidad.

En 2013, el IMSS emitió una convocatoria para ocupar diversas plazas en su bolsa de trabajo y, al considerar que reunía los requisitos, la víctima se inscribió para postularse en la categoría de auxiliar de enfermería general. En agosto del 2014 acudió al Centro de Capacitación de la Delegación del Instituto en Oaxaca para presentar el examen psicolaboral. El 19 de septiembre de ese mismo año, se le informó que había sido aprobado y debía presentarse en el Hospital General de Zona número 3 en Tuxtepec, Oaxaca (HGZ-3) para que se le practicara el examen médico correspondiente; la víctima acudió al HGZ-3, lugar en el que firmó una orden de estudios que incluía la prueba del VIH, misma que se le practicó días después. A finales de octubre del mismo año, la víctima se presentó en el Área de Medicina de Trabajo del HGZ-3, donde se le informó que resultó positivo en la prueba de VIH, por lo que no podía otorgársele un dictamen de aptitud para continuar en el proceso de selección de auxiliar de enfermería; sin embargo, se le advirtió que recibiría una prórroga de seis meses para que iniciara un tratamiento antirretroviral y, al término del mismo, tendría que programar una cita para presentar sus estudios de cargas virales y, una vez que se obtuviera el diagnóstico, se le valoraría de forma integral por las especialidades de epidemiología y medicina interna, de conformidad con el procedimiento correspondiente.

A efecto de continuar en el proceso de selección para ocupar la plaza de auxiliar de enfermería, la víctima recibió atención médica en el Área de Epidemiología en el HGZ-3; sin embargo, en junio de 2015, se le informó que el IMSS ya no necesitaba personal. En julio, la víctima acudió al Instituto para manifestar que el periodo de seis meses ya había transcurrido y deseaba continuar con el proceso de selección. En consecuencia, se le solicitaron datos sobre el dictamen de aptitud y posteriormente se le informó que no podía emitirse dicho dictamen sin consultar previamente al departamento de Prestaciones Médicas y Medicina del Trabajo. Posteriormente, al solicitar información respecto del avance de su trámite, se le informó que fue dictaminado como “No Apto” para la categoría de auxiliar de enfermería, por lo que la víctima consideró que tal determinación obedecía a su condición de salud.

Como se ha dicho, esta índole de discriminación opera de la misma manera que en otros casos y es detonante de una condición de imposibilidad de encontrar las mismas posibilidades de acceso al trabajo que el resto de la población, como en el caso de las personas con discapacidad que ya se ha comentado.²¹ En lo que se refiere particularmente a la discriminación por discapacidad, es importante observar que es un fenómeno que afecta sensiblemente a la mayor parte de esta población en el mundo, sin importar las condiciones de desarrollo económico, cultural y humano en que se desenvuelva y representa uno de los problemas más complejos y recurrentes que enfrenta, pues se manifiesta en múltiples formas e incide negativamente en el desarrollo armónico de su vida diaria.

A pesar de que parece haberse normalizado y pueda pasar desapercibida para la mayoría de las personas con discapacidad, la discriminación contra este grupo de la población influye negativamente en la dinámica de nuestra sociedad. Como ejemplo

²¹ Ricardo Hernández, *op. cit.*

es posible referir la Observación General N° 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC):

La discriminación contra las personas con discapacidad [...] reviste formas diversas, que van desde la discriminación directa, a formas más “sutiles” [...] como [...] la segregación y el aislamiento [...], la negligencia, la ignorancia, los prejuicios y falsas suposiciones [...], la exclusión, la distinción o la separación, las personas con discapacidad se ven muy a menudo imposibilitadas de ejercer sus derechos [...] sobre una base de igualdad con las personas que no tienen discapacidad. Los efectos de la discriminación basada en la discapacidad han sido particularmente graves en las esferas de la educación, el empleo.²²

Aunque esta Observación se refiere a los derechos económicos, sociales y culturales, la segregación que pesa sobre las personas con discapacidad afecta también sus derechos civiles y políticos. Lo cierto es que algunas personas con discapacidad ven limitado el ejercicio de su capacidad jurídica, lo mismo para contraer matrimonio que para formalizar contratos.

Como resulta evidente, en el fragmento citado de la referida Observación General del Comité DESC, se ven claramente las convergencias que se presentan entre los casos de discriminación por discapacidad y la que enfrentan quienes viven con VIH o sida. Ahora bien, con estas ideas en el horizonte, resultará más fácil comprender la trascendencia de las aportaciones hechas en la Recomendación 25/2017 de la CNDH. Aunque es evidente que

²² Organización de las Naciones Unidas (ONU), *Observación General N° 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (1994) [en línea]. <<https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-5-personas-con-discapacidad>> [Consulta: junio, 2019].

convivir con el VIH no es *per se* una situación de discapacidad, no es posible negar que las barreras actitudinales que enfrenta una persona por vivir con el virus la colocan en una condición análoga a la que viven quienes enfrentan la discapacidad, ya que la situación médica puede potenciar la presencia de obstáculos diversos, sobre todo de carácter social.

Ha quedado claro, en los ejemplos aquí citados, que las instancias del Estado suelen escudarse en la protección de la salud pública para restringir los derechos humanos relacionados con el estado de salud de una persona y cometen discriminación; pero es importante aclarar que dicha discriminación viene tras el estigma y se manifiesta en el trato injusto que recibe una persona en razón de su estado serológico respecto del VIH, ya sea éste un hecho percibido o real.

En cualquier caso, no debería haber discriminación o estigmatización contra las y los trabajadores, ni contra quienes buscan empleo, a causa de su estado serológico, sea real o supuesto, en relación con el VIH. Al respecto hay que considerar el hecho de que las personas en etapa de sida serán aquellas que tengan una determinación de linfocitos CD4 menores a 200 células/mm³, ya que la mayoría de las enfermedades oportunistas ocurren cuando el conteo de CD4 es menor a 200 células/mm³. El riesgo de desarrollarlas persiste en los primeros meses posteriores al inicio del tratamiento antirretroviral, con frecuencia es inversamente proporcional al punto bajo del conteo de células CD4, por lo que la exclusión de las personas que viven con VIH en el ejercicio de las profesiones médica y de enfermería carece de un sustento científico objetivo y se basa, igual que la que priva hacia las personas con discapacidad, principalmente en los prejuicios.

En este sentido, como parte del fundamento de la Recomendación a que se hace referencia, la CNDH consultó al Censida, que emitió la siguiente opinión técnica:

entre otras cuestiones, se determina que el riesgo de V (la persona quejosa) a infecciones oportunistas al momento del procedimiento de selección, era similar al de una persona sin VIH, así como que una persona con VIH en tratamiento antirretroviral y en control viral, puede realizar todas las actividades que las personas sin infección por VIH.²³

La Recomendación 25/2017 es contundente al señalar que los profesiogramas de auxiliares de enfermería van dirigidos a la prestación de servicios a las personas usuarias derechohabientes, que involucran el apoyo al personal de enfermería general y no se pone en riesgo alguno a la persona usuaria cuando se utilizan correctamente las medidas de precaución universal. En los reglamentos para el reclutamiento de personal, deben derogarse las pruebas obligatorias de VIH para la contratación de personal porque son discriminatorias y contrarias al orden constitucional vigente.

Aquí cabe mencionar otro caso paradigmático: el del personal militar que vive con VIH o sida en México.²⁴ En esta revisión, por primera vez la SCJN admitió pruebas de carácter técnico pericial en esta etapa procesal, lo cual no preveía la Ley de Amparo vigente en ese momento.

²³ CNDH, *Sobre el caso de violaciones a los derechos humanos a la igualdad y no discriminación, a la legalidad, y al trabajo en su modalidad de impedir el acceso al trabajo, cometidas en agravio de V, en el estado de Oaxaca*. Recomendación 25/2017. México, 26 de junio, 2017 [en línea]. <http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/2017/Rec_2017_025.pdf> [Consulta: junio, 2019].

²⁴ En febrero de 2007 el proyecto fue propuesto por el ministro José Ramón Cossío Díaz y fue la primera vez en que la Corte solicitó el apoyo de especialistas en ciencias médicas para que explicaran los padecimientos que pueden cursar quienes viven con VIH o sida. Este criterio se convirtió en jurisprudencia en junio de aquel año.

Dos de los principales motivos de queja por violaciones a los derechos humanos cometidas en contra de miembros de las fuerzas armadas fueron la recisión de la relación laboral y la negativa de atención médica debida a la condición de seropositividad o de sida. Además, sufrieron tratos ofensivos y discriminatorios; en varios casos se realizó la revelación indebida de su condición de salud, negligencia médica o, en ocasiones, la falta de notificación del diagnóstico.

La CNDH aborda en la Recomendación 49/2004 el asunto de la práctica de la prueba de detección del VIH sin consentimiento informado ni consejería, sin notificación adecuada del resultado y sin la existencia de condiciones de respeto al anonimato y la confidencialidad. Aunque el artículo 178 de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas (ISSFAM) le otorga la facultad a este Instituto para realizar pruebas médicas regulares, carece de autoridad para aplicar pruebas de detección del VIH sin consentimiento informado, lo que contraviene el punto 6.3.5 de la Norma Oficial Mexicana para la Prevención y Control de la Infección por Virus de la Inmunodeficiencia Humana NOM-010-SSA2-2010.

Un ejemplo de ello es la Recomendación 49/2004 relativa al caso de un marino a quien no se le respetaron algunos de los derechos contenidos en la normativa NOM-010-SSA2-1993, modificada en 1999, entonces vigente. Allí mismo, la CNDH aclaró que la norma oficial no limita las facultades de la Secretaría de Marina (Semar) para realizar exámenes de diagnóstico del VIH, pero establece como condición obtener el consentimiento informado. Dicha norma es de observancia obligatoria en todo el país para el personal que labora en las unidades de servicios de salud de los sectores público, social y privado del Sistema Nacional de Salud. Por esta razón, tanto la Semar como la Secretaría de la Defensa Nacional (Sedena) deben acatar lo referente al derecho a la privacidad de la persona que vive con el VIH, de conformidad con el principio ético del secreto médico y el derecho a la infor-

mación sobre los tratamientos propuestos y las opciones disponibles como parte de los servicios de consejería para el periodo inmediato posterior al diagnóstico.

En el artículo 226 de la Ley del ISSFAM se establecen las condiciones de salud que causan retiro de las Fuerzas Armadas por inutilidad. Allí se mencionaba el VIH entre las que originaban la baja de los militares en estado de seropositividad, bajo el rubro de “inutilidad contraída en actos fuera del servicio”, ya que, en su segunda categoría, fracción 45, especificaba la baja por “la seropositividad a los anticuerpos contra los Virus de la Inmunodeficiencia Humana confirmada con pruebas suplementarias”. Estas distinciones generaban un impacto negativo en la apreciación de quienes resultaban “inútiles” debido a condiciones de salud contraídas en el cumplimiento del trabajo y también mermaba el ingreso de las familias de los militares que vivían con VIH, al mismo tiempo que imponía serios obstáculos para el acceso a los servicios de salud.

La baja de los militares por seropositividad se fundaba en la ley del ISSFAM, considerada como discriminatoria, y que, al ser revisada por la Suprema Corte, se determinó su inconstitucionalidad en los amparos resueltos. Cabe mencionar que, tras acumularse la quinta sentencia consecutiva en el mismo sentido, en octubre de 2007 se sentó jurisprudencia y la SCJN declaró inconstitucional el artículo 226, segunda categoría, fracción 45, que viola el artículo 1º de la Constitución Federal, ya que, al implicar una distinción legal entre los integrantes de las Fuerzas Armadas Mexicanas, viola las garantías de igualdad y no discriminación. La Corte consideró que ese apartado era inadecuado, puesto que la ciencia médica y la Norma Oficial Mexicana para la Prevención y Control de la Infección por el VIH reconocen claramente los medios de transmisión y, consecuentemente, queda claro que los inhabilitados no representan ningún peligro para sus compañeros; desproporcional, puesto que la legislación hace posible su cambio de adscripción a un área diferente, de acuerdo

con las aptitudes físicas durante el desarrollo de la condición de salud, tal como ocurre en otros casos, y carente de razonabilidad jurídica, ya que no existen bases para justificar que inutilidad y seropositividad a anticuerpos del VIH sean equivalentes.²⁵

Conclusiones

En el recorrido hecho hasta aquí, desde la Resolución del Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación hasta la Recomendación de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, pasando por el Amparo Directo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se nota una clara evolución en el desarrollo argumentativo del por qué resulta discriminatorio el requisito de la aplicación de pruebas de detección de VIH para la contratación en el Instituto Mexicano del Seguro Social.

Es claro que la profundización en el ámbito de los derechos humanos ha permitido hacer las aportaciones más sólidas y contundentes al respecto, pues ha sido posible transitar de la utilización de argumentos sustentados en la protección de la salud de las personas derechohabientes y el establecimiento de ciertas condiciones bajo las cuales resulta permitida la aplicación de exámenes diagnósticos de VIH, a la comprensión de que el estigma y la discriminación no tienen otro origen que los prejuicios y la ignorancia; y que la exclusión y el trato injustamente diferenciado que enfrenta esta población a causa de su condición de salud no puede justificarse de ninguna manera.

La comprensión que aporta el abordaje de este tema con una mirada análoga a la que plantean tanto la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad²⁶ como la Clasi-

²⁵ Ricardo Hernández y Omar Mendoza, *VIH/sida y derechos humanos en México: el caso de los militares*, México, CNDH, 2011, pp. 14-18.

²⁶ Dentro del colectivo de personas con discapacidad habrá de incluirse a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales

ficación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud permite apreciar claramente cómo las barreras impuestas por el entorno —social— impiden la participación igualitaria de este grupo potencialmente vulnerable en todos los aspectos de la vida y, en el caso particular que nos ocupa, en el desarrollo de una actividad productiva o profesional.

Aunque he dejado en claro que la experiencia de vida con VIH no es exactamente como la de las personas con discapacidad, lo cierto es que ambos grupos sociales ven constantemente vulnerada su privacidad en muchos aspectos dentro del sistema de salud; es por ello que ésta debe ser considerada como un elemento fundamental para lograr que quienes enfrentan estas situaciones dejen de ser objeto de prácticas discriminatorias, ya que, como ha quedado claro, incluso el consentimiento informado —que constituye un derecho de toda persona con VIH o no— ha sido utilizado de forma inapropiada para someterlas a pruebas de detección del virus, cuyos resultados han servido como excusa para impedir su acceso al empleo, violando su derecho al trabajo y dejándolas al margen de la participación económicamente activa.

Los recursos más eficaces para combatir los prejuicios, para impulsar la promoción del respeto a los derechos humanos consagrados en el marco constitucional y para transformar la realidad en torno de la discriminación son la información y la educación. Es universalmente conocido que el derecho más importante de todas las personas es el derecho a la vida pero, sobre todo, en condiciones de dignificación, en las que no se ponga en riesgo el

a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. ONU., *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo* [en línea]. <<https://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-s.pdf>> [Consulta: junio, 2019].

derecho a la igualdad y la no discriminación. El derecho a la salud y el derecho al trabajo son muy importantes pues favorecen el acceso a la justicia distributiva y la construcción del bien común.

Aun cuando es cierto que estos derechos, a la igualdad, a la no discriminación y a la protección de la salud, están contenidos en nuestra Constitución, así como en los tratados internacionales de los que México forma parte, lo mismo que en las leyes y las normas que abordan el tema, lo cierto es que, en última instancia, el cumplimiento de esas obligaciones y de su aplicación práctica en el día a día es responsabilidad de cada una y cada uno de nosotros, de la sociedad entera.

Deseo que la información contenida en estas páginas contribuya a la construcción de una sociedad más justa e igualitaria, en la que cada vez haya menos barreras, menos marginación, menos exclusión y menos discriminación contra las personas a causa de su condición de salud. Que este breve trabajo sirva también para exponer los absurdos motivos con los que, muchas veces, pretenden justificarse actitudes contrarias a la dignidad de quienes viven con VIH, lo mismo que de las personas con discapacidad.

Resulta interesante observar los distintos caminos por los que tres instancias con la encomienda institucional y legal de velar por el derecho a la no discriminación lo hicieron en el caso de la aplicación de pruebas de detección de VIH a aspirantes a laborar en el IMSS. Es notable analizar detenidamente los efectos de las distintas estrategias de esa defensa.

Bibliografía

- CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION (CDC), *Morbidity and Mortality Weekly Report*, junio 1, 2001, vol. 50, núm. 21 [en línea]. <<https://www.cdc.gov/mmwr/pdf/wk/mm5021.pdf>>.
- CENTRO NACIONAL PARA LA PREVENCIÓN Y EL CONTROL DEL VIH Y EL SIDA (CENSIDA), *Vigilancia epidemiológica de casos de VIH/sida en México. Registro Nacional de Casos de Sida*, actualización al 31 de marzo de 2019 [en línea]. <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/468354/RN_1erTrim_2019.pdf>.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), *Violencia contra personas LGBTI*. Washington, D. C., CIDH, 2015. OAS/Ser. L/V/II.rev.2 Doc. 36. [en línea] <<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonaslgbti.pdf>>.
- COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (CNDH), *Sobre el caso de violaciones a los derechos humanos a la igualdad y no discriminación, a la legalidad, y al trabajo en su modalidad de impedir el acceso al trabajo, cometidas en agravio de V, en el estado de Oaxaca*. Recomendación 25/2017. México, 26 de junio, 2017 [en línea]. <http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Recomendaciones/2017/Rec_2017_025.pdf>.
- CONSEJO NACIONAL PARA PREVENIR LA DISCRIMINACIÓN (CONAPRED), *Encuesta Nacional sobre Discriminación 2017. Prontuario de resultados* [en línea], México, Conapred, 2018. <https://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/Enadis_Prontuario_Ax.pdf>.
- CONSEJO NACIONAL PARA PREVENIR LA DISCRIMINACIÓN (CONAPRED), *Resolución por Disposición 7/2015* [en línea]. <<http://www.conapred.org.mx/userfiles/files/Proyecto%20RPD%20R%2078%20%2812%29%20final%20ok%20KN%207-15INACC.pdf>> [Consulta: julio, 2020].

- HERNÁNDEZ, RICARDO, *Recomendaciones de la CNDH relacionadas con el VIH y el sida*. México, CNDH, 2018.
- HERNÁNDEZ, RICARDO Y OMAR MENDOZA, *VIH/sida y derechos humanos en México: el caso de los militares*, México, CNDH, 2011.
- INFANTE, CÉSAR, ÁNGEL ZARCO, SILVIA CUADRA, KEN MORRISON, MARTHA CABALLERO, MARIO BRONFMAN Y CARLOS MAGIS, “El estigma asociado al VIH/sida: el caso de los prestadores de servicios de salud en México”, *Salud Pública en México*, vol. 48, núm. 2, mar./abr. 2006.
- MELGAR, MAURICIO, “La existencia con discapacidad: bordeando entre lo unívoco y lo equívoco”. En Mauricio Melgar y Arturo Mota (coords.), *Humanidad y discapacidad: una lectura hermenéutico-analógica de los derechos de las personas con discapacidad en México*. México, CNDH, 2015.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU), *Observación General N° 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (1994) [en línea]. <<https://www.escri-net.org/es/recursos/observacion-general-no-5-personas-con-discapacidad>> [Consulta: junio, 2019].
- SISTEMA DE VIGILANCIA EPIDEMIOLÓGICA DE VIH/SIDA, *Registro Nacional de Casos de Sida*. Actualización al 31 de marzo de 2019 [en línea]. <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/468354/RN_1erTrim_2019.pdf>.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (SCJN), *Amparo Directo 43/2018* [en línea]. <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2019-01/A.D.%2043.-2018..pdf> [Consulta: julio, 2020].

La posibilidad de transmisión de VIH como motivo de discriminación: una injusticia a todas luces

Ricardo Baruch Domínguez*

Comienzo contándoles la anécdota de un amigo médico que trabaja en un hospital importante de la ciudad de Puebla. Él vive con VIH desde hace algunos años. A pesar de que Puebla es una ciudad bastante grande, mi amigo siempre ha temido que alguien lo vea y lo reconozca en el Centro Ambulatorio para la Prevención y Atención en Sida e Infecciones de Transmisión Sexual (CAPASITS, la clínica de VIH de la ciudad) por lo que mes con mes se traslada al CAPASITS de Tlaxcala, donde nadie lo conoce y no “corre el riesgo” de que alguien ponga en duda el hecho de que un médico que tiene el virus está tratando pacientes. Él sabe perfectamente que no existe ningún riesgo de transmitir el VIH a alguno de sus pacientes, pero también sabe perfectamente que los prejuicios que aún tienen muchos de sus compañeros podrían poner en duda la idoneidad de su desempeño como médico dado su estatus de salud.

La situación de mi amigo refleja una verdad muy común en el país: el estigma y la discriminación siguen siendo un fuerte

* Doctor en salud pública. Oficial de incidencia para América Latina y el Caribe de la Federación Internacional de Planificación Familiar, Organización Mundial de la Salud

combustible de la epidemia, y aun en espacios donde la gente conoce los mecanismos de transmisión del VIH pueden darse situaciones de rechazo. Para ilustrar mejor la situación vemos que, de acuerdo con los resultados de la Encuesta Nacional sobre Discriminación en México (Enadis) 2017,¹ 35.2% de las personas encuestadas creen que convivir con personas con VIH siempre representa un riesgo. Dicha cifra baja a 23% en personas menores de 30 años. Sin embargo, aun así resulta preocupante el alto nivel de desconocimiento o desconfianza, dado que desde inicios de la epidemia en los años 80 se ha insistido en que las únicas formas de transmisión son la vía sexual, la sanguínea y la perinatal, es decir, de una madre a su hija o hijo. Otro número preocupante que resulta de la Enadis es que 56.6% de las personas encuestadas no permitirían que su hijo o hija se casara con una persona que vive con VIH.

Aunque en México la discriminación por estado de salud está prohibida por el artículo 1º de la Constitución, la verdad es que está muy normalizada en muchos ámbitos. Aún se expulsa a niños de escuelas por vivir con VIH, aún se prohíbe la donación de sangre a personas con más de una pareja sexual por temor al VIH, aún se hacen esterilizaciones forzadas a mujeres con VIH para que no tengan hijas o hijos y aún se despide a gente de sus trabajos por vivir con VIH, como lo han documentado decenas de quejas interpuestas en la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.²

¹ Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (Conapred). *Encuesta Nacional sobre Discriminación 2017. Prontuario de resultados* [en línea], México, Conapred, 2018. <https://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/Enadis_Prontuario_Ax.pdf> [Consulta: junio, 2019].

² Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), Informe de actividades del 1 de enero al 31 de diciembre de 2018.

Esta reflexión sobre la discriminación surge a raíz de un caso que llegó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en el que a un médico aspirante a trabajar en el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) se le negó acceder al empleo dado que vivía con VIH. La medida del IMSS para rechazarlo fue justificada bajo el hecho de que podría poner en riesgo a las personas que atendiera, a pesar de que su labor nada tendría que ver siquiera con el manejo o contacto con fluidos corporales. A raíz de una queja interpuesta por la víctima, el Conapred analizó el caso y emitió la Resolución por Disposición 7/15,³ en la que este Consejo manifestó que vivir con VIH no debe ser motivo de discriminación para “ejercer la práctica médica e incluso realizar procedimientos invasivos donde hay riesgos de que una lesión del trabajador pueda resultar en exposición con tejido abierto”, es decir, incluso en operaciones donde se podría dar el caso más extremo de una posibilidad de contacto cuando un cirujano tuviera una cortada y su sangre cayera en los órganos expuestos del paciente, por ejemplo.

El caso tardó años en llegar a la Suprema Corte, instancia que en 2018 otorgó un amparo en el que se habla de que en el caso no había un “riesgo razonable”, es decir, asume que sí puede haber un riesgo y, por tanto, “se necesita que las pruebas de detección se las hagan a todos los que ya laboran en el IMSS pero por un sentido personal y no de los otros”. Aquí entra la pregunta, ¿por qué habrían de hacerse la prueba el personal médico y no una persona que atiende a un cliente detrás de un mostrador de teléfonos o alguien que se dedica a poner uñas de gel? La verdad es que todas y todos tienen la misma probabilidad de transmitir el VIH a sus usuarias/os: cero. Efectivamente sería ideal que todas las personas se pudieran hacer la prueba de VIH, pero de forma informada y voluntaria, y no con base en su perfil laboral.

³ Conapred, *Resolución por Disposición 7/15*.

A continuación, me gustaría explicar la información científica detrás del caso en cuanto a las vías de transmisión y a la posibilidad de transmisión para que no queden dudas. Según un metaanálisis del Centro para el Control y Prevención de Enfermedades (CDC, por sus siglas en inglés) del gobierno de los Estados Unidos publicado en 2014, la posibilidad de que exista transmisión del VIH de una persona a otra es predominantemente sexual —penetración anal y vaginal, para ser precisos— seguida por la sanguínea en el intercambio de agujas y jeringas entre personas usuarias de drogas inyectables y, por último, la transmisión vertical de una madre a su hijo o hija durante el embarazo, el parto o la lactancia. Cualquier otra forma de transmisión es muy extrema, incluso prácticas que antes se creía que podrían transmitir el virus como el sexo oral.

El riesgo de que una persona profesional de la salud pueda transmitirle el VIH a un paciente es prácticamente nulo. Por el contrario, quienes laboran en clínicas y hospitales (personal médico, de enfermería, de camillas, incluso de limpieza) sí tienen riesgo de adquirir algún agente patógeno, pero es muy poco común que llegue a ser VIH. En México, las enfermedades nosocomiales más comunes son la neumonía, la infección quirúrgica y la infección de vías urinarias, pero no infecciones de tipo viral y mucho menos VIH. Es decir, el personal de salud sí tiene que

cuidarse de la transmisión de enfermedades infecto-contagiosas por parte de los pacientes, pero no al revés.

La transmisión del VIH como resultado de la pinchadura con un objeto punzocortante en clínicas y hospitales por parte del personal de salud es muy poco probable, no sólo porque este tipo de accidentes no son tan comunes, sino además porque para estos casos es posible usar la profilaxis post exposición, mejor conocida como PEP, la cual consiste en un tratamiento antirretroviral que debe consumirse durante un mes para evitar una posible transmisión del virus. Cabe mencionar que la PEP en México está recomendada no sólo para estas situaciones sino también para personas que han sido víctimas de violencia sexual y también para personas que pertenezcan a una población clave y que hayan tenido algún contacto sexual de riesgo.

Ahora, ¿qué pasa en el caso del personal de salud que ya vive con VIH? Se ha demostrado a través de diversos estudios que una persona con VIH que tiene acceso al tratamiento y llega a tener una carga viral indetectable⁴ no puede transmitir el virus a otra persona por ninguna vía. A esta circunstancia se le ha llamado indetectable = intransmisible. Es decir, suponiendo el caso de una médica o médico que vive con VIH y toma medicamento antirretroviral, incluso una cirujana o cirujano que está expuesto a tejido abierto, no podría transmitir el virus en caso de algún accidente en el que pudiera caer sangre de ésta o éste sobre el paciente. A la indetectabilidad del virus se le llama tratamiento como prevención, ya que la persona con VIH usa tratamiento para mantenerse saludable pero también cumple la función de evitar la transmisión a otras personas.

⁴ La indetectabilidad significa que la cantidad de copias de VIH en el cuerpo es tan pequeña, que éste no tiene la capacidad de afectar el organismo de la persona y, además, que no se pueda transmitir a otra. La indetectabilidad no significa que ya no haya virus, sino que está “desactivado”, pero tan pronto una persona deja de tomar tratamiento, éste se puede activar nuevamente.

Los avances científicos en materia de VIH han sido importantes en la última década: pruebas rápidas de detección que permiten identificar anticuerpos en sólo tres semanas; profilaxis pre y post exposición que previene la transmisión del VIH antes o después de un contacto de riesgo; medicamentos que permiten a quien vive con VIH poder tener una esperanza de vida igual que la de quienes no tienen el virus, entre otros. Desafortunadamente, el estigma y la discriminación representan los principales obstáculos para que las personas puedan acceder a la detección oportuna, la prevención y el tratamiento. Actitudes y acciones de rechazo por parte de familia, amistades, pareja, escuela y trabajo hacen que quienes han tenido comportamientos sexuales de riesgo no se acerquen a pedir pruebas de VIH por temor a recibir el resultado. Hacen que no se pueda negociar el uso del condón en una relación por miedo a ser catalogados de promiscuos. Hacen que personas con VIH que ya saben su estatus no se acerquen a pedir tratamiento por miedo a ser descubiertas.

La discriminación institucional como la que se dio en el Ejército y en el IMSS son la punta del iceberg de una realidad que es más común de lo que creemos; de una serie de prejuicios que, a 35 años de la llegada del VIH a México, no nos hemos logrado sacudir. Hoy en día, aún existen otros temas pendientes en materia de derechos humanos y VIH, tales como la criminalización de la transmisión de “enfermedades mortales” en los códigos penales de varios estados, la prohibición de la donación de sangre por parte de personas de poblaciones clave y también asuntos más operativos como el desabasto de medicamentos antirretrovirales que comprometen la salud de las personas con VIH y la falta de atención a enfermedades oportunistas.

La prevención del VIH es fundamental, pero ésta no debe basarse en situaciones hipotéticas como la de un médico o médica transmitiéndole el virus a sus pacientes en un hospital. La prevención debe hacerse donde están los verdaderos riesgos: en los espacios donde las personas usuarias de drogas inyectables

intercambian jeringas, en las calles donde se ejerce el trabajo sexual, en las escuelas para adolescentes que están teniendo sus primeras experiencias sexuales, en los centros nocturnos donde se da el ligue sexual, etc. Sin duda también es necesario seguir promoviendo la aplicación de pruebas de VIH para toda la población, ya que, de acuerdo con cifras del Centro Nacional para la Prevención y el Control del VIH y el Sida (Censida),⁵ una de cada tres personas que vive con el virus no lo sabe. Conforme más personas conozcan su estatus, más personas entrarán en tratamiento y habrá menos nuevas infecciones.

Sumado a lo anterior, hace falta un cambio cultural y social, ya que el VIH y el sida no afectarían ni matarían a tantas personas si no hubiera tantos prejuicios a su alrededor. La enorme carga que provoca el VIH no se limita a los problemas físicos sino también a los que ocasiona la discriminación, así que, aun habiendo condones y tratamiento antirretroviral, aun habiendo una vacuna o una cura para el VIH, mucha gente seguiría considerando que el virus es para “malas” personas. Ése es el pensamiento que hay que extirpar también de las instituciones que tienen una normatividad arcaica y basada en el estigma, como la que ocasionó el caso de discriminación expresado en este texto. Asegurémonos que la evidencia científica pueda ser una guía para las políticas y las leyes, en las que se privilegie el conocimiento sobre la segregación. Asegurémonos de que juntos, gobierno, academia, sociedad civil, sector privado y otros actores, lleguemos a detener la epidemia del VIH en el año 2030 con acciones guiadas por los derechos humanos y la solidaridad.

⁵ Centro Nacional para la Prevención y el Control del VIH y el Sida (Censida), *Boletín*, vol. 5, núm. 1, enero-marzo de 2019.

Bibliografía

- CENTRO NACIONAL PARA LA PREVENCIÓN Y EL CONTROL DEL VIH Y EL SIDA (CENSIDA), *Boletín*, vol. 5, núm. 1, enero-marzo de 2019.
- COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS (CNDH), *Informe de actividades del 1 de enero al 31 de diciembre de 2018*. México, CNDH, 2018.
- CONSEJO NACIONAL PARA PREVENIR LA DISCRIMINACIÓN (CONAPRED), *Resolución por Disposición 7/15* [en línea]. México, Conapred, 2015. <<http://www.conapred.org.mx/userfiles/files/Proyecto%20RPD%20R%2078%20%2812%29%20final%20ok%20KN%207-15INACC.pdf>> [Consulta: junio, 2019].
- CONSEJO NACIONAL PARA PREVENIR LA DISCRIMINACIÓN (CONAPRED), *Encuesta Nacional sobre Discriminación 2017. Prontuario de resultados* [en línea]. México, Conapred, 2018. <https://www.conapred.org.mx/documentos_cedoc/Enadis_Prontuario_Ax.pdf> [Consulta: junio, 2019].

CAPÍTULO IV

Trabajo del hogar y seguridad social

Trabajo del hogar y seguridad social

Amparo 9/2018

Reseña

Caso: Exclusión del régimen obligatorio de las trabajadoras del hogar ante el Instituto Mexicano del Seguro Social

La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), en la sentencia de Amparo Directo 9/2018, determinó que es discriminatorio que empleadoras o empleadores no estén obligados a inscribir a las trabajadoras del hogar al régimen obligatorio ante el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), ya que no existe ninguna razón constitucionalmente válida ni razonable por la cual la Ley del IMSS excluya a las trabajadoras del hogar del régimen obligatorio de seguridad social, lo cual significa que existe una discriminación legal contra esas trabajadoras.

El trabajo del hogar ha sido tradicionalmente objeto de condiciones laborales inadecuadas, extensas jornadas, bajos salarios¹ y trabajo forzoso, por lo que la ausencia de una cobertura y protección social provoca que las trabajadoras del hogar enfrenten una situación de precariedad y olvido social que las ubica en

¹ De acuerdo con la Organización Internacional del Trabajo (OIT), las personas empleadas en el sector de trabajo doméstico “tienen típicamente salarios que representan menos de la mitad del salario promedio del mercado y en algunos casos el salario del sector no supera el 20 por ciento del salario promedio”, OIT, “Remuneración en el trabajo doméstico”, *Trabajo Doméstico. Nota de Información 1*, Ginebra, OIT, 2011, p. 2.

condiciones de marginación y desigualdad laboral y social entre el hombre y la mujer.

El excluir a las trabajadoras del hogar del régimen obligatorio del IMSS ha ocasionado que se les deje en un papel secundario, resintiendo indebidamente un obstáculo para el acceso a prestaciones sociales que las protejan contra circunstancias e imprevistos que afecten sus medios de subsistencia e ingresos, así como para generar un proyecto de vida en condiciones dignas.

Con la sentencia de la SCJN, se estableció que el régimen especial debe ser de carácter obligatorio y no voluntario y debe proporcionarse como mínimo los seguros de: riesgos de trabajo; enfermedades; maternidad y guarderías; invalidez y vida; el de retiro en cesantía en edad avanzada y vejez, en los que deben considerarse las particularidades del trabajo del hogar, como es que las trabajadoras laboran en algunos casos para más de un empleador o empleadora y que las relaciones laborales, usualmente no están establecidas mediante un contrato de trabajo.

La sentencia conminó al Estado mexicano a establecer un régimen obligatorio que garantice a las trabajadoras del hogar el goce del derecho humano a la seguridad social, sin discriminación, ya que el acceso a este derecho fundamental se encuentra dirigido a toda persona sin distinción alguna.

Bibliografía

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL TRABAJO (OIT), “Remuneración en el trabajo doméstico”, *Trabajo Doméstico. Nota de Información 1*. Ginebra, oit, 2011. <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_156067.pdf>.

Elementos para entender el trabajo del hogar

Marta Clara Ferreyra Beltrán* y Carlos Andrés Pérez Narváez**

Después de la muerte de su madre, Marcel Proust, víctima de una profunda depresión, se aisló para escribir la que sería la obra cumbre de la literatura francesa y una de las más importantes de la literatura universal. *En busca del tiempo perdido*, compuesta por siete tomos provistos de extensos y estéticos párrafos es, sin lugar a duda, una obra literaria única e inextinguible.

Proust dedicó los últimos catorce años de su vida a esa ambiciosa empresa, lo podemos imaginar enclaustrado día y noche, trabajando hasta el amanecer y haciendo pausas sólo para dormir y comer. Contrario a lo que pudiéramos pensar, el mérito de su obra no es, ni de cerca, exclusivo de Proust; al igual que muchas de las mentes brillantes de la humanidad, la del escritor francés estaba provista de lo necesario para llevar al máximo su capacidad creativa. Proust pudo crear *En busca del tiempo perdido* porque había otra persona que le prodigaba todas las atenciones necesarias para que escribiera sin tregua.

* Directora General de Autonomía y Empoderamiento para la Igualdad Sustantiva en el Inmujeres.

** Jefe de Departamento de Vinculación en el Sector Económico en el Inmujeres.

Su nombre era Celeste Albaret, trabajadora del hogar y autora de *Monsieur Proust*, libro que atesora sus memorias acumuladas durante nueve años de trabajo al lado de Marcel Proust. La obra es testimonio de una relación intensa soportada por una idea de amor compasivo y compulsivo en la que, irónicamente, Celeste ayudó a Proust a recuperar —literal y literariamente— el tiempo perdido. Cuando Proust escribía, Celeste cuidaba; ambos trabajaban sin descanso. El trabajo de Celeste nos demuestra que no podemos ser autónomos si antes no nos reconocemos como seres dependientes.¹ La relación entre Proust y Celeste ilustra tres elementos para entender el trabajo del hogar: *el amor*, la *plusvalía de tiempo* y los *beneficios directos e indirectos de este trabajo*. Estos tres elementos subyacen con intensidades diversas en las relaciones entre las trabajadoras del hogar y sus familias empleadoras.

Primer elemento: amor

El trabajo del hogar suele desarrollarse en contextos privados que maximizan las posibilidades para el desarrollo de relaciones afectivas; esto se debe a que, generalmente, dentro de este trabajo se incluyen actividades relacionadas con el cuidado de las personas.² Las trabajadoras del hogar conviven con familias a las cuales les prestan servicios, desempeñando tareas vinculadas con la reproducción de actividades necesarias para el desarrollo de la vida de sus integrantes. Las personas empleadoras no son empresas, sino

¹ Cfr. Marta Ferreyra (coord.), *El trabajo de cuidados: una cuestión de derechos humanos y políticas públicas*, México, ONU Mujeres, 2018, p. 10.

² El amor que se configura en las relaciones de trabajo del hogar también se desprende principalmente de la naturaleza de las actividades de cuidado que realizan las trabajadoras; es decir, se desarrollan vínculos sentimentales entre las trabajadoras y las familias cuando se prodigan cuidados a través de actividades como la crianza y alimentación de las y los integrantes de las familias o el cuidado de personas mayores.

familias que se benefician de la descarga de trabajo reproductivo que ellas realizan.³ De esta relación entre trabajadoras y familias surgen lazos afectivos en los que se ocultan arbitrariedades sustentadas en una idea de *amor* que puede encerrar recovecos de dominio que generan desigualdad, lazos de dependencia y propiedad, así como privilegios e inequidad.⁴

Esta creación de lazos afectivos tiene diversas consecuencias sobre las relaciones entre empleadoras y trabajadoras del hogar; en primer lugar, el *afecto* se convierte de una experiencia amorosa a una experiencia política,⁵ es decir, en el subtexto del discurso amoroso subyace el ejercicio de un poder que legitima una relación de subordinación entre las partes.

Si bien esta relación laboral se constituye principalmente por los beneficios mutuos del acuerdo (trabajo por dinero), también es definida por una concepción tradicional de amor, en la cual se asume que el trabajo no solamente se constituye por el acuerdo laboral, sino también se soporta sobre el ejercicio del mandato amoroso que recae sobre las mujeres.

En segundo lugar, esta idea de amor deriva en una consecuencia económica para las trabajadoras, pues a través de la dominación política que supone el amor, las trabajadoras del hogar no gozan de aumentos salariales por parte de sus patronas, ya que éstas asumen que el trabajo que realizan no lo hacen sólo por dinero, sino también por *amor*. Esta afectación económica se exagera con el tiempo, pues la dominación simbólica del discurso amoroso incide naturalizando el carácter informal del trabajo,

³ Cfr. María Elena Valenzuela y Claudia Mora, “Esfuerzos concentrados para la revaloración del trabajo doméstico”, en María Elena Valenzuela y Claudia Mora (eds.), *Trabajo doméstico: un largo camino hacia el trabajo decente*, Santiago de Chile, Organización Internacional del Trabajo, 2019, p. 286.

⁴ Cfr. Marcela Lagarde, *Claves feministas para la negociación en el amor. Memoria*, Managua, Puntos de encuentro, 2001, p. 4.

⁵ Cfr. *Ibid.*, p. 20.

lo que disminuye la posibilidad de formalizar la relación laboral y gozar de los derechos y prestaciones que un contrato presupone.

El amor también tiene un efecto simbólico que permea en el entorno familiar y social de dicha relación laboral; socialmente se asume que las trabajadoras del hogar pertenecen a la familia, pero su lugar dentro de la misma se determina por el contexto y la función que realizan, es decir, su posición dentro de las familias es de subordinación amorosa que les imposibilita tener voz sobre los asuntos que les pueden afectar. Dicho en otras palabras, el efecto simbólico del amor anula la posibilidad de que las trabajadoras puedan expresar sus intereses, inconformidades y demandas sobre la relación laboral, o sobre las decisiones que toman sus patronas sobre ellas. Esto se debe a que el cuidado y el trabajo del hogar se asocia semánticamente a un trabajo de “amor de madre” o “ama de casa” y suceden en beneficio de otras personas (familias) que no se asumen como empleadoras, sino como receptoras de amor y beneficiarias de los frutos del trabajo de las trabajadoras del hogar, siendo la liberación de tiempo el principal de los beneficios.

Segundo elemento: plusvalía de tiempo

En el capitalismo tardío, el tiempo y la autonomía son valores supremos en la estructura axiológica de la sociedad. El convulso estilo de vida promovido por el sistema económico neoliberal hace que las personas busquen, desesperadamente y a toda costa, ejercer control total sobre sus vidas. Esta obsesión posmoderna invisibiliza y desvalora todo aquello que nos haga dependientes. Simbólicamente se menosprecia aquello que nos hace vulnerables: seres humanos que necesitan de los demás.

Así, la autonomía y el tiempo se convierten en axiomas modernos del éxito y la felicidad, desdeñando aquello que nos sujeta a nuestra condición de seres socialmente dependientes y

asumiendo simbólicamente que nuestra dependencia de los otros es deshonrosa.

Lo primero que debemos reconocer es que tenemos tiempo y autonomía porque somos seres dependientes de otras personas, quienes se ocupan de prodigarnos cuidados y atenciones que nos permiten gozar de libertad para desarrollarnos en la vida pública. Históricamente, el mandato del cuidado ha recaído abrumadoramente sobre las mujeres, la sociedad asume que corresponde a la mujer dotar de infraestructura al hombre para que éste pueda ejercer sus funciones de ciudadano.⁶

Aun con la inserción de las mujeres a la vida pública y al mercado laboral, el trabajo del hogar sigue asumiéndose como su responsabilidad. La sociedad sigue concibiendo que a las mujeres, tengan un trabajo remunerado o no, les corresponde satisfacer las necesidades de la familia. Esto ha generado que aquellas mujeres que tienen los recursos suficientes puedan descargar ese trabajo hacia las trabajadoras del hogar remuneradas. Es decir, el trabajo del hogar se ha trasladado de las mujeres a las mujeres más pobres que ven en el trabajo doméstico la forma más cercana de sostener a sus familias.

Los grandes asuntos en el trabajo del hogar son los hombres y el Estado, éste es otro fenómeno social que no puede dejarse de lado, porque si bien las mujeres han transitado al espacio público, los hombres no se han ocupado del trabajo del hogar en la misma medida; ello descansa en la concepción del modelo de ciudadanía implantado en nuestra sociedad que supone que el cuidado de los dependientes no es responsabilidad de los hombres ni de su Estado patriarcal.⁷

⁶ Cfr. María Jesús Izquierdo, "El cuidado de los individuos y de los grupos. ¿Quién cuida a quién? Organización social y género", *Debate Feminista*, año 15, vol. 30, octubre, 2004, p. 142.

⁷ Cfr. *Ibid.*, p. 146.

El trabajo del hogar presume un beneficio que propiamente no es una ganancia económica para las familias, su beneficio principalmente es el tiempo y el bienestar que las trabajadoras del hogar brindan. Este beneficio es el que denominamos como *plusvalía de tiempo*, que consiste en la ganancia que obtienen las familias derivada del trabajo que realizan las *obreras del hogar*, el cual es usado como recurso para producir los satisfactores de las propias familias y el Estado en su conjunto.

La plusvalía de tiempo generada por las trabajadoras del hogar, y de la cual las familias son beneficiarias, es la base de la economía capitalista, pues este trabajo permite la existencia del trabajo obrero, empresarial, social, artístico, político y comunitario, de tal suerte que la atención de la dependencia se convierte en la base de nuestra existencia, haciendo del cuidado la piedra angular del Estado y la economía.

El valor generado por la fuerza de trabajo de las trabajadoras del hogar se traduce en múltiples beneficios; esta auténtica plusvalía permite que las personas puedan trabajar, estudiar, desarrollarse o escribir novelas de siete tomos como Proust.

La plusvalía de tiempo tiene una característica distinta a la plusvalía de “capital”, pues esta última representa un beneficio exclusivo de las personas que detentan los medios de producción, mientras que en la primera los beneficios irradian a las familias y a todo un sistema social; es decir, la plusvalía de tiempo que generan las trabajadoras del hogar tiene un beneficio directo sobre quien lo paga (familias) e indirecto sobre quien disfruta (empresas, otras familias, comunidades, industria del ocio, etc.), esto se debe a que el trabajo del hogar no sólo se sustenta en un contrato económico, sino que además en él subyace un leonino contrato sexual que subsume a las mujeres, oprime violentamente a las mujeres más pobres y otorga satisfactores y beneficios a los hombres y al Estado.

Tercer elemento: beneficios directos e indirectos del trabajo del hogar

El trabajo del hogar que realizan las mujeres libera tiempo, esfuerzo y desgaste a las familias. Los beneficios no suelen notarse a simple vista, hay que reflexionar y hacer conciencia sobre ellos. El trabajo del hogar es más visible cuando está ausente, ya que sin él no podemos desarrollar autónomamente otras actividades.

El neoliberalismo a menudo afirma que el “éxito” de las personas depende exclusivamente de su mérito, invisibilizando que todas las personas nos debemos a las demás y las circunstancias contextuales que Bourdieu denominó como capitales sociales, culturales y económicos.

En este sentido, mujeres y hombres somos el resultado del esfuerzo y del trabajo de las demás, no podemos concebimos como seres producto de nuestra autonomía y nuestra libertad sin antes no nos reconocemos como seres sociales dependientes de las demás personas y de las condiciones que crearon los contextos de quienes nos precedieron. Reconocer que somos beneficiarios de los trabajos de las demás personas es un imperativo ético y un hecho subversivo en la cultura del nuevo capitalismo.

De tal modo que las primeras personas beneficiadas del trabajo de las empleadas domésticas son quienes pagan por él, este beneficio es al que nombramos como *directo*, el cual se traduce en tiempo, cuidados, atenciones, comodidad, seguridad, cariño, tranquilidad, entre otros beneficios tangibles y no tangibles. El beneficio directo del trabajo del hogar no sólo se deriva en casas limpias y personas alimentadas, como ya se ha mencionado, el beneficio principal es el *pago de un costo de oportunidad* para todas las personas que integran dichas familias.

Por otro lado, el trabajo del hogar también brinda beneficios *indirectos* que disfrutan terceras personas ajenas al núcleo familiar: comunidades y la sociedad en general; se materializan en los bienes y servicios que generan mujeres y hombres en el

desarrollo de su ciudadanía y tienen impacto directo en el sostenimiento de la vida pública. En suma: el trabajo del hogar libera tiempo, ese tiempo es utilizado por las personas para producir bienes y servicios que se convierten en satisfactores para las familias, comunidades y sociedades.

Como se podrá advertir, los beneficios del trabajo del hogar producen satisfactores en dos dimensiones: la directa de carácter *micro* y la indirecta de carácter *macro*. Ambas dimensiones son interdependientes y necesarias para sostener la vida en el ámbito público y privado.

Llegado este punto, es necesario hablar de uno de los elementos más importantes para comprender el trabajo del hogar y de cuidados: la división sexual del trabajo, esta configuración problemática que se encuentra en la base de todo el sistema social y se constituye como uno de los aspectos centrales de la desigualdad de género.

Sabemos que las mujeres son quienes se ocupan de las actividades de cuidado y del hogar y que los hombres son quienes se benefician principalmente de este trabajo; sabemos también que quienes pueden pagar para trasladar el trabajo lo hacen, la cuestión central es: ¿Por qué el trabajo doméstico y de cuidados sigue siendo trasladado de mujeres a otras mujeres? ¿Por qué las mujeres realizan cerca del 83% del trabajo doméstico remunerado?⁸ Las respuestas a estas preguntas se encuentran en la génesis de esa división sexual del trabajo, en ella subyace un sistema de valorizaciones simbólicas, en donde las actividades relacionadas con la dependencia y la manutención tienen una posición de subordinación frente a las actividades relacionadas con la autonomía y la producción.

⁸ Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (Conapred), *Trabajo del hogar*, Tomo VI, México, Conapred, 2014, (col. Legislar sin Discriminación), p. 60.

En este juego de posiciones que supone la división sexual del trabajo, mujeres y hombres participan en un intercambio de naturaleza política, no económica, pues lo que se encuentra en disputa en esta división del trabajo no es el interés de sostener una familia, sino el poder simbólico de lo masculino sobre lo femenino. Por ello el trabajo del hogar, aunque sea remunerado y en ocasiones mejor pagado que otros trabajos masculinizados, no ha dejado de ser conceptualizado como un trabajo para las mujeres, ya que su valorización está inmersa en la asignación opuesta y jerarquizada de lo masculino como central y lo femenino como periférico.

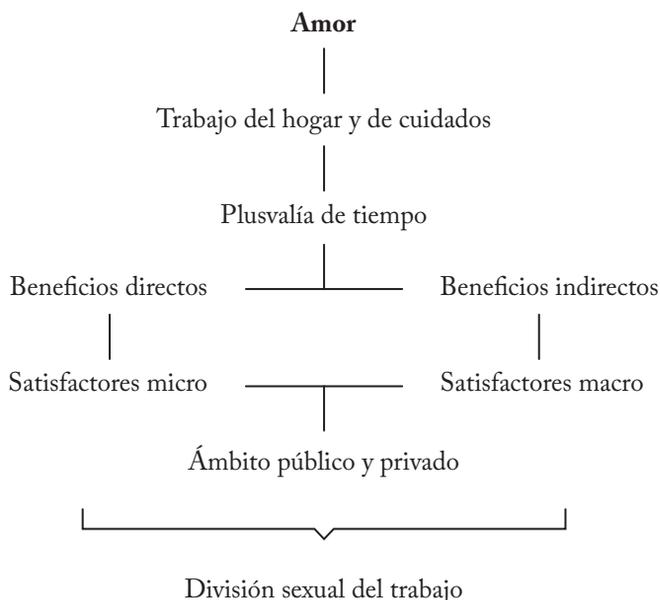
Así, la división sexual del trabajo hace a la feminización una característica taxativa del trabajo del hogar e, incluso, determina el tipo de actividades que realizan mujeres y hombres dentro del trabajo doméstico remunerado.

Los hombres trabajadores del hogar suelen realizar actividades muy distintas a las que realizan las mujeres trabajadoras, ellos son contratados comúnmente para actividades de mantenimiento estructural de los hogares, jardinería, fontanería, labores de seguridad, traslado de personas, entre otras actividades. Asimismo, el trabajo del hogar realizado por hombres goza de mayor formalidad: se establecen horarios, salarios y actividades concretas, no suelen ser *trabajadores de planta* o sin retiro y no tienden a desarrollar vínculos tan estrechos con las personas que los contratan.

Esta diferencia entre el trabajo del hogar que realizan mujeres y hombres sigue la idea de que el trabajo realizado por las mujeres del hogar (sea remunerado o no) es improductivo, a diferencia del realizado por hombres. Esta errónea concepción, que se reproduce al interior de las familias como en la sociedad, ha contribuido a invisibilizar y desvalorizar el trabajo del hogar realizado por mujeres.⁹

⁹ Cfr. Alda Facio y Lorena Frías, “Feminismo, género y patriarcado”, *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 3, núm. 6,

Figura 1. Elementos clave para entender el trabajo del hogar y de cuidados



En otras palabras, el trabajo del hogar que realizan los hombres es visto como un trabajo productivo y, por lo tanto, es valorizado simbólicamente; mientras que el realizado por las mujeres continúa evaluándose desde la encrucijada del mandato del género, flanqueado de un lado por el amor y del otro por la división sexual del trabajo.

Todo trabajo que produce beneficios y satisfactores genera, irremediablemente, costos que deben ser asumidos. En la producción de plusvalía de tiempo y beneficios que produce el trabajo

primavera 2005, pp. 259-294. Disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/06/feminismo-genero-y-patriarcado.pdf>.

del hogar, el costo principal es absorbido por las trabajadoras, pues sobre su cuerpo recae el desgaste inexorable que supone la venta de la fuerza de trabajo; más aún, si la naturaleza del trabajo mismo requiere grandes esfuerzos y altos niveles de especialización (como el cuidado de niñas, niños y personas mayores). Asimismo, son comunes los casos en que las trabajadoras del hogar tienen jornadas laborales de más de ocho horas continuas y permanecen trabajando con una familia durante toda su vida sin nunca haber tenido seguridad social, ni prestaciones laborales de ningún tipo.

Otro de los costos que asumen las trabajadoras del hogar, particularmente las trabajadoras sin retorno, es el de abandonar sus relaciones personales y familiares por dedicarse exclusivamente a su trabajo en otros hogares. Lo que significa sacrificar sus propias vidas a cambio de asegurar la supervivencia de sus familias. Adicionalmente, esta ruptura de lazos personales y familiares hacen a las trabajadoras del hogar más vulnerables ante abusos sobre sus derechos, pues carecen de redes sociales de apoyo para auxiliarse ante cualquier transgresión a sus derechos.

Aunado a ello, las trabajadoras del hogar que migran trasladan a otras mujeres el trabajo de cuidado que ellas realizaban en su lugar de residencia, generando cadenas de cuidado que acenúan la desigualdad de las mujeres y ponen en riesgo la supervivencia de las familias. El fenómeno de las cadenas de cuidado pone en evidencia la crisis del Estado ante la falta de cuidados y releva la importancia de la participación de los hombres en este trabajo.¹⁰

Como se podrá advertir, detrás de las labores de las trabajadoras del hogar hay una serie de factores sociales, económicos, políticos y de género que modelan sus formas y determinan su carácter especial en el ámbito laboral. El amor, la plusvalía de

¹⁰ Cfr. Amaia Orozco, *Cadenas globales de cuidado. ¿Qué derechos para un régimen global de cuidados justo?* Madrid, ONU Mujeres, 2010.

tiempo, los beneficios y satisfactores directos e indirectos, los costos y la división sexual del trabajo son algunas de las variables que deben ser observadas para comprender el trabajo del hogar y de cuidados.

Si bien todos estos elementos suponen un entramado problemático para las mujeres, es necesario pensar la forma en la que las trabajadoras del hogar puedan ejercer sus derechos laborales íntegramente y gozar de la valorización y reconocimiento pleno de su trabajo. Esta tarea debe primero suceder en la revisión de los marcos jurídicos y normativos que generan discriminación laboral a las trabajadoras del hogar y, luego, por acciones colectivas tendientes a deconstruir los mandatos subjetivos del género —*como la idea de amor*—, cuestionar la configuración problemática de la división sexual del trabajo, exigir al Estado que garantice el derecho humano al cuidado e involucrar a los hombres a asumir la responsabilidad que tienen ante su propia dependencia.

Hacia la dignificación del trabajo del hogar

La invisibilización y desvalorización del trabajo del hogar trasciende del ámbito simbólico al jurídico, ya que la legislación mexicana cataloga al trabajo del hogar como un *trabajo especial* al que niega la aplicación de principios generales, limita derechos colectivos y legitima la desigualdad de las trabajadoras del hogar.¹¹

Asimismo, la deficiencia del marco jurídico que regula el trabajo del hogar genera relaciones laborales desprovistas de seguridad que supone un contrato, lo que posibilita condiciones

¹¹ Próspero López Cárdenas, “El concepto de trabajo especial en la legislación laboral mexicana”, *Alegatos* [en línea]. México, UAM, 1990, mayo-diciembre. <<http://kali.azc.uam.mx/alegatos/pdfs/14/15-07.pdf>> [Consulta: julio, 2020].

desventajosas para las trabajadoras, tales como: largas y extenuantes jornadas laborales, salarios precarios, condiciones de trabajo sin medidas adecuadas de seguridad e higiene, nula o escasa protección social, además de las dificultades para la justiciabilidad de sus derechos laborales. Estas particularidades del trabajo del hogar configuran contextos de vulnerabilidad que colocan a las trabajadoras en notoria desventaja frente sus empleadoras y en una palmaria desigualdad respecto a otros tipos de trabajo.

De acuerdo con datos de la Encuesta Nacional sobre Discriminación 2017, 97.7% de las trabajadoras del hogar no firmaron un contrato laboral con su empleadora y sólo 12.3% disfrutaban prestaciones tales como aguinaldo, vacaciones, seguro médico o social; 91.4% de las trabajadoras del hogar no informaron a nadie cuando se les negaba injustificadamente algún derecho.¹²

La realidad que viven las trabajadoras del hogar es mucho más compleja que la que nos pueden mostrar los números, la discriminación que sufren no sólo es de carácter laboral, ni sucede solamente por su condición de trabajadora del hogar, es de naturaleza estructural e interseccional: el género, la condición migratoria, el idioma o el tono de piel, entre otros, son elementos que determinan el tipo de discriminación que sufren.

Muchas de las trabajadoras del hogar viven en situación de pobreza, recorren grandes distancias para llegar a sus centros de trabajo, cargan con las labores domésticas de sus hogares, cuidan niñas, niños y personas mayores; son segregadas de los espacios de convivencia familiar y sometidas a condiciones de severa explotación. Los testimonios de las trabajadoras del hogar dan cuenta de una grave problemática que viola sistemáticamente sus derechos laborales y transgrede su dignidad humana.¹³

¹² Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (Conapred), *Encuesta Nacional sobre Discriminación 2017* [en línea]. México, Sistema Nacional de Información sobre Discriminación (Sindis). <<http://sindis.conapred.org.mx/>>.

¹³ Véase Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (Conapred), *Dos mundos bajo el mismo techo. Trabajo del hogar y no discriminación*, México, Conapred, 2012 (col. Matices).

Este escenario de discriminación y desigualdad fue auspiciado por una legislación injusta que permite que las trabajadoras del hogar laboren hasta doce horas al día, sin prestaciones, sin derechos laborales, sin seguridad social ni posibilidad de ahorro y pensión, dando la posibilidad a arreglos laborales con altos márgenes de discrecionalidad que ponen a las trabajadoras en una grave situación de vulnerabilidad.¹⁴

El resultado de esta discriminación es un atraso de los derechos de las trabajadoras del hogar de por lo menos un siglo. Afortunadamente, esta situación normativa está por cambiar, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de la sentencia del Amparo Directo 9/2018, estableció que la distinción que contempla la Ley del Seguro Social para no incorporar a las trabajadoras del hogar al régimen obligatorio de seguridad social es inconstitucional, lo que cambia significativamente el régimen laboral de estas trabajadoras.

Efectos de la sentencia 9/2018

El amparo 9/2018 es un importante antecedente hacia la dignificación del trabajo del hogar, con esta decisión la Suprema Corte de Justicia de la Nación declara inconstitucional el artículo 13, fracción II, de la Ley del Seguro Social que permitía no inscribir obligatoriamente a la trabajadora del hogar al sistema de seguridad social; asimismo, reconoce que las trabajadoras domésticas son discriminadas por la legislación actual para acceder en igualdad de condiciones a la seguridad social como en cualquier otro trabajo.

¹⁴ *Cfr.* Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (Conapred), *Trabajadoras del hogar. Ficha temática* [en línea]. México, Conapred, 2018. <<https://www.conapred.org.mx/userfiles/files/Ficha%20TH%281%29.pdf>>.

Con esta resolución, la Corte admite que no existe una diferenciación objetiva, válida ni razonable para que las trabajadoras del hogar accedan a la seguridad social en condiciones distintas a las de otras trabajadoras y que esta diferenciación constituye una forma de discriminación indirecta contra las mujeres.

Uno de los aspectos más interesantes de la sentencia es que contempla que el poder ejecutivo emprenda medidas para modificar las normas y políticas públicas que atañen a la seguridad social de las trabajadoras del hogar.¹⁵

En este sentido, la Corte planteó al Instituto Mexicano del Seguro Social que implemente un programa piloto que tenga como fin último diseñar y ejecutar un régimen especial de seguridad social dirigido a las trabajadoras del hogar y remitir al poder legislativo una propuesta con el propósito de modificar las disposiciones normativas para incorporar plenamente a las trabajadoras del hogar a la seguridad social.¹⁶

Si bien los efectos de la sentencia son preponderantemente jurídicos, lo cierto es que también tiene profundos efectos performativos sobre las trabajadoras del hogar; después de que se cumplan los efectos de esta sentencia, las trabajadoras del hogar tendrán la posibilidad jurídica de exigir seguridad social a sus empleadoras, lo que representa un paso firme y significativo hacia el combate a la desigualdad que vive este grupo de población.

Adicionalmente, esta sentencia demuestra que el cambio en la situación jurídica de las personas en situación de vulnerabilidad puede ser impulsado desde diferentes trincheras, en este caso fue el esfuerzo de la sociedad civil organizada y la voluntad de la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo que permitió sentar

¹⁵ Amparo Directo 9/2018. 5 de diciembre de 2018. Unanimidad de votos. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretario: Isidro Muñoz Acevedo [en línea]. <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2018-11/A.D.%209-2018.pdf>.

¹⁶ *Idem.*

las bases para que las trabajadoras del hogar se incorporen a la seguridad social en el corto plazo. La participación de la Corte abre la posibilidad para que este órgano jurisdiccional participe en la construcción de políticas públicas tendientes a garantizar los derechos humanos. En este sentido, la sentencia no sólo tiene aportes sustantivos sobre los derechos de las trabajadoras del hogar, sino que contribuye metodológicamente a crear nuevos mecanismos para eliminar discriminaciones estructurales.

Esta sentencia también es un importante precedente hacia la firma del Convenio 189 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT); las condiciones jurídicas son idóneas para que en poco tiempo México asegure las bases legales a fin de dignificar el trabajo del hogar. No obstante, la lucha de las trabajadoras del hogar no termina con los efectos de esta sentencia, pues recién se sentarán las bases *de iure*, que permiten, pero no aseguran, que los derechos se materialicen *de facto*. El camino hacia la seguridad de los derechos siempre es arduo y sinuoso, pero se ha demostrado que el esfuerzo colectivo, la transformación simbólica y la voluntad política son buenos vehículos para recorrerlo.

Apuntes finales

Este texto se inspiró en la labor de dos trabajadoras del hogar. La primera es Celeste Albaret trabajadora que acompañó a Marcel Proust durante los últimos días de su vida y cuyo trabajo le permitió a éste escribir *En busca del tiempo perdido*. La relación entre Celeste y Proust ejemplifica al amor, la plusvalía de tiempo y los beneficios como elementos clave para entender el trabajo doméstico y de cuidados.

La segunda trabajadora¹⁷ es quien, con su juicio de amparo, consiguió que millones de trabajadoras domésticas mexicanas

¹⁷ Se omiten los datos personales de identidad de la quejosa.

tengan una vía jurídica cierta y efectiva para exigir su derecho humano a la seguridad social. Su aportación tiene efectos legales que irradian en todo el sistema jurídico y poderosos efectos simbólicos hacia la valorización cultural del trabajo del hogar. A esta mujer que defendió sus derechos, a Celeste y a todas las trabajadoras del hogar remuneradas o no remuneradas les debemos la esencia de nuestra autonomía, son ellas quienes con su trabajo permiten nuestro desarrollo en la vida pública.

La histórica lucha de las trabajadoras del hogar ha dado sus primeros frutos, corresponde ahora a la ciudadanía —particularmente a las familias empleadoras— responder con acciones concretas para dignificar el trabajo del hogar:

- Formalizar la relación laboral bajo un contrato de trabajo escrito, en el que se especifique el salario, actividades, horarios, lugar de trabajo, condiciones sobre la terminación de la relación laboral, entre otros elementos contractuales. Ello permitirá dar mayor certeza jurídica a las partes y formalizará una relación de trabajo apegada a derecho.
- Incorporar a las trabajadoras del hogar a la seguridad social y facilitar en todo momento el disfrute de todos sus servicios.
- Brindar a las trabajadoras de hogar un salario digno que les asegure a ellas y a sus familias una existencia decorosa sin que medie discriminación alguna. Así como, reducir al mínimo o eliminar el pago en especie, ya que contiene amplios márgenes de discrecionalidad que, en ocasiones, configuran hasta la mitad de la paga de las trabajadoras.¹⁸
- Ajustar los horarios de trabajo a máximo ocho horas al día con la posibilidad de horas extras pagadas, descansos

¹⁸ Cfr. Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (Conapred), *Trabajo del hogar*, Tomo VI, México, Conapred, 2014, (col. Legislar sin Discriminación), pp. 206-207.

intermedios y vacaciones remuneradas. Para el caso de las trabajadoras de planta, se debe tomar como eje las condiciones de vida de las trabajadoras del hogar, en éste las trabajadoras deben tener un alojamiento digno y alimentación suficiente.¹⁹

- Considerando que el trabajo de cuidados es altamente especializado, las trabajadoras del hogar deben recibir capacitación y profesionalización para realizarlo; especialmente cuando cuidan a niños, niñas, personas adultas mayores y personas con alguna enfermedad incapacitante.

Estas acciones sientan un piso mínimo de derechos laborales para las trabajadoras del hogar; no obstante, para eliminar la discriminación que sufren es necesario que se realice una resignificación ética del cuidado y del trabajo doméstico, en la cual se dote de nuevas valorizaciones simbólicas a las actividades que se realizan para satisfacer la dependencia de las personas. Para lograrlo, primero debemos reconocer que somos seres sociales con derechos y obligaciones sobre el espacio donde vivimos (hogares) y sobre las actividades de cuidado que damos y recibimos.

La valorización del trabajo del hogar es una tarea que se adscribe en el plano de las conciencias, de la cultura y de los *habitus sociales*, por lo tanto, es una actividad paulatina y permanente. En este sentido, la acción política debe ir encaminada no sólo a promover corresponsabilidad entre mujeres y hombres, sino también a cuestionar los problemas de fondo que supone la discriminación producto de la división sexual del trabajo, de los mandatos amorosos que se imponen a las mujeres por la construcción social de género, de la discriminación que sufren las trabajadoras del hogar por su sexo, condición económica, tono de piel o nacionalidad y por la urgente deconstrucción de una masculinidad hegemónica que le impide a los hombres ocuparse de su propia dependencia.

¹⁹ Cfr. *Idem*.

Bibliografía

- Amparo Directo 9/2018. 5 de diciembre de 2018. Unanimidad de votos. Ponente: Alberto Pérez Dayán. Secretario: Isidro Muñoz Acevedo [en línea]. https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2018-11/A.D.%209-2018.pdf
- CONSEJO NACIONAL PARA PREVENIR LA DISCRIMINACIÓN (CONAPRED), *Dos mundos bajo el mismo techo. Trabajo del hogar y no discriminación*. México, Conapred, 2012.
- CONSEJO NACIONAL PARA PREVENIR LA DISCRIMINACIÓN (CONAPRED), *Encuesta Nacional sobre Discriminación 2017* [en línea]. México, Sistema Nacional de Información sobre Discriminación (Sindis). <<http://sindis.conapred.org.mx/>>.
- CONSEJO NACIONAL PARA PREVENIR LA DISCRIMINACIÓN (CONAPRED), *Trabajadoras del hogar. Ficha temática* [en línea]. México, Conapred, 2018. <<https://www.conapred.org.mx/userfiles/files/Ficha%20TH%281%29.pdf>>.
- CONSEJO NACIONAL PARA PREVENIR LA DISCRIMINACIÓN (CONAPRED), *Trabajo del hogar*. Tomo VI. México, Conapred, 2014. (Col. Legislar sin Discriminación).
- FACIO, ALDA Y LORENA FRÍES, “Feminismo, género y patriarcado”, *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, año 3, núm. 6, primavera 2005, pp. 259-294. Disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/06/feminismo-genero-y-patriarcado.pdf>.
- FERREYRA, MARTA (coord.), *El trabajo de cuidados: una cuestión de derechos humanos y políticas públicas*. México, ONU Mujeres, 2018.
- IZQUIERDO, MARÍA DE JESÚS, “El cuidado de los individuos y de los grupos. ¿Quién cuida a quién? Organización social y género”, *Debate Feminista*, año 15, vol. 30, octubre, 2004.

- LAGARDE, MARCELA, *Claves feministas para la negociación en el amor. Memoria*. Managua, Puntos de encuentro, 2001.
- LÓPEZ CÁRDENAS, PRÓSPERO, “El concepto de trabajo especial en la legislación laboral mexicana”, *Alegatos* [en línea]. México, UAM, 1990, mayo-diciembre <<http://kali.azc.uam.mx/alegatos/pdfs/14/15-07.pdf>>.
- OROZCO, AMAIA, *Cadenas globales de cuidado. ¿Qué derechos para un régimen global de cuidados justo?* Madrid, ONU Mujeres, 2010.
- VALENZUELA, MARÍA ELENA Y CLAUDIA MORA, “Esfuerzos concentrados para la revaloración del trabajo doméstico”, en María Elena Valenzuela y Claudia Mora (eds.), *Trabajo doméstico: un largo camino hacia el trabajo decente*. Santiago de Chile, Organización Internacional del Trabajo, 2019.

El régimen de seguridad social de las trabajadoras del hogar.

Amparo Directo 9/2018

Regina Castro Traulsen*

El 5 de diciembre de 2018, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (la Suprema Corte o la Corte) resolvió un importante asunto que visibilizó y dio el primer paso para desarticular la discriminación normativa, por razón de género, que las trabajadoras del hogar estaban legalmente obligadas a soportar al estar excluidas del régimen obligatorio de seguridad social.

En este artículo haré una breve mención acerca del origen del trabajo del hogar en México y su relación con el género. Posteriormente, reseñaré el contenido del Amparo Directo 9/2018 que resolvió la Suprema Corte. Primero, narraré los antecedentes del caso y cuál fue el problema de constitucionalidad planteado, para después relatar la forma en la que la Corte abordó el estudio de fondo. Segundo, explicaré la decisión que tomó, por unanimidad, la Segunda Sala y los efectos innovadores de la sentencia. Por último, concluiré que a través de esta sentencia se dictó política pública, dando un paso importante para lograr el acceso y goce de las trabajadoras del hogar al derecho humano a la seguridad social y para la desarticulación de la discriminación estructural de la que por años han sido objeto.

* Subdirectora General de Planeación Estratégica y Seguimiento de Proyectos de la DGDH en la SCJN.

Introducción

El trabajo del hogar en México tiene como antecedente la esclavitud en la Colonia, cuando personas, en su mayoría indígenas y afrodescendientes, eran obligadas a realizar servicios relacionados con la limpieza del hogar, la preparación de la comida y labores de cuidado para sus amas o amos a cambio de un poco de comida, una habitación de mala calidad y, en algunos casos, sobre todo hacia finales de la época colonial, una paga baja y arbitraria.¹

De acuerdo con datos del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), la población dedicada a esta labor en México ha ido aumentando (véase Tabla 1).

Tabla 1. Población dedicada al trabajo del hogar en México (1970-2018)

Año	Número de personas dedicadas a esta actividad	Hombres	Mujeres
1970	541,063	52,719 (9.7%)	488,344 (90.3%)
1980	918,517	99,212 (10.8%)	819,305 (89.2%)
1990	646,199	21,928 (3.4%)	624,271 (96.6%)
2000	1,448,692	163,413 (11.2%)	1,285,279 (88.8%)
2010	1,581,310	91,597 (5.8%)	1,489,713 (94.2%)
2018	2,299,010	202,729 (8.8%)	2,096,281 (91.2%)

Fuente: Elaborada con base en los censos poblacionales del INEGI de cada uno de los años.

¹ Mary Goldsmith, “De sirvientas a trabajadoras. La cara cambiante del servicio doméstico en la ciudad de México”, *Debate Feminista*, año 9, vol. 17, abril 1998, pp. 85-96 [en línea]. <http://www.debatefeminista.cieg.unam.mx/wp-content/uploads/2016/03/articulos/017_07.pdf>.

Como podemos ver, el trabajo del hogar es realizado prácticamente por mujeres, lo que responde a diversas razones, entre ellas, a los milenarios roles de género. Muchas de las actividades realizadas por los hombres esclavos fueron sustituidas por la tecnología, por ejemplo, el uso de carrozas por autos, o bien, los oficios que realizaban comenzaron a ser remunerados, como la plomería.²

En la actualidad, el nivel de ingresos entre las personas trabajadoras del hogar es más bajo que las personas asalariadas; 41.3% de las trabajadoras del hogar en general reciben entre 1 y 2 salarios mínimos, siendo que 32.7% perciben menos de 1 salario mínimo.³ Adicionalmente, las mujeres trabajadoras del hogar son las más afectadas en virtud de que ganan 49% menos que los hombres por el mismo trabajo.⁴

Por otro lado, es importante mencionar que, en México, el trabajo del hogar nunca ha sido debidamente regulado. Esto, pues la Ley Federal del Trabajo (LFT) ha regulado el trabajo doméstico como uno de carácter especial, lo que diferencia sus derechos y obligaciones del resto de las personas trabajadoras, por ejemplo, en la jornada de trabajo, el inexistente pago de horas extras, la falta de fijación por la Comisión Nacional de los Salarios Mínimos (Conasami) del monto del salario mínimo que debe pagarse a este tipo de trabajadoras; asimismo, tampoco regula específicamente vacaciones ni aguinaldo.

Por su parte, la LFT establece obligaciones para las personas empleadoras de atender las enfermedades de las y los trabajadores, en vez de inscribirles al Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), cuestión que se ve reforzada con la ley de esta institución que coloca a las y los trabajadores del hogar en el régimen voluntario de inscripción.

² *Idem.*

³ Organización Internacional del Trabajo (OIT), *Perfil del trabajo doméstico remunerado en México*, México, Oficina de País de la OIT para México y Cuba, 2019, pp. 14 y 15.

⁴ *Ibid.*, p. 15.

Sentencia

Mediante el Amparo Directo 9/2018, la Segunda Sala de la Suprema Corte resolvió que es inconstitucional que las personas empleadoras no estén obligadas a inscribir a las trabajadoras del hogar ante el IMSS.

Lo anterior en virtud de que no encontró ninguna razón constitucionalmente válida ni razonable por la cual la Ley del Seguro Social excluye a las trabajadoras del hogar del “régimen obligatorio” de seguridad social.

A continuación, realizaré una breve reseña sobre el contenido de la sentencia: los antecedentes que le dieron origen, el problema de constitucionalidad planteado, el estudio que hizo la Corte y, quizá lo más novedoso, los efectos que se le dieron a esta resolución.

Antecedentes del caso

En abril de 2016, una trabajadora del hogar demandó a sus patronas, después de 57 años de servicio, y al Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS). En dicha demanda, solicitó el pago de diversas prestaciones, entre ellas, su inscripción retroactiva ante el IMSS.

En febrero de 2017, la Junta de Conciliación y Arbitraje de la Ciudad de México que conoció su asunto emitió un laudo a través del cual condenó a las patronas al pago de diversas prestaciones y las absolvió del pago de otras, entre ellas, las absolvió de la inscripción retroactiva ante el IMSS al sostener que las patronas no estaban obligadas a realizar la inscripción debido a que, el artículo 13, fracción II, de la Ley del Seguro Social establecía que los trabajadores domésticos “voluntariamente” pueden ser sujetos de aseguramiento al régimen obligatorio. En ese sentido, al ha-

ber sido un acto voluntario, las patronas no tenían la obligación jurídica de realizar la inscripción de la trabajadora del hogar ante el IMSS.

Inconforme con el laudo, la trabajadora promovió en su contra un juicio de amparo directo. El Tribunal Colegiado, a quien le correspondió conocer del asunto, solicitó a la Suprema Corte que ejerciera su facultad de atracción para conocer del mismo.

Cuando un asunto es importante y trascendente, la Corte, tomando en cuenta las peculiaridades excepcionales y trascendentales del caso, puede ejercer su facultad de atracción para conocer del mismo, aun cuando en un principio no le correspondía, a fin de resolver el fondo de un asunto que puede fijar lineamientos importantes para la sociedad en general.

En ese sentido, en este caso, la Suprema Corte consideró que en efecto el asunto cumplía con los requisitos de importancia y trascendencia, por lo que determinó ejercer su facultad de atracción para resolver el amparo directo, el cual fue radicado en la Segunda Sala y turnado a la ponencia del ministro Alberto Pérez Dayán para su resolución.

Establecimiento del problema de fondo

En la demanda de amparo, la quejosa señaló que determinados artículos de la LFT discriminaban por razón de género a las trabajadoras del hogar al no darles acceso a los servicios de seguridad social.

La Segunda Sala, atendiendo a la causa de pedir y en suplencia de la queja, sostuvo que el problema de constitucionalidad planteado consistía en determinar si el hecho de que las personas empleadoras no tuvieran la obligación jurídica de inscribir a las trabajadoras del hogar ante el IMSS constituía un trato discriminatorio prohibido por el artículo 1 constitucional, así como una violación al derecho humano a la seguridad social.

En otras palabras, la Suprema Corte sostuvo que lo que debía resolver en este asunto era si la exclusión de las trabajadoras del hogar del régimen obligatorio de seguridad social del IMSS era o no contraria al derecho humano a la seguridad social, en igualdad de condiciones.

En ese sentido, la Segunda Sala analizó la regularidad constitucional del artículo 13, fracción II, de la Ley del Seguro Social, al ser ésta la norma jurídica que establecía la exclusión del trabajo doméstico del régimen obligatorio de seguridad social.

Posteriormente, analizó el contenido y alcance del derecho humano a la seguridad social en igualdad de condiciones, así como los problemas específicos que enfrentan las trabajadoras del hogar respecto al acceso y goce de este derecho humano.

Desarrollo del estudio

Destaco algunos de los aspectos más importantes del estudio que realizó la Segunda Sala de la Corte para resolver el presente asunto:

- Tomó en consideración fuentes internacionales, en especial la definición de seguridad social establecida en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como las obligaciones que este instrumento impone a los Estados miembro, entre ellos, México.
- Analizó la norma que excluye a las trabajadoras del hogar del régimen obligatorio de seguridad social a través del “test de escrutinio estricto”, debido a que la diferenciación de la norma estaba relacionada con una de las categorías protegidas por el artículo 1 constitucional.
- Concluyó que la norma reclamada se traduce en una discriminación indirecta prohibida por el principio de igualdad, ya que transgrede una de las categorías protegidas

por el artículo 1 constitucional relativa a la discriminación motivada por género.

- Señaló que, aun cuando la norma fue formulada de manera neutral, es decir, con la intención de incluir a hombres y mujeres en el término *trabajadores domésticos*, en la práctica, la exclusión de dicho grupo del régimen obligatorio de seguridad social afectaba de manera preponderante y desproporcionada a las mujeres, al ser la labor del hogar realizada en un 91% de los casos por mujeres.
- Consideró que la diferenciación que hace la norma respecto a no incluir a las trabajadoras del hogar en el régimen obligatorio de seguridad social implicaba, a su vez, una vulneración del Estado mexicano al principio de accesibilidad al derecho humano a la seguridad social, que establece que “[t]odas las personas deben estar cubiertas por el sistema de seguridad social, incluidas las personas y los grupos más desfavorables o marginados, sin discriminación”.⁵
- Realizó el análisis del asunto tomando en consideración la situación particular que enfrentan las trabajadoras del hogar en México, reconociendo que han sido tradicionalmente objeto de condiciones de trabajo inadecuadas. Y precisando que, al sumarse a dichas condiciones la falta de acceso al derecho humano a la seguridad social, se generaba una mayor marginación y desigualdad laboral entre hombres y mujeres, lo que contribuía a perpetuar estereotipos que afectan la dignidad de las mujeres que se dedican a esta labor.

⁵ Organización de las Naciones Unidas (ONU), Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observación General N° 19, “El derecho a la seguridad social (artículo 9)”*, 4 de febrero de 2012. Párrafo 23.

Decisión de la Suprema Corte y efectos innovadores de la sentencia

A partir del referido estudio, la Corte concluyó que el hecho de que las trabajadoras del hogar se encontraran excluidas del régimen obligatorio del IMSS era violatorio del derecho humano a la seguridad social en igualdad de condiciones, por lo que declaró inconstitucional el artículo 13, fracción II, de la Ley del Seguro Social.

Como consecuencia de ello, ordenó a la autoridad responsable, es decir, a la Junta Especial Número Diecinueve de Conciliación y Arbitraje de la Ciudad de México la inaplicación del referido artículo en el caso concreto.

En estricto apego a la técnica de amparo, hasta aquí hubieran llegado los efectos de la sentencia. Pues en el amparo directo los efectos de la sentencia únicamente pueden surtir efectos entre las partes en el juicio (principio de relatividad de las sentencias) y sólo pueden ir dirigidos a la autoridad que emitió el acto reclamado. En este caso, el acto reclamado era el laudo definitivo impugnado y la autoridad responsable era la autoridad que lo emitió, es decir, la Junta Especial Número Diecinueve de Conciliación y Arbitraje de la Ciudad de México. Sin embargo, la Segunda Sala fue más allá pues, a través de esta sentencia:

1. Por primera vez, reconoció la discriminación directa, indirecta, sistemática y estructural de la que habían sido objeto las trabajadoras del hogar por años, haciéndolo a través de una perspectiva de género.
2. Mediante un “test de escrutinio estricto”, señaló que no encontró razón constitucionalmente válida ni razonable para excluir a las trabajadoras del hogar del régimen obligatorio de seguridad social, por lo que declaró inconstitucional el artículo que las excluye y ordenó la inaplicación del mismo en el caso concreto.

3. Con fundamento en el artículo 1 constitucional, y atendiendo a la trascendencia sistémica y estructural del problema de discriminación que la norma generaba, vinculó a otras autoridades competentes, que no eran responsables en el juicio de amparo, dotando a la sentencia de efectos más allá de las partes, de la siguiente forma:
 - a. Puso en conocimiento del IMSS el problema de discriminación que generaba la exclusión de las trabajadoras del hogar del régimen obligatorio de seguridad social.
 - b. Guió la instrumentación pública por parte del IMSS de un programa piloto, dándole directrices específicas, a fin de que pudiera atender la violación al derecho humano a la seguridad social que se generaba a partir de la discriminación normativa.
 - c. Señaló que la finalidad de dicho programa era que, posteriormente, el IMSS se encontrara en aptitud de proponer al Congreso de la Unión las adecuaciones normativas necesarias para la incorporación formal del nuevo sistema especial de seguridad social para las trabajadoras del hogar.
 - d. Finalmente, estableció un “plazo prudente” para la realización de ambas acciones.

En ese sentido, estamos ante una sentencia sin precedente, que detecta un problema de discriminación estructural y, apartándose de formalismos y de la estricta técnica de amparo, encuentra la manera de vincular, de alguna forma, a otras autoridades para que conjuntamente desarticulen, desde el ámbito de sus competencias, la discriminación que han enfrentado las trabajadoras del hogar en el acceso y goce al derecho humano a la seguridad social. En otras palabras, es una sentencia que hace política pública.

Más allá de la sentencia, considero que una de las sorpresas más relevantes de este caso fue la actitud propositiva que tomaron las autoridades a las que se dirigió la sentencia quienes, a pesar de no haber sido formalmente autoridades responsables en el juicio de amparo, lejos de cuestionar su vinculatoriedad, realizaron de manera inmediata las siguientes acciones:

- El mismo 5 de diciembre de 2018, el entonces director general del IMSS, Germán Martínez Cázares, aseguró que acataría de manera inmediata y puntual la decisión de la Suprema Corte para incluir a las trabajadoras domésticas al régimen obligatorio de protección del Seguro Social.⁶
- En seguimiento a dicho compromiso y en “cumplimiento a la sentencia de amparo”, el Consejo Técnico del IMSS se reunió el 30 de enero de 2019 para emitir el acuerdo⁷ relativo a las Reglas de carácter general para la prueba piloto de la incorporación de los trabajadores domésticos al Régimen Obligatorio del Seguro Social, las cuales fueron publicadas el 29 de marzo de 2019 en el *Diario Oficial de la Federación*.
- El pasado 30 de marzo, Día Internacional de las Trabajadoras del Hogar, el IMSS lanzó oficialmente el “Programa piloto: Incorporación de las personas trabajadoras del hogar”, el cual ofrece una cobertura que incluye: servicios médicos, hospitalarios, farmacéuticos, atención obstétrica, incapacidades, pensión por invalidez y vida, fondo

⁶ Redacción, “IMSS acatará ‘inmediatamente’ decisión de la SCJN sobre trabajadoras domésticas”, *Excelsior* [en línea], 18 de octubre, 2018. <<https://www.excelsior.com.mx/nacional/imss-acatara-inmediatamente-decision-de-la-scnj-sobre-trabajadoras-domesticas/1282985>> [Consulta: 6 de julio, 2019].

⁷ Acuerdo ACDO.AS2.HCT.300119/53.P.DIR, IMSS [en línea]. <<http://www.imss.gob.mx/sites/all/statics/pdf/acuerdos/4556.pdf>> [Consulta: 6 de julio, 2019].

para el retiro, así como prestaciones sociales dentro de las que se encuentran velatorios y guarderías.

- Desde el poder legislativo, se presentaron diversas iniciativas en las cámaras de diputados y senadores que buscan reformar tanto la Ley Federal del Trabajo como la Ley del Seguro Social a fin de regular de manera digna y en igualdad de condiciones el trabajo del hogar. Iniciativas que fueron bien recibidas y que recientemente fueron aprobadas.

Conclusión

Concluyo reconociendo el papel que jugó cada persona y autoridad en este caso para mover la pesada maquinaria e iniciar un cambio real en este tema. La trabajadora del hogar que elevó su legítimo reclamo ante los tribunales; la autoridad judicial que reconoció el trato discriminatorio y violatorio de derechos humanos del que son objeto las trabajadoras del hogar por razón de género y decidió que, para atender el problema estructural existente, se requería la participación activa de otras autoridades; la autoridad administrativa que, en aras de contribuir desde su trinchera, puso en marcha el programa piloto que le fue propuesto, y la autoridad legislativa que trabajó para realizar los cambios normativos respectivos.

Los problemas estructurales no pueden atenderse sino desde la orquestación y el trabajo conjunto de diversas autoridades y de la sociedad en general. Queda mucho camino por recorrer para que las trabajadoras del hogar puedan gozar plenamente del ejercicio de todos sus derechos, sin embargo, a través de esta sentencia, sin duda se dio un paso sólido e importante para lograr el acceso y goce de este grupo de personas al derecho humano a la seguridad social.

Bibliografía

- Acuerdo ACDO.AS2.HCT.300119/53.P.DIR, IMSS [en línea]. <<http://www.imss.gob.mx/sites/all/statics/pdf/acuerdos/4556.pdf>> [Consulta: 6 de julio, 2019].
- GOLDSMITH, MARY, “De sirvientas a trabajadoras. La cara cambiante del servicio doméstico en la ciudad de México”, *Debate Feminista*, año 9, vol. 17, abril 1998, pp. 85-96 [en línea]. <http://www.debatefeminista.cieg.unam.mx/wp-content/uploads/2016/03/articulos/017_07.pdf>.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU), Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Observación General N° 19, “El derecho a la seguridad social (artículo 9)”*, 4 de febrero de 2012.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT), *Perfil del trabajo doméstico remunerado en México*, México, Oficina de País de la OIT para México y Cuba, 2019.
- REDACCIÓN, “IMSS acatará ‘inmediatamente’ decisión de la SCJN sobre trabajadoras domésticas”, *Excélsior* [en línea], 18 de octubre, 2018. <<https://www.excelsior.com.mx/nacional/imss-acatara-inmediatamente-decision-de-la-scjn-sobre-trabajadoras-domesticas/1282985>> .

Trabajo del hogar. Es trabajo

Alexandra Haas Paciuc* y Andrea Santiago Páramo**

Introducción

A diferencia de otros tipos de relación laboral, el trabajo del hogar ha recorrido un largo camino para poder ser verdaderamente reconocido como trabajo por el sistema jurídico mexicano. La protección social de trabajadores y trabajadoras, consagrada desde el final de la Revolución mexicana en el artículo 123 constitucional y detallada más adelante por la Ley Federal del Trabajo y la Ley del Seguro Social, no fue reconocida como aplicable para las trabajadoras del hogar (en su inmensa mayoría, mujeres) por vía del texto legal, por la interpretación de juristas y por decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). La Corte, entre los años 40 y 60 del siglo pasado, decidió sobre casos en la materia, mediante los que afirmó que el trabajo del hogar pertenecía a una categoría distinta al trabajo regular.

La justificación para esa distinción —que emanó de los escritos de juristas y de las sentencias de la SCJN— se formuló desde una serie de consideraciones sobre la diferencia entre la esfera

* Investigadora invitada, Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE).

** Candidata a doctora en Ciencias Antropológicas por la Universidad Autónoma Metropolitana-Unidad Iztapalapa y coordinadora de la causa “Trabajado Digno” en Nosotrxs.

pública y la esfera privada (el lugar de trabajo frente al hogar), que fueron planteadas de manera explícita, y sobre prejuicios vinculados con los roles de género, que permearon en la redacción de otros apartados de la misma ley.

Ante este andamiaje jurídico, personas, organizaciones sociales e instituciones públicas han buscado cuestionar, por la vía judicial, su constitucionalidad y la negativa del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) de utilizar herramientas jurídicas como la interpretación conforme para ampliar el acceso a los derechos. El IMSS litigó en contra de las y los derechohabientes (y de quienes no lo son pero que exigían serlo) argumentando que la ley que lo rige contiene disposiciones explícitas que le impiden igualar derechos o extender coberturas.

En la materia específica de trabajo del hogar, en 2018 y 2019 se suscitaron cambios trascendentes en la interpretación constitucional y posteriormente en la legislación y en la política pública, que a la fecha no han terminado de rendir frutos pero que tienen el potencial de cambiar el destino de un número importante de trabajadoras del hogar y sus familias y de hacer visible, en la discusión pública, la manera en la que nuestra sociedad entiende la distribución de cargas de trabajo en la familia y en el empleo remunerado.

Lo que tratamos de argumentar en este ensayo es que es por discriminación —y no por razones jurídicas— que se mantuvo hasta ahora el régimen de exclusión de los derechos de las trabajadoras del hogar.

En la primera parte buscamos contextualizar la legislación en materia de trabajo del hogar que estuvo vigente hasta el 2019; primero desde el punto de vista de los prejuicios y estereotipos alrededor del trabajo en el hogar, remunerado y no remunerado; después, abordamos otros artículos de la Ley del Seguro Social que son indicativos de un punto de vista sobre el que fue construida esta ley, que asigna roles diferenciados y estereotipados a hombres y mujeres. Finalmente, en el último apartado, nos aden-

tramos de manera directa en la decisión de la SCJN, los cambios legislativos y de política pública que se suscitaron simultáneamente, así como el potencial transformador de esos cambios.

El trabajo del hogar ¿es trabajo?

En el imaginario colectivo mexicano, el trabajo del hogar se ve como una tarea fácil. Si las mujeres “con todas sus limitaciones” llevan siglos haciéndolo, debe ser sencillo. Debe ser simple aprenderlo y fácil ejecutarlo. Parece que no requiere de habilidades, técnicas ni conocimientos muy sofisticados. Tampoco parece ser extenuante, ni llevar grandes responsabilidades asociadas. Se ve como una serie de actividades que hacen las mujeres —“inferiores, dependientes por naturaleza, débiles”— que están en casa, aprovechando los recursos que sus esposos “inteligentes, fuertes y trabajadores” consiguen con gran esfuerzo. Pareciera que, en los roles tradicionales, los hombres, proveedores, son los únicos que hacen el esfuerzo por conseguir de qué vivir. Se asume que son ellos, únicamente ellos, quienes trabajan duro todo el día y lo mínimo que merecen es llegar a una casa limpia y cálida. Conceptos como *jefe de familia* siguen siendo utilizados por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) para catalogar los roles en las familias. Ese papel se le reconoce a quien lleva los recursos económicos a casa.

De la madre —cuidadora, encargada de la limpieza, de la salud, de la alimentación— se espera que realice este trabajo de cuidado y de higiene sin remuneración ni reconocimiento. Se espera que lo haga por amor. Como lo dice Mercedes D’Alessandro y el colectivo Economía Femini(s)ta, “*eso que llaman amor es trabajo no pago*”.

Esta visión binaria que divide hombres y mujeres, hogar y trabajo, espacio público y espacio privado “busca encasillar los fenómenos sociales en dos cajas dicotómicas, con pretensiones de

descripción universal del mundo”¹ e implica que las mujeres deben permanecer en el hogar y los hombres deben ser proveedores exclusivos de sus familias.

Sin embargo, actualmente hay un creciente número de mujeres que participan en el mundo laboral (45%²) porque quieren y porque lo requieren (con salarios precarios y dificultades de acceso y permanencia en el empleo por la falta de servicios de cuidado, la mala distribución de responsabilidades y por las prácticas discriminatorias todavía vigentes) y los hombres no siempre son proveedores para sus familias. Aun así, en el imaginario, el lugar asignado a la mujer sigue siendo el espacio doméstico, o al menos, donde ella debe tener más responsabilidades de cuidado para hacerlo habitable.

El punto de vista estereotipado conlleva una serie de consecuencias negativas para toda la sociedad, como es la brecha educativa entre hombres y mujeres, particularmente agudas en algunas regiones del país. De acuerdo con la Encuesta Nacional sobre Discriminación 2017, en Oaxaca, por ejemplo, más de 20% de las mujeres adolescentes y jóvenes que dejaron los estudios lo hicieron porque se casaron, embarazaron o unieron en pareja, mientras que sólo 6.51% de los hombres dejaron los estudios por esa razón. Dejar los estudios es problemático en sí mismo, pero también tiene un impacto negativo sobre las expectativas de conseguir un empleo remunerado y de contar con cobertura de seguridad social, entre otras. En el mismo estado, 91% de los hombres adultos trabaja en empleos remunerados mientras que sólo 51% de las mujeres adultas trabajan en el mismo tipo de empleos.

¹ Alma Beltrán y Puga, “La crítica de los binarios y el reto de la distribución en el caso del divorcio”, *Isonomía*, octubre 2016, núm. 45, pp. 47-81.

² Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI). “Resultados de la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo (ENOE). Cifras durante el segundo trimestre de 2019”. Comunicado de Prensa, Núm. 399/19. México, 14 de agosto de 2019 [en línea]. <https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2019/enoe_ie/enoe_ie2019_08.pdf> [Consulta: 16 de abril, 2020].

A pesar de la incorporación de las mujeres al mercado laboral, las cargas de cuidado en el hogar siguen recayendo en su mayoría sobre ellas. Es decir que, aunque ha habido una redistribución de las responsabilidades en el ingreso familiar, el cuidado no ha seguido la misma suerte. Por eso se habla de la doble jornada: las mujeres salen a trabajar para obtener un salario y vuelven a casa a continuar con su rol de cuidadoras y responsables de la limpieza y otras actividades de cuidado en el hogar. De acuerdo con la Cuenta Satélite del Trabajo No Remunerado de los Hogares, en México, éste ascendió a 23.5% del producto interno bruto (PIB) en 2018. Es una proporción grande del total del PIB, y esa carga todavía recae de manera desproporcionada sobre las mujeres: ellas dedicaron 2151 horas en 2018 a estas tareas, mientras que los hombres dedicaron 663 horas en el mismo año.³

Esta falta de redistribución de las tareas de cuidado se asienta sobre la subvaloración de éstas. Como señalamos al inicio de este apartado, se asume que el cuidado es “natural” para las mujeres, que no es trabajo (porque no se le asocia un valor económico) y que es motivado por los sentimientos espontáneos de las mujeres, por su “vocación” por la familia y el cuidado de las y los hijos. Se asocia con una característica biológica (la gestación) y se asume que esta vocación es inmutable y predeterminada. Por ello, quienes no la tienen son vistas como mujeres que se “desvían de su esencia” y que, por lo tanto, perjudican a la sociedad en su conjunto.

En el centro de esta visión se encuentra *La Familia*, en singular, heterosexual y patriarcal, como núcleo de la sociedad. Este concepto de *núcleo de la sociedad* se ha incorporado a innumerables exposiciones de motivos de iniciativas legislativas e interpretaciones judiciales. Sin embargo, la sacralización e inmutabilidad

³ Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI). *Trabajo no remunerado de los hogares*. México, INEGI, 2018 [en línea] <https://www.inegi.org.mx/temas/tnrh/default.html#Informacion_general> [Consulta: abril 2020].

de la familia en la interpretación jurídica no es sólo mexicana. De acuerdo con Isabel Jaramillo, en América Latina, el concepto de *familia* responde a una larga tradición religiosa y jurídica. En su ensayo “Familia’ como concepto jurídico”, la autora explica cómo el derecho de familia tiene, en su esencia, una vocación de control sobre la distribución del poder y los recursos, con un impacto negativo sobre la vida de las mujeres.⁴

En contraste, décadas de trabajo feminista desde la academia y el activismo han permeado, a través de la transversalización de la perspectiva de género, en las organizaciones internacionales. Así, se ha logrado que, por ejemplo, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) reconozca a los cuidados y a las labores de higiene y preparación de alimentos en el hogar como trabajo, ya sea remunerado (como el que realizan las y los trabajadores del hogar) o no remunerado (como el que realizan las personas al interior de sus hogares).⁵

Ahora bien, si el trabajo del hogar no remunerado es subvalorado y consignado al ámbito de “lo femenino”, por las razones y sobre la base de los argumentos que analizamos antes, no sorprende que el trabajo del hogar remunerado no tenga reconocimiento social e institucional como un trabajo formal.

En el último apartado de este ensayo veremos cuáles han sido los argumentos que se usaron para mantener en una categoría especial (y desprotegida) este tipo de trabajo. Sin embargo, para completar el cuadro de los prejuicios y estereotipos que sustentan la exclusión de los derechos a las trabajadoras del hogar es preciso hacer referencia al clasismo y racismo del que han sido objeto.

⁴ Isabel Cristina Jaramillo Sierra y Helena Alviar, “Familia’ como concepto jurídico”, en *Revista CS*, enero-abril 2015, núm. 15, pp. 91-109.

⁵ Laura Addati, Umberto Cattaneo, Valeria Esquivel e Isabel Valarino, *El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado para un futuro con trabajo decente*, Ginebra, OIT, 2018.

Desde las telenovelas hasta las redes sociales, las trabajadoras del hogar han sido representadas como inferiores, faltas de educación y de cultura, ignorantes e ingenuas cuando recién llegan a las grandes ciudades, deshonestas y malagradecidas cuando llevan un tiempo viviendo en éstas. Séverine Durin y Natalia Vázquez, por ejemplo, analizan los estigmas reproducidos por las telenovelas, asociados a la vestimenta y la forma de llevar recogido el cabello. Señalan que “las trenzas operan como un marcador de lo pueblerino, de cierta rudeza y carencia de modales”.⁶ Asimismo, las trabajadoras del hogar, al ser asociadas al ámbito rural —que desde una representación urbana se mira “como un espacio estancado ajeno a los cambios del tiempo”⁷ donde permea la ignorancia y el atraso—, son objeto de prácticas y tratos discriminatorios que se hacen evidentes en los mote despectivos para referirse a ellas: *muchachas*, *criadas*, *sirvientas*, *gatas*. Finalmente, los estigmas que reproducen la creencia de que este tipo de trabajo es un “trabajo sucio” y quienes lo realizan no son del todo “limpias”, todavía hoy activan prácticas como las de separarles los alimentos, utensilios o restringirles ciertas áreas del hogar.

Estamos ante un caso paradigmático de lo que Jesús Rodríguez Zepeda llama *discriminación estructural*: el trato diferenciado, que no es objetivo ni razonable, que es reiterado en el tiempo, generalizado, institucionalizado, asentado en la cultura y que esconde, en última instancia, relaciones desiguales de poder.⁸

⁶ Séverine Durin y Natalia Vázquez, “Heroínas-sirvientas. Análisis de las representaciones de trabajadoras domésticas en telenovelas mexicanas”, *Trayectorias*, enero-junio, 2013, vol. 15, núm. 36, p. 33.

⁷ Mary Goldsmith, “De sirvientas a trabajadoras. La cara cambiante del servicio doméstico en la Ciudad de México”, *Debate Feminista*, abril 1998, año 9, vol. 17, pp. 85-96 [en línea]. <http://www.debatefeminista.cieg.unam.mx/wp-content/uploads/2016/03/articulos/017_07.pdf>.

⁸ Jesús Rodríguez Zepeda, *¿Qué es la discriminación y cómo combatirla?*, 2ª reimp., México, Conapred, 2007. (Col. Cuadernos de la Igualdad), p. 39.

Para construir una sociedad igualitaria, tendría que desmantelarse este sistema clasificatorio discriminatorio que hace diferencias y establece jerarquías con base en la biología, la condición socioeconómica, el origen étnico, el tipo de trabajo que cuando es realizado por mujeres vale menos. La cultura en su conjunto, por supuesto, tendría que cambiar; pero también, de manera urgente, las estructuras formales, legales e institucionales, que emanan de ella y que la respaldan.

El artículo 4º constitucional consagra la igualdad entre mujeres y hombres, y el artículo 1º establece la no discriminación como un mandato transversal. Sin embargo, en la práctica, muchos ordenamientos federales y estatales, legislativos y administrativos, contienen todavía disposiciones que contradicen ese mandato de igualdad sustantiva entre hombres y mujeres. Como veremos en el segundo apartado, la Ley del Seguro Social mantiene disposiciones explícitamente discriminatorias que han sido materia de sentencias del Poder Judicial Federal.

Estereotipos y prejuicios en la Ley del Seguro Social

La sociedad cuyo núcleo es la familia heterosexual y patriarcal es una visión idealizada (inexistente e indeseable) que sirve como el sustento cultural de nuestra legislación en materia de seguridad social. El artículo 201⁹ de la Ley del Seguro Social señala,

⁹ Ley del Seguro Social. Artículo 201. “El ramo de guarderías cubre el riesgo de no poder proporcionar cuidados durante la jornada de trabajo a sus hijos en la primera infancia, de la mujer trabajadora, del trabajador viudo o divorciado o de aquél al que judicialmente se le hubiera confiado la custodia de sus hijos, mediante el otorgamiento de las prestaciones establecidas en este capítulo. Este beneficio se podrá extender a los asegurados que por resolución judicial ejerzan la patria potestad y la custodia de un menor, siempre y cuando estén vigentes en sus derechos ante el Instituto y no puedan proporcionar la atención y cuidados al menor.”

por ejemplo, que tienen derecho a guardería *la mujer trabajadora, del trabajador viudo o divorciado o de aquel al que judicialmente se le hubiera confiado la custodia de sus hijos*. Por lo tanto, no tiene derecho a la guardería un hombre no viudo y no divorciado, un hombre que —se asume— está casado con una mujer. Porque ¿para qué necesitaría ese hombre una guardería, si ya tiene una esposa que le cuida a los hijos?

La misma legislación señala, en su artículo 130,¹⁰ que pueden ser beneficiarios de una pensión la viuda del asegurado o el viudo o concubinario. La viuda es beneficiaria, en cualquier caso, sin necesidad de probar nada, mientras que el viudo sólo lo puede ser cuando éste *hubiera dependido económicamente de la asegurada*.

Ambas disposiciones —la que niega el acceso a guarderías para hombres y la que establece requisitos distintos para hombres y mujeres en la posibilidad de recibir una pensión por viudez— son inconstitucionales en la medida en la que representan una violación al mandato transversal de igualdad y no discriminación de nuestro orden jurídico.

Distinguir entre hombres y mujeres para tener la posibilidad de inscribir a las y los hijos a las guarderías no es objetivo y no es razonable. Un ex director general del IMSS argumentó verbalmente que las guarderías eran una medida de acción afirmativa que buscaba beneficiar a las mujeres que —excepcionalmente— trabajen. Esta perspectiva, quizá comprensible en 1950,

¹⁰ Ley del Seguro Social. Artículo 130. “Tendrá derecho a la pensión de viudez la que fue esposa del asegurado o pensionado por invalidez. A falta de esposa, tendrá derecho a recibir la pensión, la mujer con quien el asegurado o pensionado por invalidez vivió como si fuera su marido, durante los cinco años que precedieron inmediatamente a la muerte de aquél, o con la que hubiera tenido hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres de matrimonio durante el concubinato. Si al morir el asegurado o pensionado por invalidez tenía varias concubinas, ninguna de ellas tendrá derecho a recibir la pensión. La misma pensión le corresponderá al viudo o concubinario que dependiera económicamente de la trabajadora asegurada o pensionada por invalidez.”

es inaceptable hoy en día. En los hogares en los que hay dos progenitores, madre y padre, la responsabilidad de la crianza de los hijos e hijas es de ambos, y ambos como trabajadores deben tener acceso a este servicio.

En 2011, se presentaron ante el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (Conapred) una serie de quejas sobre el tema, que dieron lugar a una Resolución por Disposición de esa institución, en la que se buscaba que el IMSS dejara de hacer diferencias injustificadas entre hombres y mujeres e hiciera una interpretación conforme de su ley. El Instituto combatió esa resolución por la vía judicial y, finalmente, en 2019, quedó firme una sentencia del Octavo Tribunal Colegiado en la que se señala que no hay lugar para otorgar el amparo al IMSS, ya que existe “la necesidad de establecer medidas de reparación a favor de los afectados con motivo de la aplicación de las normas, consideradas inconstitucionales al violar derechos a la no discriminación, sin que se viole el principio de legalidad”.¹¹

Esta sentencia del Octavo Tribunal Colegiado sigue el mismo criterio de la sentencia de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) que, en 2016, sostuvo que la distinción en el acceso a las guarderías a hombres y a mujeres es discriminatoria, en un caso litigado por la organización GIRE (Grupo de Información en Reproducción Elegida).

Es preciso mencionar aquí que esta disposición no sólo se presenta problemática para los hombres de familias compuestas por una pareja heterosexual y sus descendientes, también lo es para las familias compuestas por parejas homoparentales (en ese caso, ninguno de los dos padres tiene derecho a las guarderías) ni a las familias en las que son otras personas (y no el padre o la madre) quienes tienen a su cargo el cuidado de las niñas y niños.

¹¹ Octavo Tribunal Colegiado, Juicio de Amparo 378/2017.

De la misma manera, el acceso a la pensión con requisitos diferenciados para hombres y mujeres denota la perspectiva estereotipada sobre los roles de género: las mujeres son, *por definición*, dependientes de los hombres. Los hombres son, *por definición*, los proveedores en el hogar. Con esta perspectiva se establece que una diferencia biológica es la principal característica para determinar si una persona posee —o no— un derecho.

Así lo ha señalado la Corte, que ha indicado en sus sentencias que esta distinción entre hombres y mujeres no está fundada en una causa razonable. En el Amparo Directo en Revisión 6043/2016 señala que dicha disposición “no está fundada en algún criterio objetivo que justifique la distinción en el trato entre hombres y mujeres, sino que parte de la premisa que el viudo o concubinario, en principio, no deben recibir una pensión por viudez en función de los roles tradicionales de género, y que esta regla sólo se debe romper si se acredita que existen condiciones que le impiden acoplarse a dichos roles”.¹² Y abunda: “En este sentido, dado que las normas impugnadas reproducen estereotipos de género que evitan que las mujeres y los hombres salgan de los roles tradicionales que se les han impuesto, discriminan directamente a los varones, sin que ello encuentre justificación”.¹³

De nueva cuenta, este régimen que excluye a los hombres viudos del acceso a la pensión de las mujeres tiene un impacto también sobre las parejas conformadas por personas del mismo sexo. A lo largo de la última década, la misma institución se ha mostrado reticente a reconocer los derechos a la pensión de las parejas del mismo sexo, con argumentos variados dependiendo el caso, pero en todos, con una interpretación restrictiva de un texto legal plagado de prejuicios y cuya implementación tiene

¹² Amparo Directo en Revisión 6043/2016. Ministro ponente: Javier Laynez Potisek.

¹³ *Idem*.

consecuencias negativas en la vida de las personas y perpetúa las brechas de desigualdad en el acceso a los derechos.

Lo que la Ley del Seguro Social revela en diversos de sus artículos es que, con base en una perspectiva estereotipada sobre los roles de género y sobre una visión patriarcal y heterosexual de la familia, ha legitimado una serie de exclusiones que han afectado la vida de millones de personas en nuestro país. El caso de las trabajadoras del hogar, como veremos a continuación, es alentador porque ha mostrado la posibilidad de derrocar estas estructuras legales discriminatorias.

El caso del trabajo del hogar: una revolución social

En febrero de 2018, un caso inesperado de una trabajadora del hogar fue atraído por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. El desenlace del mismo constituye un hito para la justicia en México.

Una persona prestó sus servicios durante 57 años para la misma familia en una jornada semanal de 54 horas (ocho horas más de las permitidas por ley). Tras ser despedida, reclamaba las siguientes prestaciones: “indemnización constitucional; pago de salarios caídos, aguinaldo, vacaciones, prima vacacional, prima de antigüedad y del tiempo extraordinario; así como la inscripción retroactiva ante el Instituto Mexicano del Seguro Social”.¹⁴

Cabe aclarar que si bien muchas trabajadoras del hogar (57.1%)¹⁵ declaran que en el país se respetan poco o nada sus

¹⁴ Amparo Directo 9/2018. Ministro ponente: Alberto Pérez Dayán, México, 2018.

¹⁵ Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), “Una de cada 5 personas de 18 años y más declaró haber sido discriminada en el último año: Enadis 2017”. Comunicado de Prensa, núm. 346/18, México, agosto 2018 [en línea]. <https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2018/estsociodemo/enadis2017_08.pdf> [Consulta: 16 abril, 2020].

derechos, por lo general este reconocimiento no se traduce en la exigencia de éstos y menos a través de una vía legal.¹⁶ En este sentido, el caso de la trabajadora que demandaba y que llegó en primera instancia a una Junta Local de Conciliación y Arbitraje no era un caso típico. Que llegara posteriormente a la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación porque la demandante quedó inconforme con el laudo de la Junta fue extraordinario. La revisión de la constitucionalidad de las disposiciones legales que excluían a las trabajadoras del hogar del derecho a las prestaciones ordinarias de cualquier otro trabajador coincidió con un proceso de trabajo dentro del poder legislativo federal que rindió frutos al mismo tiempo y en el mismo sentido en que se emitió la sentencia. Así, se concretó la oportunidad histórica para reformar un marco legal que colocaba a las trabajadoras del hogar como ciudadanas de segunda categoría.

Antes de entrar a detalle en el juicio de amparo de 2018, vale la pena recordar el papel que, durante casi un siglo, tuvo la Corte para evitar que las trabajadoras del hogar tuvieran los mismos derechos que el resto de los trabajadores asalariados.

Como señala Mary Goldsmith, en años previos a la Revolución y durante ésta, las condiciones de trabajo de las trabajadoras del hogar fueron motivo de preocupación para algunas agrupaciones políticas progresistas como el Partido Liberal Mexicano (PLM) y para algunos líderes de la Revolución como Salvador Alvarado, gobernador de Yucatán en 1915. Se propuso, en ese momento, el establecimiento de un salario mínimo para el sector y la fijación de la duración máxima de la jornada laboral. En

¹⁶ Son varios los obstáculos para llevar a cabo una demanda: la falta de tiempo para llevar a cabo un juicio que involucra comprobar la relación laboral —que se complica porque 99% no tiene contrato escrito—; la urgencia de conseguir otro empleo; el desconocimiento sobre los procesos legales; el distanciamiento que genera un lenguaje lleno de tecnicismos; la percepción de que “quien tiene más dinero, gana” y finalmente el complejo vínculo emocional de muchas empleadas con las familias para quienes trabajan.

Yucatán se introdujeron reformas legales que prohibían a las personas empleadoras la imposición de su religión a las trabajadoras, fijaban un salario mínimo —en tanto que era práctica común no pagarles— y garantizaban una compensación en caso de que las trabajadoras fueran violadas en su trabajo —hábito también normalizado en la época.¹⁷ El artículo 123 de la Constitución de 1917, siguiendo este mismo espíritu, transformó radicalmente lo que antes eran relaciones de servidumbre, al garantizar a las trabajadoras del hogar el derecho a organizarse, a tener un salario mínimo, una jornada de ocho horas, vacaciones pagadas, una edad mínima para trabajar (14 años en adelante). Es decir, durante las primeras dos décadas del siglo xx, se gestó un clima político y social favorable de protección hacia un grupo de trabajadoras —por lo general mujeres del ámbito rural y/o indígenas— que durante siglos habían sido consideradas como propiedad de la familia para la que trabajaban.

No obstante, explica Goldsmith, al interior del gobierno continuaban las disputas en torno al estatus del trabajo doméstico remunerado. En el censo de 1930, las trabajadoras del hogar, pese a recibir una remuneración, no estaban contempladas como parte de la población económicamente activa. Es decir, no se les reconocía propiamente como trabajadoras. A diferencia de esto, la Ley Federal del Trabajo de 1931 sí les dio un reconocimiento como trabajadoras. No obstante, les dio un trato diferenciado y a través de artículos “especiales” que les negaban algunos de los derechos que la Constitución de 1917 ya les había otorgado; entre ellos, la jornada máxima de ocho horas, el contrato escrito y el pago de horas extras.

Durante el siglo xx, ministros de la Suprema Corte, legisladores y juristas jugaron un papel determinante en este retroceso

¹⁷ Mary Goldsmith, *Female household workers in the Mexico City Metropolitan Area*. Mansfield, The University of Connecticut, 1990, p. 231.

de derechos para el sector, al “legalizar la marginalización”¹⁸ de las personas trabajadoras del hogar a través de la categorización del trabajo doméstico como un trabajo jurídicamente “distinto” y “especial” en las leyes federales. ¿Mediante qué argumentos? ¿Con base en qué creencias, prejuicios y estereotipos? Sara Hidalgo nos da algunas pistas que retomamos a continuación.

Para los juristas y ministros, lo que hacía que el trabajo doméstico mereciera un trato diferenciado tenía que ver con que era realizado al interior del hogar. Éste, asociado a la esfera privada, no era visto como un lugar propenso a la explotación y al abuso, sino como “un espacio naturalmente ‘humano’ que reemplazaba la avaricia con la cooperación, la lucha de clases con la concordia y la animadversión con la intimidad”.¹⁹ El artículo 123 de la Constitución, a juicio de los ministros y juristas, había sido formulado por los constituyentes con la intención de proteger a los trabajadores de la explotación del capital y de la lógica rapaz del mercado. Es decir, a juicio de ellos, era *ésa* la “explotación” realmente digna de ser combatida a través de la protección legal. De ese modo, reforzaban la idea de que el trabajo y trabajador “real” sólo lo era si realizaba sus actividades fuera del hogar y de forma remunerada. Cualquier otro trabajo y trabajador que se desviara de esta definición merecía un tratamiento aparte. Fue el caso de las trabajadoras del hogar.

Quienes interpretaban el derecho argumentaban que este sector no encajaba en el marco del trabajo típico asalariado por varias razones: trabajaban en un hogar que a su juicio era considerado “naturalmente bueno” y con dinámicas “más personales y armoniosas”; para familias que no eran percibidas como empleadores explotadores pues su fin no era la ganancia económica, y

¹⁸ Sara Hidalgo, “El trabajo del hogar ante la Suprema Corte”, *Nexos*, mayo, 2019 [en línea]. <<https://www.nexos.com.mx/?p=42160>> [Consulta: 16 abril, 2020].

¹⁹ *Idem*.

con ritmos de trabajo considerados más laxos al estar guiados por la dinámica familiar: con horarios discontinuos, con interrupciones, sin pasar por la medida de un reloj.

Fue con base en estas creencias que romantizaban al hogar y devaluaban el trabajo realizado al interior de éste —al no ser considerado como tal— que a lo largo del siglo xx y entrado el siglo xxi justificaron la creación de marcos regulatorios “especiales” para las trabajadoras del hogar, tanto en la Ley Federal del Trabajo como en la Ley del Seguro Social.

El trabajo doméstico estaba exento de la regulación de la jornada de trabajo y el pago de horas extras porque no se podía “medir con precisión” al no tener un ritmo continuo. En palabras de un jurista experto en derecho laboral y citado de forma reiterada por ministros de la Corte entre los años 40 y 60:²⁰ “no siendo el trabajo en una casa particular continuo, sino sufriendo interrupciones constantes y viviendo en casa del patrón el doméstico [...] aunando a que permanezca en el interior de una casa las 24 horas del día, disfruta de largos descansos para la atención de sus necesidades particulares, en forma tal que el número de horas que realmente trabaja viene a ser inferior al número de horas previsto por la Ley, como mínimo para la jornada de trabajo”.²¹

La Corte, en disputas laborales, llegó a justificar el pago de un salario menor al mínimo porque las trabajadoras del hogar recibían alojamiento y comida de las familias para quienes trabajaban.²² De igual manera, con base en la creencia de que éstas no eran las principales proveedoras en sus familias, sino trabajadoras que “apoyaban” de forma secundaria al ingreso familiar, legitimaban su exclusión de la seguridad social. Finalmente, como señala Sara Hidalgo, la Corte sí intervino para defender el pago de horas extras, la jornada máxima, el salario mínimo en caso de que los

²⁰ *Idem.*

²¹ *Idem.*

²² *Idem.*

trabajadores domésticos fueran porteros, choferes o veladores, es decir, en su mayoría hombres.

Desafortunadamente, durante más de un siglo, se mantuvo un marco jurídico que legitimó un trato discriminatorio hacia las trabajadoras del hogar, influenciado como vimos por los prejuicios y estereotipos de un grupo de personas que sostenían que este sector no tenía las mismas necesidades que el resto de los trabajadores asalariados. Los estigmas asociados a la condición socioeconómica, tono de piel y origen étnico de las trabajadoras del hogar, probablemente jugaron también un rol para legitimar la decisión de restarles derechos.

El Amparo Directo 9/2018, sesionado el 5 de diciembre de 2018, cambiaría el rumbo de esta historia. El caso de la trabajadora del hogar que demandaba sus prestaciones y el pago retroactivo de las cuotas del IMSS tras 57 años de trabajo para una familia, traería al centro de la discusión el determinar “si el hecho de que los patrones carezcan de la obligación jurídica de inscribir a los trabajadores domésticos ante el Instituto Mexicano del Seguro Social, constituye un trato discriminatorio proscrito por el artículo 1 constitucional, así como una violación al derecho humano a la seguridad social tutelado por el artículo 123, Apartado A, de la Constitución Federal”.²³

La Corte determinaría inconstitucional la exclusión de las trabajadoras al *régimen obligatorio* del seguro social. El *régimen voluntario* que apelaba a la “buena voluntad” de la familia empleadora resultaba insuficiente por dos motivos: por un lado, 97% de las personas empleadoras no habían tenido la voluntad de inscribir las. Por otro lado, el *régimen voluntario* ofrece menos prestaciones. Las trabajadoras, por ejemplo, no podían acceder a guarderías, ni al fondo de ahorro para el retiro.

²³ Amparo Directo 9/2018, *op. cit.*

La Corte traería a colación argumentos y criterios con base en un enfoque de género para reclamar la protección social al sector. Reconoció que se trata de un trabajo poco valorado socialmente, realizado en su mayoría por mujeres, con salarios bajos y limitada capacidad de negociación en sus espacios de trabajo; que no ha sido considerado como una ocupación “real”, sino como parte de las actividades que las mujeres realizan de forma “natural”, lo que ha tenido como efecto su invisibilización, y puntualizó que “la exclusión de una adecuada cobertura y protección social, provoca que las trabajadoras del hogar enfrenten una situación de precariedad y olvido social que abona a su condición de marginación y contribuye al incremento de las desigualdades laborales y sociales entre el hombre y la mujer, así como a la perpetuación de estereotipos y prejuicios respecto a la ‘carencia de valor’ que tiene el trabajo doméstico”.²⁴

Ciertamente, esta sentencia marcó un cambio radical de época. El feminismo, la lucha organizada de las trabajadoras del hogar, las y los defensores de derechos humanos y laborales, así como algunas instituciones —particularmente el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación— que se sumaron a la lucha por los derechos del sector, habían logrado construir la argumentación que fue retomada por la Corte. Se lograron transformar las formas hegemónicas de *representar* y *categorizar* el trabajo del hogar, y esta sentencia formalizó el reconocimiento de la discriminación institucional hacia este sector. La forma como la Corte *miraba* desde otra perspectiva al trabajo doméstico precedió por unos meses la aprobación legislativa del marco regulatorio y detonó una serie de cambios en política pública desde el Ejecutivo Federal.

En el mismo mes que se dio el fallo de la Corte, la película *Roma* del director Alfonso Cuarón —cuyo personaje central es una trabajadora del hogar de origen indígena— tuvo una salida

²⁴ *Idem.*

masiva y una cobertura mediática de gran alcance. Sirvió para potenciar la discusión social más amplia sobre la desigualdad y discriminación normalizada hacia este grupo de trabajadoras —perpetuada por las leyes, pero también por la sociedad en su conjunto— y generó debate en cientos de miles de hogares. Al igual que en 1917, a finales de 2018 volvió a sentirse el clima revolucionario que, en este caso, finalmente le hizo justicia a la lucha por los derechos de un sector históricamente marginado.

La Corte no sólo afirmó que el régimen especial es discriminatorio. También incluyó en la sentencia prescripciones de política pública que son inusuales en sus otras decisiones. Determinó que el IMSS abriera un programa piloto para inscribir a las trabajadoras del hogar a la seguridad social y estipuló un periodo de prueba que, tras 18 meses, concluiría con adecuaciones normativas (propuestas por el IMSS al Congreso de la Unión) “para la incorporación formal del nuevo sistema especial de seguridad social para las trabajadoras del hogar, en forma gradual, y en ese tenor, en un plazo no mayor a tres años, se logre obtener la seguridad social, efectiva, robusta y suficiente a la totalidad de las empleadas domésticas”.²⁵

Así, la Corte mostró el camino para lograr que se concretaran los derechos a los que las trabajadoras del hogar, a diferencia de otros trabajadores, no habían podido acceder. El IMSS acató la instrucción de forma inmediata, comenzó el diseño del programa piloto y comenzó a ejecutarlo el 1 de abril de 2019. Un año después, 19 648 trabajadoras del hogar (73% por ciento de ellas, mujeres)²⁶ habrían sido afiliadas a dicho programa, lo que les permite acceder a guarderías, a servicios de salud, a la pensión por invalidez y vida, a un fondo para el retiro y a atención obstétrica.

²⁵ *Idem.*

²⁶ Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), “En un año afilia IMSS a 19 mil 648 personas trabajadoras el hogar”, Boletín de Prensa, No. 161/2020, Ciudad de México, 2020. <http://www.imss.gob.mx/prensa/archivo/202003/161>

Sumadas a estas transformaciones, en julio de 2019, gracias al activismo legislativo —encabezado en su mayoría por mujeres— y en alianza con organizaciones de la sociedad civil y de trabajadoras del hogar y con el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, la Ley Federal del Trabajo finalmente se reformaba y se alineaba nuevamente con los derechos establecidos por los constituyentes en el artículo 123 de la Constitución. El pago de horas extra, vacaciones, aguinaldo, seguridad social obligatoria, regulación de una jornada máxima de 8 horas, el contrato escrito de trabajo, la fijación de una edad mínima para trabajar, quedaban establecidos en el Capítulo XIII de la LFT. La Ley del Seguro Social, por su parte, estableció que las trabajadoras del hogar serían sujetas de aseguramiento al régimen obligatorio.

El 12 de diciembre de 2019, finalmente se ratificaría el Convenio 189 de la OIT, que establece los derechos del sector y, junto con ellos, determina medidas que los países deben adoptar para garantizarlos. Era un pendiente más del Estado con las trabajadoras para reconocerlas como sujetas de derecho y para asegurar, en el mediano y largo plazos, un cambio significativo en sus condiciones de vida y las de sus familias.

Conclusiones

Como vimos a lo largo de este ensayo, la discriminación mantuvo durante décadas un régimen de exclusión de los derechos de las trabajadoras del hogar. Los roles de género, una visión heterosexual y patriarcal de la familia, la división sexual del espacio (que asigna qué espacios pueden ocuparse y cuáles no de acuerdo con el género) y los estereotipos y estigmas en torno al trabajo en el hogar y a quienes lo realizan —arraigados en un clasismo y racismo que se arrastra desde la época colonial— perpetuaron una situación de exclusión, fincada en un sistema jurídico profundamente discriminatorio.

No obstante, como vimos, 2018 y 2019 fueron años que catalizaron cambios estructurales en materia legal para las trabajadoras del hogar a partir de las nuevas formas de *mirar y representar* su trabajo. Si bien la historia nos ha mostrado que los cambios institucionales y en las leyes no se traducen automáticamente en cambios en las prácticas y relaciones cotidianas, ciertamente son una base necesaria. Lo siguiente es transformar relaciones de poder profundamente desiguales al interior de los hogares.

El reconocimiento formal y explícito de los derechos de las trabajadoras del hogar en las leyes mexicanas es una herramienta indispensable para exigir sus derechos. Marcelina Bautista y muchas otras trabajadoras del hogar organizadas que han dedicado su vida a combatir la discriminación y desigualdad nos han enseñado la importancia de generar una cultura de exigencia de derechos para transformar las leyes que son injustas en leyes justas y para hacer de estas últimas realidades tangibles.

Sin embargo, los cambios necesarios para construir una sociedad igualitaria no se agotan con la agenda de trabajo del hogar. Si acaso, la larga y legítima lucha de las trabajadoras del hogar nos enseña que otro mundo es posible, pero hay que luchar por construirlo. Las pensiones, las guarderías, los servicios de cuidado para personas mayores y de apoyo para personas con discapacidad y el acceso a la salud universal son temas abiertos y pendientes que deben abordarse cuestionando algunas de las estructuras más pétreas de nuestra nación: la vinculación del trabajo formal y la seguridad social y la idea preconcebida de que la familia heterosexual y patriarcal es el espacio más seguro y confiable para el desarrollo y bienestar de la población.

Una sociedad igualitaria en el siglo XXI tiene que considerar la diversidad de los empleos (la automatización y la informalidad intrínseca a las nuevas ocupaciones juegan un papel importante a analizar) y la diversidad de las familias y los arreglos afectivos y de cuidado. Esto significa repensarnos en el mundo de la vida privada y en el mundo del trabajo. Ni más ni menos.

Bibliografía

- ADDATI, LAURA, UMBERTO CATTANEO, VALERIA ESQUIVEL E ISABEL VALARINO, *El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado. Para un futuro con trabajo decente*. Ginebra, OIT, 2018.
- Amparo Directo en Revisión 6043/2016. Ministro Ponente: Javier, Laynez Potisek, México.
- Amparo Directo 9/2018. Ministro Ponente: Alberto Pérez Dáyán, México.
- BELTRÁN Y PUGA, ALMA, “La crítica de los binarios y el reto de la distribución en el caso del divorcio”, *Isonomía*, octubre 2016, núm. 45, pp. 47-81.
- DURIN, SÉVERINE Y NATALIA VÁZQUEZ, “Heroínas-sirvientas. Análisis de las representaciones de trabajadoras domésticas en telenovelas mexicanas”, *Trayectorias*, 2013, año 15, núm. 36.
- GOLDSMITH, MARY, “De sirvientas a trabajadoras. La cara cambiante del servicio doméstico en la Ciudad de México”, *Debate Feminista*, octubre 2000, año 11, vol. 22, pp. 85-96 [en línea]. <http://www.debatefeminista.cieg.unam.mx/wp-content/uploads/2016/03/articulos/017_07.pdf>.
- GOLDSMITH, MARY, *Female household workers in the Mexico City Metropolitan Area*. Mansfield, The University of Connecticut, 1990.
- HIDALGO, SARA, “El trabajo del hogar ante la Suprema Corte”, *Nexos* [en línea], mayo 2019. <<https://www.nexos.com.mx/?p=42160>>.
- INSTITUTO MEXICANO DEL SEGURO SOCIAL (IMSS). Boletín de Prensa No. 161/2020, “En un año afilia IMSS a 19 mil 648 personas trabajadoras el hogar”, Ciudad de México, 2020.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA (INEGI), Comunicado de Prensa Núm. 346/18, “Una de cada 5 personas de 18 años y más declaró haber sido discriminada en

- el último año: Enadis 2017”. México. agosto 2018. <https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2018/estsociodemo/enadis2017_08.pdf> .
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA (INEGI), Comunicado de Prensa Núm 399/19, “Resultados de la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo (ENOE). Cifras durante el segundo trimestre de 2019”. México, agosto 2019. <https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2019/enoe_ie/enoe_ie2019_08.pdf> .
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA (INEGI), Trabajo no remunerado de los hogares. México. 2018. <https://www.inegi.org.mx/temas/tnrh/default.html#Informacion_general>.
- JARAMILLO SIERRA, ISABEL CRISTINA, Y HELENE ALVIAR, “Familia’ como concepto jurídico”, *Revista CS*, abril 2015, núm. 15, pp. 91-109.
- Juicio de Amparo 378/2017, Octavo Tribunal Colegiado.
- Ley del Seguro Social, *Diario Oficial de la Federación*, 12 de marzo de 1973.
- Ley Federal del Trabajo, *Diario Oficial de la Federación*, 1 de abril de 1970.
- RODRÍGUEZ ZEPEDA, JESÚS, *¿Qué es la discriminación y cómo combatirla?*, 2ª reimp. México, Conapred, 2007. (Col. Cuadernos de la Igualdad).

Conclusiones. Conversatorio sobre criterios judiciales en materia del derecho a la no discriminación

Alberto Pérez Dayán*

Tom Bingham, uno de los jueces más prominentes en la historia del Reino Unido, aducía que no existe una mayor garantía práctica y efectiva contra la arbitrariedad y el gobierno irracional que la exigencia consistente en que las leyes de un país —salvo los casos en que existan diferencias objetivas que justifiquen una diferenciación— resulten aplicables para todos por igual.¹ La igualdad jurídica y fáctica es una de las piedras angulares de nuestra sociedad. De ahí que “los tribunales no pueden tomar mejor medida para asegurar que las leyes sean justas, que la de exigir que tales normas sean iguales [para todas y todos] en su operación”.²

Los jueces, con sus fallos, no sólo brindan un valioso aporte jurídico al mundo especializado del derecho, sino que además deben contribuir a una transformación social, pues es con la emisión de sus criterios que resuelven una determinada controversia e inciden en la forma de pensar de la ciudadanía y en la adjudicación de los nuevos derechos que van siendo reconocidos. Como recientemente lo sustentó la Segunda Sala de la Suprema Corte

* Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

¹ Tom Bingham, *El Estado de derecho*, trad. Eduardo Medina Mora I. *et al.*, México, Tirant lo Blanch, 2018, p. 116.

² *Idem.*

de Justicia de la Nación, una función inherente de un Tribunal Constitucional

consiste en aleccionar a la autoridad y a los administrados respecto a los efectos perniciosos que genera y puede generar el someter la razón y la acción al mando y guía de estereotipos o prejuicios sobre ciertos grupos de la población. Esa forma de obrar no es sino la cimiento de un camino que, históricamente, ha llevado al hombre a estadios donde ha permitido la denegación ontológica de la dignidad de la persona y, con ella, su propia humanidad. Este es un camino que, simplemente, no puede recorrerse en un Estado Constitucional de Derecho.³

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido criterios que han servido de estandarte para modificar patrones estructurales de discriminación fáctica y jurídica, permitiendo repensar nuestras normas y políticas públicas, a fin de ajustarlas a la luz del principio de igualdad que es indispensable en todo Estado de derecho.

En esta ocasión, procedo a reflexionar sobre tres asuntos fallados por la Segunda Sala del alto tribunal, en los que se involucró el análisis del derecho humano a la igualdad ante la ley y el principio de no discriminación, en el contexto del trabajo en la educación, en el sector salud y en el hogar, respectivamente.

En el primero de ellos, el Amparo Directo 31/2018, se determinó que una institución educativa incurrió en actos discriminatorios en perjuicio de un menor, el cual cuenta con una diversidad funcional llamada trastorno por déficit de atención con hiperactividad (TDAH). Esto, al negársele la posibilidad de

³ Amparo Directo 43/2018, p. 43.

continuar asistiendo al segundo año de secundaria, bajo el argumento de que no era una escuela adecuada para recibirlo, ya que por su discapacidad debía ir a una “escuela especial”.

Entre las conclusiones fundamentales a las que llegó la sentencia destaca que, en concordancia con lo establecido por el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad, los déficits en la capacidad mental, ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar los derechos de las personas y que el derecho a la educación inclusiva es aplicable a todas las personas con discapacidad sea real o “aparente”. Es decir, bajo la interpretación amplia que el Comité referido ha realizado de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se colige que, si bien la discapacidad puede ser supuesta o aparente, lo cierto es que las diferencias de trato basadas en esa aparente discapacidad provocan que la discriminación sí sea real.

El segundo punto a destacar de esta sentencia es el relativo a los llamados ajustes razonables. Como preámbulo es importante mencionar que el derecho a la educación inclusiva es un derecho fundamental que se basa en el principio de que todos los niños deben estudiar juntos y que cada alumna o alumno tiene características, intereses, capacidades y necesidades de aprendizaje particulares. De ahí que tal derecho aborda directamente la discriminación y los sesgos educativos, pues propone que todos los alumnos deben encontrar acomodo en el sistema de educación general, gozando de una sensación de seguridad y pertenencia.

En el análisis del presente asunto se hizo patente la necesidad de modificar el paradigma tradicional educativo en el que frecuente e infortunadamente se considera al educando o educanda con discapacidad como “un problema por solucionar”, para, en su lugar, considerar sus diferencias individuales como oportunidades para enriquecer la enseñanza.

Es oportuno puntualizar que existe una diferencia entre la obligación de garantizar la accesibilidad general y la de realizar ajustes razonables. La accesibilidad general beneficia a grupos

de la población y funciona como un conjunto de normas que gradualmente se irán aplicando, mientras que los ajustes razonables se refieren a atender la barrera específica que le impide a una persona con una discapacidad disfrutar del derecho a la educación inclusiva.

En efecto, al hablar de ajustes razonables, es conveniente tener presente que éstos pueden ser materiales o inmateriales, ejemplos de estos últimos son: permitir que un alumno disponga de más tiempo, reducir los niveles de ruido de fondo (sensibilidad a la sobrecarga sensorial), utilizar métodos de evaluación alternativos y sustituir un elemento del plan de estudios por uno alternativo.

Respecto de los ajustes razonables materiales podría considerarse: hacer que la información y las instalaciones existentes sean accesibles para una persona con discapacidad; modificar los equipos; reorganizar las actividades; cambiar la programación de las tareas; adaptar el material didáctico y las estrategias de enseñanza de los planes de estudio; adaptar los procedimientos médicos; o permitir el acceso a personal de apoyo, etcétera. De igual forma se destaca que el límite de la obligación de proporcionar ajustes razonables es que no representen una carga desproporcionada o indebida para la institución educativa.

En la especie, el instituto educativo adujo que efectivamente realizó una serie de acciones encaminadas a facilitar la inclusión del joven, sin embargo, analizadas estas acciones sólo se pudieron traducir en buenas intenciones, pero no en ajustes razonables. La Segunda Sala consideró que el instituto debió capacitar y orientar al personal docente respecto al padecimiento de TDAH; generar alguna guía para ese mismo personal respecto a la manera en que deberían aproximarse a esa discapacidad al momento de dar clases y asignar tareas; informar a los compañeros y compañeras del menor con discapacidad acerca de las consecuencias inherentes que el TDAH le genera al joven en su persona y en sus relaciones con los demás; adoptar algún plan de estudio que

tomara en cuenta las dificultades que implica para el adolescente concentrarse y realizar tareas académicas, así como sensibilizar al personal respecto a la discapacidad del menor, entre otras.

Así, en el presente asunto se hace evidente la necesidad de efectuar un rol activo por parte de las autoridades con conductas positivas, cambiar paradigmas tradicionales sobre el aprendizaje y confrontar los prejuicios con evidencia científica para poder darle contenido y sustancia al derecho a una educación inclusiva. Es así que el criterio contenido en la resolución expuesta reprueba las acciones que generaron la exclusión del alumno, segregándolo y negándole la posibilidad a disfrutar de su derecho a la educación, pues, como ya se dijo, los déficits —reales o aparentes— en las capacidades de desarrollo no deben utilizarse como justificación para negarle al alumno su derecho a la educación inclusiva.

El segundo asunto a considerar es el Amparo Directo 43/2018. En este asunto la Segunda Sala del alto tribunal determinó que es discriminatorio que el Instituto Mexicano del Seguro Social estableciera, como requisito para la contratación del personal médico, la aplicación de exámenes de VIH/sida. Las razones por las que se consideró que existió un acto discriminatorio fueron las siguientes:

Primero, se consideró discriminatoria la aplicación de exámenes de VIH/sida como requisito para acceder al trabajo médico, porque a la luz de la interpretación simultánea y armónica de los artículos 5 y 6 de la NOM-010-SSA2-2010 se viola el derecho a la igualdad, ya que esta práctica permitiría negar el empleo a la persona, simplemente por su condición de salud, lo que está prohibido por el artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Segundo, porque la práctica de exámenes de VIH/sida a las personas aplicantes no resulta necesaria para proteger la salud de otras personas, pues si aún no forman parte del personal médico, entonces no se justifica la invasión a la privacidad de las personas

solicitantes, ya que en ese momento no deparan riesgo alguno para trabajadores, trabajadoras ni pacientes.

Tercero, porque la protección al derecho a la salud de cualquier manera se cumpliría con la posibilidad de realizar el examen de VIH/sida a las personas que ya se encuentran laborando en las instituciones de salud y que trabajen en las especialidades, áreas médicas o actividades en las cuales, efectivamente, exista un riesgo razonable y objetivo de infección al personal o a pacientes (precisándose que el examen debe aplicarse de manera general a todo el personal del área o especialidad respectiva y no individualizada a un solo trabajador/a), ya que con ello se permite que las instituciones de salud tomen las medidas necesarias a las que están obligadas para que el VIH del trabajador o trabajadora no genere afectaciones en pacientes o en el propio personal.

En otras palabras, se determinó que las leyes aplicables al caso hacen posible, por una parte, que se proteja a las personas con VIH de ser discriminadas en la profesión médica y, por otra, que la condición de VIH del personal médico no genere afectaciones indebidas a pacientes o al personal, pues se reconoce que al establecer exámenes de VIH/sida como requisito de contratación laboral, lejos de coadyuvar y concientizar al resto de la población sobre tal condición de salud, se refuerza un efecto estigmatizante sobre ese grupo.

La sentencia de la que se habla muestra una compilación, sustentada en documentos oficiales y datos estadísticos acerca de los casos, causas, formas de contagio y de los protocolos que se deben observar en presencia del VIH. De una confrontación de los datos obtenidos contra los prejuicios que irradian este padecimiento se obtiene que el hecho de que se prohíba al IMSS realizar exámenes de VIH/sida para la contratación del personal médico, en forma alguna se contrapone con los débitos que tiene tal autoridad de tutelar el derecho a la salud de su personal y de terceros.

Cabe mencionar que dentro de las conclusiones alcanzadas se afirmó que sí es permitido que el multicitado Instituto u otras

instituciones de salud lleven a cabo exámenes de VIH/sida al personal médico, siempre y cuando se realicen de manera posterior a la contratación del profesional de salud y se cumpla con las obligaciones establecidas en una Norma Oficial Mexicana denominada “NOM-010-SSA2-2010”.

Esto significa que los exámenes de VIH/sida que practiquen las instituciones de salud a su personal médico deben cumplir con los siguientes requisitos: deben realizarse después de la contratación; no deben dar lugar al despido del trabajador o trabajadora; el examen de VIH sólo debe practicarse en las especialidades, áreas médicas o actividades en las cuales, efectivamente, exista un riesgo razonable y objetivo de infección al personal o a pacientes, conforme a la naturaleza del trabajo médico respectivo y de forma general, no individualizada; los resultados del examen de VIH/sida no deben ser publicados y por regla general sólo podrán ser del conocimiento de las personas y trabajadores y trabajadoras que, estrictamente, sean responsables o corresponsables de la aplicación de las medidas necesarias para la protección de la salud del personal médico y pacientes.

Así la Segunda Sala concluyó que el hecho de proscribir o pretender prohibir el ejercicio de la profesión médica a una persona, meramente por su condición de VIH, resulta un ejemplo prototípico de una limitación desproporcional al derecho humano al trabajo en condiciones de igualdad, pues se afecta de manera desproporcionada e innecesaria el derecho humano al trabajo en condiciones de igualdad.

De forma contundente, la sentencia subraya que una de las direcciones hacia las cuales apuntan los derechos humanos, en su conjunto, es a generar la posibilidad, dentro de las democracias liberales, de que cada uno o una se encuentre en aptitud de desarrollar su propio proyecto de vida en condiciones de dignidad. Por ende, “aceptar de manera tajante que las personas con VIH se encuentran proscritas del ejercicio de la profesión médica, como lo pretende aducir el Instituto quejoso, no sólo afectaría indebida

e innecesariamente el proyecto de vida de tales personas, sino que, además, privaría al Estado y a la comunidad de los beneficios y talentos que tales sujetos podrían aportar al sector salud; afectándose con ello a la sociedad, en su conjunto”.⁴

Finalmente, sirve de ejemplo al tema lo resuelto en el Amparo Directo 9/2018. En éste, de manera verdaderamente histórica, la Segunda Sala sostuvo que es inconstitucional que las personas empleadoras no estén obligadas a inscribir a las empleadas del hogar ante el Instituto Mexicano del Seguro Social (en adelante IMSS). Ello, ya que no existe ninguna razón constitucionalmente válida ni razonable por la cual la Ley del Seguro Social pueda excluir a tal labor del llamado “régimen obligatorio” de seguridad social, lo cual significa que existe una discriminación legal contra esas trabajadoras.

El anterior precedente dio “voz” a décadas de movimientos sociales por parte de las mujeres que se dedican a esa labor, reconociéndoles no sólo igualdad jurídica respecto de otras profesiones, sino permitiendo que, a través del derecho y en cumplimiento del derecho humano a la seguridad social, en igualdad de condiciones, se les incluya en un régimen de seguridad social adecuado, accesible y suficiente, a fin de, por una parte, lograr una mayor formalidad en el sector laboral y, por otra, permitir que dichas trabajadoras puedan desarrollar un proyecto de vida digno —finalidad última a la que aspira el referido derecho humano.

Se consideró que, al excluir al trabajo doméstico del régimen obligatorio del IMSS, se afecta de manera desproporcionada a la mujer, pues estadísticamente esta labor es realizada en su mayoría por mujeres, un grupo de por sí vulnerable. Pues éste ha sido tradicionalmente objeto de condiciones de trabajo, por decir lo menos, inadecuadas. Una de las repercusiones de una inapropiada protección social es que se refuerzan los estereotipos sobre la supuesta “carencia de valor” que tiene el trabajo doméstico, afectan-

⁴ Amparo Directo 43/2018, p. 40.

do la dignidad de las mujeres que se dedican a esta labor, además de potencializar su situación de precariedad y olvido social.

Así, al conceder el amparo a la quejosa, se determinó, de forma histórica, que, atendiendo al artículo 1 constitucional, al apreciar la existencia de normas discriminatorias que afectan la dignidad de un sector vulnerable, como lo son las trabajadoras del hogar, era deber del Tribunal Constitucional emitir directrices que orientaran a las autoridades competentes para que de manera efectiva se garantizara el goce del derecho humano a la seguridad social.

Por ello determinó que lo procedente, atendiendo a la trascendencia estructural de la problemática, era poner en conocimiento al citado Instituto sobre la situación de discriminación, para que en un plazo prudente, implementara un programa piloto con el fin de diseñar y ejecutar un régimen especial de seguridad social para las trabajadoras del hogar. En ese régimen especial se debían proporcionar, como mínimo, los seguros de: 1) riesgos de trabajo; 2) enfermedades; 3) maternidad y guarderías; 4) invalidez y vida, y 5) retiro, cesantía en edad avanzada y vejez.

En el dictado de la sentencia se emitieron pautas para la implementación de este régimen social propuesto, se determinó que debe ser de carácter obligatorio y no voluntario, de fácil implementación para las personas empleadoras y, además, debe atender a las particularidades del trabajo doméstico, por ejemplo, que en algunos casos las trabajadoras del hogar laboran para más de una empleadora y que sus relaciones laborales no están establecidas en un contrato de trabajo. Lo anterior con el fin de que el Instituto se encuentre en aptitud de proponer al Congreso las adecuaciones necesarias para la incorporación formal del nuevo sistema y, en un plazo no mayor a tres años, se logre obtener una seguridad social efectiva, robusta y suficiente para todas las trabajadoras y trabajadores del hogar en el país.

El análisis de este asunto pone al descubierto cómo, a partir de una problemática particular y específica, se buscó irradiar a

través de sus efectos a todo un grupo que históricamente ha sido vulnerable, para atender el problema sistémico detectado que generaba exclusión, tales efectos trascendieron al punto de obligar a que se rediseñara la política pública en la materia.

El derecho tiene el deber y la función —así lo expresan diversas normas tanto internas como internacionales en materia de derechos humanos— de prevenir, corregir y, en su caso, castigar las diversas formas de discriminación contra la mujer. Casos como el analizado en la especie dan cuenta de que en el Estado mexicano aún subsisten diversos prejuicios y estereotipos sobre el trabajo de la mujer.

No en vano en la sentencia se afirma, acertadamente, que el hecho de que se excluya a las trabajadoras del hogar del régimen obligatorio del seguro social implica reconocer que “una gran parte de la sociedad no considera al trabajo del hogar como una ocupación ‘real’, sino como parte de las actividades ‘normales’ o ‘naturales’ de las mujeres”.⁵ Por ello, éste “es un sector particularmente invisible y estigmatizado”.⁶

Esa visión que aún impera en gran parte de la sociedad tiene como consecuencia, entonces, que no sólo se considere desvalioso el trabajo de la mujer del hogar, sino que, además, se le conciba como parte de las actividades “normales” o “naturales” de las mujeres y, por ende, carezca del carácter de un trabajo “real”. Tales concepciones estereotipadas en forma alguna deben institucionalizarse a través de normas jurídicas.

Por el contrario, atento a los débitos que en materia de derechos humanos ha adoptado el Estado mexicano, es indispensable que tales estereotipos y prejuicios, expresados en forma de ley, sean invalidados y expulsados del ordenamiento legal, a fin de que no se continúen perpetuando aquellas ideas que atentan contra la dignidad de las mujeres trabajadoras y que resultan

⁵ Amparo Directo 9/2018, p. 24.

⁶ *Idem.*

claramente discriminatorias. Es menester recuperar el gran valor social y humano —cualitativo y no meramente cuantitativo— que tienen las labores de cuidado y administración en el hogar realizadas por la mujer. El Poder Judicial tiene el reto de impulsar los cambios institucionales y culturales que permitan revalorar, en forma adecuada, el trabajo realizado por la mujer, en cualquiera de sus formas y manifestaciones. Aún existe una deuda pendiente respecto a la consecución real de una igualdad de iure y de facto entre el hombre y la mujer en el contexto del trabajo.

Al respecto, habría que recordar las palabras de Gandhi: “[d]e todos los males de los que el hombre se ha hecho a sí mismo responsable, no hay ninguno tan degradante, tan repugnante y tan brutal como su explotación desvergonzada de la mitad mejor de la humanidad, llamada injustamente el sexo débil. De los dos, el sexo femenino es el más noble, ya que sigue todavía encarnado en la actualidad el sacrificio, la resignación, la humildad, la fe y la prudencia. Si la no violencia es la ley de nuestro ser, el futuro pertenece a la mujer”.⁷ Sentencias como la emitida en la especie pretenden impedir la explotación laboral de las mujeres trabajadoras, poniendo el acento en su dignidad y, por ende, en su inherente valor como seres humanos, a fin de generarles las condiciones adecuadas y aceptables en el desarrollo de su ejercicio profesional.

Lo anterior genera un tipo de paradigma de justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) que tiene profundas vocaciones de cambio social al que están llamados tales derechos fundamentales. La justicia de los derechos humanos no debe ser meramente reparadora sino sobre todo transformadora, pues tales adjudicaciones no pueden ni deben conformarse con la ordenación reiterada de reparaciones en los casos individuales, sin generar algún cambio o modificación en las prácticas institucio-

⁷ Mahatma Gandhi, *Todos los hombres son hermanos*, Salamanca, Ediciones Sígueme, 1973, p. 227.

nales que dan lugar a esas violaciones de los derechos humanos. Máxime cuando se está ante la presencia de violaciones sistémicas o generalizadas y que, por ende, ameritan una solución de esa misma índole.

Como lo sostuvo esta Segunda Sala, al resolver el llamado “Caso Pabellón 13”, la inclusión expresa de derechos económicos, sociales y culturales en la Constitución tiene un claro objetivo: “mejorar la calidad de vida de los gobernados a través de la consolidación de una nueva estructura de justicia social”.⁸ La Constitución “es el documento que refleja las aspiraciones del pueblo y permite a éste trazar su propio destino”,⁹ por ende, si el Poder Constituyente incorporó todo un conjunto de derechos humanos que tienen como finalidad lograr mejores estadios de justicia social, fuerza es que tales principios constitucionales tengan una incidencia real en la población y se traduzcan en medidas estatales concretas y deliberadas, tendientes a lograr el pleno goce de los DESC.

En efecto, la justicia sobre derechos humanos pretende ser “ejemplar y aleccionadora”.¹⁰ Sirve al conocimiento de la verdad y a la rectificación política y social. En otros términos, “no se confina ni satisface con la decisión escueta sobre la controversia —que, por lo demás, ha cesado—, sino busca aleccionar acerca de los factores de vulneración de derechos fundamentales, las prácticas violatorias, el padecimiento de las víctimas, las exigencias de la reparación que va más allá de las indemnizaciones o las compensaciones patrimoniales, el conocimiento general de las faltas cometidas”.¹¹ En este sentido, “reviste un carácter más acusada-

⁸ Amparo en Revisión 378/2014, p. 59.

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), *Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez en la sentencia sobre el caso La Canuta*, del 29 de noviembre de 2006, párrafo 18.

¹⁰ *Ibid*, párrafo 20.

¹¹ *Idem*.

mente social, histórico, moral, pedagógico, que otras expresiones de la justicia pública”.¹²

La justiciabilidad de los DESC es, en suma, “una forma sui generis de justicia que ingresa en los valores políticos y morales de una sociedad y revisa las relaciones entre el poder político y el ser humano”.¹³ Por ello, fuerza es que nuestros jueces y tribunales, al percibir la magnitud de ciertas violaciones a los DESC, empiecen a generar nuevos paradigmas de adjudicación que permitan ilustrar a las autoridades y a la sociedad sobre la necesidad de lograr el pleno goce de tales derechos humanos. Para ello, no sólo es necesario, sino deseable, que las adjudicaciones de los DESC otorguen un margen de flexibilidad y discreción a las autoridades responsables para crear o reformular aquellas políticas públicas que sean contrarias a los derechos humanos reconocidos por el parámetro de regularidad constitucional.

Lo que interesa no es una mera transformación unilateral y cerrada por parte del Poder Judicial, en la que los jueces tengan la “última palabra”, sino un cambio generado a virtud de verdaderas sentencias “dialógicas” que permitan, tanto a los jueces como a los poderes políticos, trabajar conjuntamente para lograr la mejor solución posible a un problema estructural o sistemático. En la construcción del Estado de derecho, la colaboración y la suma de esfuerzos colectivos, por parte de diversas autoridades, es un requisito indispensable a fin de lograr que las sentencias de los DESC generen verdaderos cambios en la calidad de vida de la población y, con ello, se abone a la eficacia y máxima fuerza jurídica que deben revestir tales derechos fundamentales.

Ahora bien, una vez examinadas las referidas resoluciones en su individualidad, cabe resaltar que en su dictado se procuró en todo momento que las disposiciones respectivas a cada caso no fueran interpretadas de manera aislada, sino de manera sistemática

¹² *Idem.*

¹³ *Ibid.*, párrafo 21.

y en el sentido más favorable a la persona, atendiendo a diversos instrumentos internacionales suscritos por el Estado mexicano, resoluciones de organizaciones internacionales, recomendaciones, informes adoptados por diversos organismos y estándares probatorios, con la finalidad de tener un panorama más amplio de los problemas que se sometieron a estudio y así evitar los discursos cerrados o dicotómicos.

Los criterios alcanzados buscan responder a las necesidades sociales, a reconocer que los ordenamientos jurídicos están expuestos a factores de lenguaje, valores jurídicos, valores persuasivos, referentes teóricos que día a día se van transformando y que impactan de manera directa o indirecta al momento de hacer efectivas las normas.

En suma, todas las determinaciones reseñadas son analizadas bajo su propia lógica y atendiendo al tipo de barreras específicas que se generan, producto de los actos de discriminación, los cuales, como ya se observó, no siempre son directos o evidentes, sino muchas veces indirectos o disimulados. Parte de la vocación transformadora de la justicia consiste en evitar que concepciones estereotipadas se sigan reproduciendo y contribuir a una reestructuración en la sociedad, a fin de que no se continúen perpetuando aquellas ideas que atentan contra la dignidad de las personas.

Por consiguiente, en la labor jurisdiccional resulta significativo tanto el método de análisis de los problemas jurídicos sobre estos tópicos de discriminación como la forma de dar a conocer el contenido de las sentencias producto de ese estudio. Siguiendo el camino de lo hasta ahora razonado, en el momento de hacer públicas las sentencias se acompañó, de forma paralela a éstas, un documento en el cual se explica el contenido de la resolución, con el objeto de que el quejoso comprenda qué fue lo que se determinó en el análisis de su caso —ya sea una sentencia en formato de lectura fácil, o un llamado “sumario”.

En esta especie de sumarios o resoluciones en formato de fácil lectura se consideró de forma particular la barrera a la que se

enfrenta la persona colocada en estado de asimetría respecto de la sociedad en general, con el objeto de hacer accesible para ella y para la sociedad en su conjunto, el contenido del fallo, empleándose un lenguaje cotidiano y prescindiendo del empleo de términos técnico-jurídicos. Ello no es sino la exigencia y cumplimiento de una “justicia abierta”, pues no basta con que las decisiones jurisdiccionales sean públicas, sino que éstas también deben ser entendibles para la mayoría de la población. Tiene poco sentido el permitir el acceso público a una resolución jurisdiccional si sus consideraciones son ininteligibles para el ciudadano o ciudadana promedio.

Finalmente, no puede inadvertirse que el derecho debe ser funcional para resolver o superar los prejuicios y estereotipos que imperan en una sociedad determinada. Por ende, resulta indispensable que se reflexione, como tema preponderante para el saber jurídico, sobre la manera en que las cortes y tribunales se aproximan a este fenómeno, a fin de garantizar y maximizar el derecho humano a la igualdad ante la ley.

Al respecto, Hannah Arendt aleccionaba que los prejuicios —en su buen sentido— no contienen, en sí y por sí mismos, una connotación negativa, ni debemos aspirar a que se supriman ni se erradiquen de los saberes humanos. Es así, pues el hombre, simplemente, “no puede vivir sin prejuicios, y no sólo porque su buen sentido o discernimiento no serían suficientes para juzgar de nuevo todo aquello sobre lo que se pidiera a lo largo de su vida, sino porque una ausencia tal de prejuicios exigiría una alerta sobrehumana”.¹⁴

El problema, en realidad, estriba cuando el prejuicio no es asumido como tal, esto es, cuando al prejuicio se le concibe como si fuese un verdadero juicio —caso en el cual estamos ante un prejuicio “inauténtico”—. Es ahí, en tales circunstancias, cuando

¹⁴ Hannah Arendt, *La promesa de la política*. Barcelona, Paidós, 2008, p. 137.

los prejuicios generan todo tipo de problemas cognoscitivos para el ser humano y, desde luego, llevan a sus detentores a formarse una afirmación basada en la ignorancia o en el error. Si “en sociedad no pretendemos juzgar en absoluto, esta sustitución del juicio por el prejuicio, resulta peligrosa”,¹⁵ ya que en diversas áreas del saber humano, como lo es el derecho, no podemos prescindir de los juicios, porque el pensamiento jurídico, “se basa esencialmente en la capacidad de juzgar”.¹⁶

El peligro del prejuicio reside, precisamente, en que siempre está anclado en el pasado y por eso se anticipa al juicio e impide su formulación. Así, para Arendt, si queremos disolver o erradicar los prejuicios, “debemos redescubrir los juicios pretéritos que contienen, es decir, mostrar su contenido de verdad”.¹⁷ Si ello se soslaya, ni batallones enteros de ilustrados oradores ni bibliotecas enteras pueden conseguir nada contra ellos.

Atendiendo a lo anterior, es importante tener en cuenta que las cortes y tribunales no deben simplemente enfrentar tal prejuicio, en sí y por sí mismo. Si no, antes bien, a partir del razonamiento jurídico y de los diversos saberes humanos, debe enfocar su atención en los juicios pretéritos que contengan el prejuicio determinado y, a partir de ello, proceder a demostrar su contenido de falsedad. Por ejemplo, como se vio en el ya mencionado Amparo Directo 43/2018, la proscripción de que las personas con VIH/sida pueden dedicarse a la profesión médica, parte del prejuicio de que tal padecimiento incapacita a sus detentores para poder desarrollar esa labor.

A su vez, ese prejuicio —la imposibilidad que las personas con VIH/sida puedan ejercer la profesión médica— se basa en un juicio pretérito de que el VIH/sida es una enfermedad peligrosa en sí y por sí misma, ante la facilidad y riesgo inminente de su

¹⁵ *Ibid.*, p. 138.

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ *Idem.*

contagio, por parte de los trabajadores y trabajadoras en el sector salud, hacia las y los pacientes.

Así, para demostrar la falsedad de tal juicio pretérito que da contenido al referido prejuicio, la Segunda Sala consideró importante señalar que existen datos que permiten concluir que, de hecho, el riesgo de transmisión de VIH de un profesional médico a un paciente es muy reducido. Por ejemplo, acorde con datos establecidos en el documento intitulado *The management of HIV infected healthcare workers who perform exposure prone procedures: updated guidance*, publicado por la Agencia de Salud Pública del Reino Unido, “el riesgo estimado de transmisión por parte de un trabajador de salud con VIH a cualquier paciente que haya sido sometido al procedimiento más invasivo con riesgo de exposición existente, oscila entre uno en 33 000 y uno entre 833 000”.¹⁸

Más aún, acorde con las recomendaciones de los Centros para el Control y la Prevención de Enfermedades —en inglés, Centers for Disease Control and Prevention, CDC— adscritos al Departamento de Salud y Servicios Humanos de los Estados Unidos, “los trabajadores de salud que se adhieren a medidas universales de prevención [como lo son el adecuado lavado de las manos y el cuidado en el uso de agujas u otros objetos punzocortantes] y que no realicen procedimientos invasivos, no deparan riesgo alguno de transmitir VIH a sus pacientes”.¹⁹

Como se aprecia, una importante labor de los Tribunales Constitucionales, como entes transformadores de las prácticas y paradigmas contrarios a los derechos humanos, estriba no sólo

¹⁸ Secretaría de Salud de Inglaterra, *The management of HIV infected healthcare workers who perform exposure prone procedures: updated guidance*, Londres, Secretaría de Salud de Inglaterra, 2014, p. 5.

¹⁹ Centers for Disease Control and Prevention (CDC), *Recommendations for Preventing Transmission of Human Immunodeficiency Virus and Hepatitis B Virus to Patients during Exposure-Prone Invasive Procedures*, Atlanta, CDC, 1991 [en línea]. <<https://www.cdc.gov/mmwr/preview/mmwrhtml/00014845.htm>>.

en concretarse a resolver un punto de derecho determinado en torno al principio de igualdad jurídica, sino que debe profundizar en las causas subyacentes de la discriminación, a fin de ilustrar y aleccionar, tanto a las autoridades como a particulares, acerca de la incoherencia o falacia de las supuestas “diferencias negativas o perniciosas” de ciertos grupos de la población y, con base en ello, ir erradicando los prejuicios y estereotipos en los cuales se pretende negar un trato equitativo entre los diferentes grupos o clases que conforman nuestras sociedades. Ésa es la exigencia de una sociedad plural en un Estado de derecho.

Bibliografía

Amparo Directo 9/2018.

Amparo Directo 43/2018.

Amparo en Revisión 378/2014.

ARENDT, HANNAH, *La promesa de la política*. Barcelona, Paidós, 2008.

BINGHAM, TOM, *El Estado de derecho*, trad. Eduardo Medina Mora I. et al. México, Tirant lo Blanch, 2018.

CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION (CDC), *Recommendations for Preventing Transmission of Human Immunodeficiency Virus and Hepatitis B Virus to Patients during Exposure-Prone Invasive Procedures*. Atlanta, CDC, 1991 [en línea]. <<https://www.cdc.gov/mmwr/preview/mmwrhtml/00014845.htm>>.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH), *Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez en la sentencia sobre el caso La Canuta*, del 29 de noviembre de 2006, párrafo 18.

GANDHI, MAHATMA, *Todos los hombres son hermanos*. Salamanca, Ediciones Sígueme, 1973.

SECRETARÍA DE SALUD DE INGLATERRA, *The management of HIV infected healthcare workers who perform exposure prone procedures: updated guidance*. Londres, Secretaría de Salud de Inglaterra, 2014.

SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN

Olga Sánchez Cordero

Secretaria

**CONSEJO NACIONAL PARA
PREVENIR LA DISCRIMINACIÓN**

JUNTA DE GOBIERNO
Representantes del Poder
Ejecutivo Federal

Alejandro de Jesús Encinas Rodríguez

Secretaría de Gobernación

Victoria Rodríguez Ceja

*Secretaría de Hacienda
y Crédito Público*

Hugo López-Gatell Ramírez

Secretaría de Salud

Marcos Bucio Mújica

Secretaría de Educación Pública

Alfredo Domínguez Marrufo

Secretaría del Trabajo y Previsión Social

Iván Rico López

Secretaría de Bienestar

Mónica Maccise Duayhe

Instituto Nacional de las Mujeres

**REPRESENTANTES DESIGNADOS
POR LA ASAMBLEA CONSULTIVA**

Mariclaire Acosta Urquidi

Haydeé Pérez Garrido

Carlos Heredia Zubieta

Miguel Concha Malo

José Antonio Guevara

Amaranta Gómez Regalado

Mauricio Meschoulam

INSTITUCIONES INVITADAS

Centro Nacional para la Prevención y el
Control del VIH/Sida

Consejo Nacional para el Desarrollo
y la Inclusión de las Personas con
Discapacidad

Instituto Mexicano de la Juventud

Instituto Nacional de las Personas
Adultas Mayores

Instituto Nacional de los Pueblos
Indígenas

Instituto Nacional de Migración

Sistema Nacional para el Desarrollo
Integral de la Familia

ÓRGANO DE VIGILANCIA

Manuel Peralta García

Saúl Bolaños Bolaños

Secretaría de la Función Pública

ASAMBLEA CONSULTIVA

Mariclaire Acosta Urquidi

Presidenta

Elena Azaola Garrido

Marcelina Bautista Bautista

Leticia Bonifaz Alfonzo

Miguel Concha Malo

Sarah Corona Berkin

Jessica Marjane Durán Franco

Mario Luis Fuentes Alcalá

Amaranta Gómez Regalado

José Antonio Guevara Bermúdez

Carlos Heredia Zubieta

Mauricio Meschoulam

Pedro Sergio Peñaloza Pérez

Patricio Solís Gutiérrez

Haydeé Pérez Garrido

Jacqueline Peschard Mariscal

Diego Petersen Farah

Carlos Puig Soberon

Alejandro Ramírez Magaña

Estefanía Vela Barba

*Sentencias relevantes
en materia de igualdad y no discriminación.
Análisis de casos.*

Edición al cuidado de la Dirección de Publicaciones y Biblioteca del Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE) y el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (Conapred). Esta obra se editó en febrero de 2021.

En su composición tipográfica se utilizó la familia: *Adobe Caslon Pro*, diseñada por William Caslon.



SENTENCIAS RELEVANTES EN MATERIA DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN ANÁLISIS DE CASOS

La discriminación es un problema estructural. Prejuicios, estereotipos y estigmas son prácticas que vulneran la dignidad humana y, en pleno siglo XXI, por sorprendente que parezca, impiden el pleno goce de ciertos derechos como el trabajo, la seguridad social, la educación y la impartición de justicia.

Sentencias relevantes en materia de igualdad y no discriminación es un libro que analiza la compleja situación nacional en materia de exclusión. Muestra, también, algunos criterios jurisprudenciales que han contribuido en la construcción de un Estado comprometido con la igualdad sustantiva.

La discriminación es una realidad y debemos visibilizar el fenómeno, así como reconocer el trabajo que han emprendido los gobiernos —federal y locales— y diversas instituciones para afrontarlo.

La lucha contra la discriminación demuestra que, a través de las diversas herramientas del derecho, es posible mejorar la vida de las personas y construir una sociedad más incluyente e igualitaria.

ISBN 978-607-560-082-6

