

AÑO 4, NÚMERO 7, JULIO-DICIEMBRE 2020

Revista Especializada en Investigación Jurídica

ISSN: 2448-8739

<http://dx.doi.org/10.20983/reij.2020.2>

Editores invitados:
Dra. Olivia Aguirre Bonilla
Dr. Rafael Enrique Valenzuela Mendoza

7 | Centro de Investigaciones
JURÍDICAS / UACJ

Universidad Autónoma de Ciudad Juárez

Juan Ignacio Camargo Nassar

Rector

Daniel Constandse Cortez

Secretario General

Antonio de la Mora Covarrubias

Director General de Servicios Académicos

Jesús Meza Vega

Director General de Comunicación Universitaria

Alonso Morales Muñoz

Director del Instituto de Ciencias Sociales
y Administración

**Revista Especializada en Investigación
Jurídica**

EDITORES RESPONSABLES

Javier Ignacio Camargo Nassar

Wendolyne Nava González

COMITÉ CIENTÍFICO ASESOR

Diego Barría Traverso

(Universidad de Santiago de Chile)

Rubén Omar Carrizo

(Universidad Nacional de Catamarca, Argentina)

Sergio Díaz Rendón

(Universidad Autónoma de Coahuila)

Rosángela Murcio

(Universidad Nacional Autónoma de México)

COMITÉ EDITORIAL

José Antonio Estévez

(Universidad de Barcelona)

Jaime Fernando Cárdenas Gracia

(Universidad Nacional Autónoma de México)

Salvador Martí

(Universidad de Girona)

Jorge Alberto González Galván

(Universidad Nacional Autónoma de México)

Fernando Barrientos

(Universidad Autónoma de Guanajuato)

Ilka Treminio Sánchez

(Directora de Flacso, Costa Rica)

Ares Nahim Mejía Alcántara

(Universidad Nacional Autónoma de México)

Manuel Bermúdez Tapia

(Universidad Privada de San Juan Bautista, Perú)

Gisselle de la Cruz Hermida

(Universidad Autónoma de Ciudad Juárez)

Hugo Manuel Camarillo Hinojoza

(Universidad Autónoma de Ciudad Juárez)

Gerardo González Rentería

(Universidad Autónoma de Ciudad Juárez)

Abraham Martínez Montoya

(Universidad Autónoma de Ciudad Juárez)

Carlos Alberto Martínez Beltrán

(Universidad Autónoma de Ciudad Juárez)

Revista Especializada en Investigación Jurídica

Año 4-Número 7- julio-diciembre 2020.

Es una publicación semestral arbitrada por pares y editada por la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, a través del Centro de Investigaciones Jurídicas, con recursos propios. Av. Universidad y Heroico Colegio Militar (zona El Chamizal) s/n, CP 32300, Ciudad Juárez, Chihuahua, México, Tel. (656) 6883800, ext. 3656. **Página web:** <http://reij.uacj.mx>; **correo electrónico:** reij@uacj.mx. Editores responsables: Dr. Javier Ignacio Camargo Nassar y Dra. Wendolyne Nava González. Reserva de uso exclusivo No. 04-2017-040309333500-203, ISSN 2448-8739, ambos otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización de este número: Dirección General de Difusión Cultural y Divulgación Científica, Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, Tel. (656) 6881824, ext. 1974. Las opiniones expresadas en los artículos son responsabilidad de sus autores. Se autoriza la reproducción total de los contenidos e imágenes, siempre y cuando se cite la fuente.

AÑO 4, NÚMERO 7 · JULIO-DICIEMBRE 2020

Revista Especializada en Investigación Jurídica

ISSN: 2448-8739

<http://dx.doi.org/10.20983/reij.2020.2>

Publicación del Centro de Investigaciones Jurídicas

...

Universidad Autónoma de Ciudad Juárez

CONTENIDO

PRESENTACIÓN

6

EDITORIAL

El consentimiento por medios electrónicos en el Código Civil y el uso de medios electrónicos y la tecnología en el ámbito notarial

JAVIER IGNACIO CAMARGO NASSAR,
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE CIUDAD JUÁREZ (UACJ);
ORCID: 0000-0002-2846-7193

8

Los hijos e hijas de madres en reclusión en México: el proceso de separación

XOCHITHL GUADALUPE RANGEL ROMERO,
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE SAN LUIS POTOSÍ
ORCID: 0000-0002-0543-2852

46

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

Formalidades del debido proceso penal: la teoría del caso

JOSÉ JULIO NARES HERNÁNDEZ, UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MÉXICO
ORCID: 0000-0001-5402-1227

ÁNGEL MEDEL INFANTE, UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MÉXICO
ORCID: 0000-0002-4870-9874

SAMUEL OLMOS PEÑA, UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE ESTADO DE MÉXICO
ORCID: 0000-0001-7843-4771

18

La formación jurídica del deportista en Cuba

ALCIDES FRANCISCO ANTÚNEZ SÁNCHEZ, UNIVERSIDAD DE GRANMA. REPÚBLICA DE CUBA
ORCID: 0000-0002-8561-6837

ILIANYS MATOS GUERRA, MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. REPÚBLICA DE CUBA
ORCID: 0000-0002-6215-1360

62

**COMENTARIOS
JURISPRUDENCIALES**

**La jurisprudencia de la
Suprema Corte de Justicia
de la Nación en materia
de prohibición absoluta
del consumo lúdico de
marihuana**

CARLOS MARTÍN GÓMEZ
MARINERO, UNIVERSIDAD
VERACRUZANA
ORCID: 0000-0002-8433-
8871

93

SECCIÓN ESPECIAL

**El derecho a una muerte
digna, una elección libre**

VALERIA ESCALANTE
MARTÍNEZ, UNIVERSIDAD
AUTÓNOMA DE CIUDAD
JUÁREZ
ORCID: 0000-0001-9341-
4955

100

**Incompatibilidad del
sistema de antecedentes
penales en México con los
derechos humanos**

HÉCTOR ALFREDO ARCE
ARAGÓN, UNIVERSIDAD
AUTÓNOMA DE CIUDAD
JUÁREZ
ORCID: 0000-0003-1213-
8579

121

**La despenalización del
aborto en el México actual:
elementos para un debate**

NOLBERTO TLACAELEL
ACOSTA PÉREZ,
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA
DE CIUDAD JUÁREZ
ORCID: 0000-0003-2846-
7107

148

**Derechos fundamentales
y subrogación materna en
México: la regulación en
Tabasco, Sinaloa y Ciudad de
México**

AMEYALI GONZÁLEZ
PARADA, UNIVERSIDAD
AUTÓNOMA DE CIUDAD
JUÁREZ
ORCID: 0000-0002-5016-
3516

167

PRESENTACIÓN

Estimados lectores.-

Con gran satisfacción y compromiso presento el número 7 del volumen 4 de la *Revista Especializada en Investigación Jurídica*. Definitivamente ha sido una magnífica experiencia y un año de arduo trabajo. Cabe destacar que durante el 2020 se han incorporado a nuestro Comité Editorial extraordinarios investigadores tanto nacionales como internacionales, y al mismo tiempo hemos ampliado nuestra cartera de revisores con el objetivo de disminuir los tiempos de respuesta. Así, ahora estamos en una excelente posición para mejorar aún más la calidad de la revista, lo que nos permitirá ingresar a nuevos índices, aumentar el número de lectores y el impacto de la REIJ. Me gustaría aprovechar esta oportunidad para agradecer al doctor Javier Ignacio Camargo Nassar, Editor Responsable, por su apoyo incondicional a este proyecto.

Les comparto que en este número hemos incluido un apartado especial con artículos de investigación de los estudiantes de la Maestría en Investigación Jurídica, la cual pertenece al Padrón del Programa Nacional de Posgrados de Calidad. Los editores invitados para esta sección son los doctores Olivia Aguirre Bonilla y Rafael

Enrique Valenzuela Mendoza, ambos excelentes investigadores, a quienes aprovecho para agradecer y reconocer su magnífica labor.

Espero que el contenido de este número y los artículos de investigación del apartado especial fortalezcan su conocimiento y sean referentes en sus futuras investigaciones.

Me despido, no sin antes agradecer la confianza depositada.

Wendolyne Nava González
Editora en Jefe



EDITORIAL EL CONSENTIMIENTO

POR MEDIOS ELECTRÓNICOS EN EL CÓDIGO CIVIL Y EL USO DE MEDIOS ELECTRÓNICOS
Y LA TECNOLOGÍA EN EL ÁMBITO NOTARIAL

<http://dx.doi.org/10.20983/reij.2020.2.0>

JAVIER IGNACIO CAMARGO NASSAR¹

Primera parte: el Consentimiento por medios electrónicos en el Código Civil

El Código Civil del Estado de Chihuahua reconoce la posibilidad de que el consentimiento, además de las formas tradicionales que ya conocemos, sea expresado por medios electrónicos, ópticos o mediante cualquier otro tipo de tecnología.

Dice así el artículo 1697 recientemente adicionado a nuestra legislación:

Artículo 1697. El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito, por signos inequívocos, por medios electrónicos, ópticos o cualquier otro tipo de tecnología. El tácito resultará de hechos o de actos que lo presuman o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio, la voluntad deba manifestarse expresamente.

El consentimiento, como sabemos, se forma por dos elementos: el primero, la oferta o propuesta, en la que una persona hace saber a otra los términos de un acto jurídico que pretende celebrar y el segundo, la aceptación, que en palabras del maestro Carlos Silveyra Saito,

¹ México, abril 2020. Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, Profesor de Derecho Procesal, Firma Digital y Contratos Electrónicos en la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, Notario Público en Ciudad Juárez, Chihuahua.

en su curso de Obligaciones (1978), implica la adhesión a una oferta o policitación. (De esta manera acostumbraba pronunciar las palabras para acentuar su importancia).

Así, para el propósito de esta breve reflexión, centraremos el tema en dos personas que pretenden celebrar entre sí un acto jurídico, en el ejemplo nos vamos a referir a un contrato, sin especificar aún cuál.

El medio tradicional de celebrar este acto jurídico es en forma verbal en el caso de los contratos consensuales, o por escrito, en los contratos formales o solemnes.

En este momento es importante tener presente la clasificación de los contratos de acuerdo con sus requisitos de forma; la forma, como sabemos, es la manera como debe plasmarse, asentarse o hacer constar la voluntad de quienes celebran en un acto jurídico.

Los contratos se clasifican en consensuales, formales y solemnes. Los primeros se perfeccionan con el mero acuerdo de voluntades, es decir, con la sola oferta y aceptación en forma verbal sin que se requiera que tal acto jurídico conste por escrito, ni de ninguna otra formalidad. Tenemos como ejemplo la compraventa de bienes muebles, que como indica el Código Civil, no requiere de formalidad alguna:

Artículo 2186. El contrato de compraventa no requiere para su validez formali-

dad alguna especial, sino cuando recae sobre un inmueble.

Sin embargo, al celebrar un acto jurídico sobre un bien mueble, las partes que intervienen suelen hacerlo por escrito, con la firma autógrafa de los interesados, sin importar si esto es un requisito de forma o no. Su intención es contar con un documento que sirva de prueba y les proporcione certeza y seguridad del acto jurídico celebrado.

Pues bien, esta clase de contratos puede celebrarse válidamente por medios electrónicos a partir del contenido del artículo 1697 del Código Civil ya transcrito, que claramente dispone que la expresión de la voluntad de una persona para celebrar un acto jurídico puede expresarse “por escrito, mediante signos inequívocos, por medios electrónicos, ópticos o cualquier otro tipo de tecnología”.

Es necesario precisar que de acuerdo con las normas de nuestro Código Civil solo es posible celebrar por medio electrónicos actos jurídicos de carácter consensual, pues aquellos que requieren constar por escrito deben esperar una adición al Código que permitirá hacerlo del mismo modo.

También dispone el Código Civil en el artículo 1705, que:

La propuesta y aceptación hechas por medios electrónicos, ópticos o por cualquier otro tipo de tecnología, tendrán

EL CONSENTIMIENTO

POR MEDIOS ELECTRÓNICOS EN EL CÓDIGO CIVIL Y EL USO DE MEDIOS ELECTRÓNICOS
Y LA TECNOLOGÍA EN EL ÁMBITO NOTARIAL

plena validez legal y producirán todos sus efectos sin haber mediado una estipulación por escrito de las partes, en los términos previstos en el Código de Comercio, en su artículo 89 bis.

Por su parte, el artículo 89 bis del Código de Comercio a que se refiere el artículo anterior, previene lo siguiente:

- No se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a cualquier tipo de información por la sola razón de que esté contenida en un Mensaje de Datos.²
- Dichos mensajes podrán ser utilizados como medio probatorio en cualquier diligencia ante autoridad legalmente reconocida, y surtirán los mismos efectos jurídicos que la documentación impresa.
- Siempre y cuando los mensajes de datos se ajusten a las disposiciones de este Código y a los lineamientos normativos correspondientes.

Aclaro que el Código de Comercio cuenta con un capítulo que regula tanto el comercio como la firma electrónica y permite celebra actos jurídicos por este medio, pero solo es aplicable a los actos de comercio, no a los contratos regulados por el derecho común, salvo por la remisión de nuestro Código al artículo 89 bis del Código de Comercio.

La pregunta que deja sin respuesta el último apartado del artículo 89 bis es si los actos celebrados a la luz del artículo 1697 y 1705 del Código Civil, para ser válidos necesariamente deben ajustarse como dice el artículo 89 bis a “las disposiciones de este Código [el de Comercio] y

² Un mensaje de datos es toda información que ha sido generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, ópticos o mediante cualquier otra tecnología.

a los lineamientos normativos correspondientes”, lo que si bien parece interesante, resulta complicado, pues implica la necesidad de aplicar al conjunto de disposiciones que regulan el consentimiento en materia civil, todas aquellas contenidas en el Código de Comercio.

Pero no creo que sea necesario agotar esa discusión si lo que tratamos es de encontrar un método que nos permita utilizar la tecnología como medio de comunicación, así que, con el ánimo de contribuir a ese propósito, estimo que con la inclusión en el Código Civil de los dos artículos que he mencionado, podemos celebrar actos jurídicos, particularmente un contrato consensual por medios electrónicos, por ejemplo, un contrato de compraventa de un bien mueble, atendiendo a las siguientes consideraciones:

1^a. El artículo 1697 del Código Civil acepta la posibilidad de expresar el consentimiento por medios electrónicos, ópticos o mediante cualquier otra tecnología, y con eso otorga validez y forma legal a los actos que se celebren por este medio, p. ej. correo electrónico o e-mail, WhatsApp, mensaje de texto o USB, inclusive algunas aplicaciones electrónicas que brindan esta facilidad. (Anteriormente tendría que ser expresado en forma verbal, por escrito o mediante signo inequívocos).

2^a. El artículo 1705 se refiere a validez legal de la oferta y aceptación a través de los medios a que nos hemos referido y remite al Código de Comercio para reafirmar la idea de que no se puede negar validez o fuerza probatoria a un acto jurídico por el solo hecho de estar consignado en un mensaje de datos. Este artículo reafirma la fuerza probatoria y la validez en juicio de los actos consignados en un mensaje de datos, cuando se desconoce por no encontrarse impreso, con la firma autógrafa de los interesados.

El contenido del artículo 1705 tiene sentido porque habitualmente se objeta la validez de los actos consignados en medios electrónicos, por dos razones: (1) la dificultad de acreditar la integridad de un mensaje de datos, en caso de que la persona a la que se le atribuye reclame que el texto de un documento redactado en forma electrónica fue alterado, p. ej. un correo electrónico, y (2) la necesidad de probar que un documento electrónico fue enviado por determinada persona y en consecuencia reconoce como suyo el contenido del documento, en caso de que a quien se le atribuya, niegue haberlo hecho.

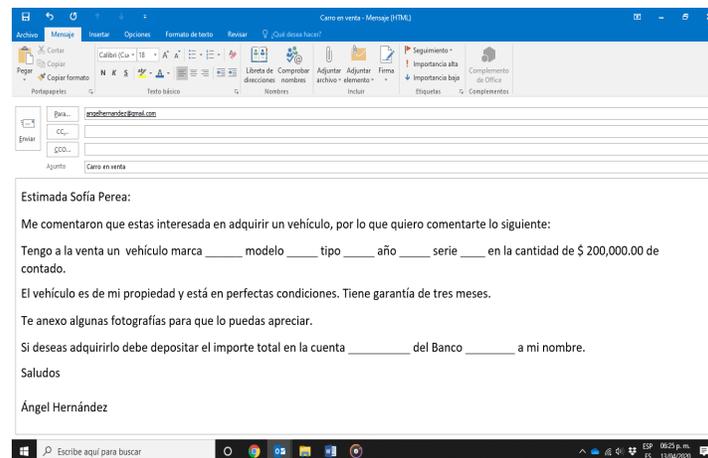
Pues bien, para evitar discusiones de esa naturaleza, el artículo 1705 que hemos citado, y el 89 bis al que remite, establecen la fuerza probatoria de los documentos redactados en forma electrónica o mediante cualquier otro tipo de tecnología.

El Código de Comercio contiene, como dije, una serie de disposiciones legales apoyadas por dispositivos electrónicos (como la firma electrónica avanzada) que permiten resolver los dos problemas a que nos hemos referido anteriormente (la integridad del documento y que le sea atribuible a una persona) pero aún no están recono-

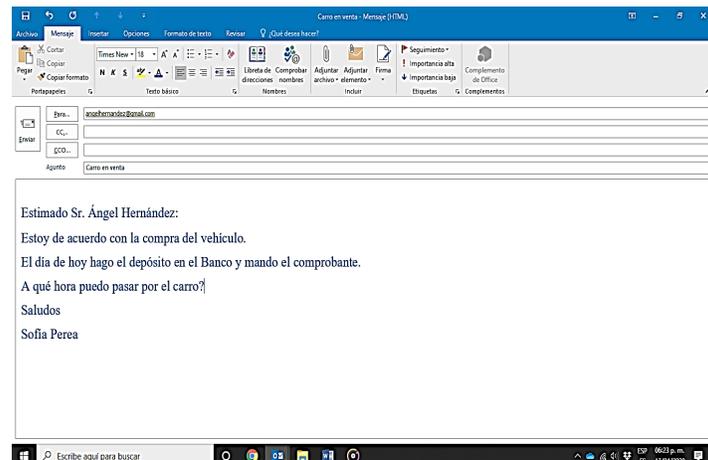
cidas por nuestro Derecho Civil y muchas personas no cuentan con ese dispositivo, lo que obliga a buscar una solución sencilla y funcional a este inconveniente.

Volviendo al caso que tomamos como ejemplo para este estudio (la compraventa de un bien mueble), una vez que la oferta y la aceptación se expresan por medios electrónicos o mediante cualquier otra tecnología, el contrato queda perfeccionado, pues el consentimiento ha sido expresado válidamente y el contrato no requiere redactarse por escrito.

Esta es la oferta:



Y esta es la aceptación



De acuerdo al artículo 1701 del Código Civil el contrato se perfecciona una vez que el oferente recibe la aceptación.³

En el caso que tomamos como ejemplo, tratamos de resolver solamente la cuestión de la forma como elemento de validez y el consentimiento como elemento de existencia, asumiendo que reúne los demás elementos de existencia (consentimiento, objeto y solemnidad) y validez (ausencia de vicios del consentimiento, capacidad, objeto, motivo o fin lícito y forma).

La prueba del acto

No pasa desapercibida la pregunta que muchos debemos hacernos acerca de ¿Cómo vamos a probar la validez de un acto celebrado mediante un correo electrónico o un WhatsApp cuando alguna de las partes niegue su integridad o se rehúse a aceptar ese mensaje como propio, si no está redactado por escrito y firmado por las partes?

Antes de abordar este punto en el párrafo siguiente, convengamos que este problema se puede presentar en cualquier contrato que celebremos en forma verbal, incluso en algunos redactados por escrito, por lo que no es algo inherente a los celebrados por medios electrónicos y que el incumplimiento de un contrato es ajeno a su perfeccionamiento.

³ Artículo 1701. El contrato se forma en el momento en que el proponente recibe la aceptación, estando ligado por su oferta según los artículos precedentes.

Ahora bien, si el contrato ya se ha perfeccionado, nos queda pendiente por resolver la posibilidad de probar por una parte la integridad del contenido de los documentos electrónicos que contienen la oferta y su aceptación, y por la otra, que le sea atribuible a las personas que intervinieron en la celebración de este acto (vendedor y comprador), para el caso de que uno o el otro niegue su autenticidad.

Debemos tener presente que el Código de Procedimientos Civiles reconoce como prueba todos aquellos elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia y la tecnología y particularmente establece respecto de los mensajes de datos que, para valorar su fuerza probatoria, se estimará primordialmente a la fiabilidad del método en que haya sido generada, archivada, comunicada o conservada (Artículo 354).

Esto significa que para establecer el valor de un mensaje de datos debemos atender fundamentalmente al grado de confianza y seguridad que ofrece el procedimiento utilizado para generar, archivar, comunicar o conservar ese mensaje de datos. Este objetivo se puede lograr con el uso de una firma electrónica avanzada, pero por ahora debemos encontrar otra solución más sencilla que no requiera del uso de ese dispositivo electrónico.

La solución más sencilla es el uso de una videoconferencia o videollamada, en donde se confirmen los términos del contrato

celebrado. Esto es únicamente como un elemento de prueba, no para el perfeccionamiento del contrato.

Mediante cualquier sistema que nos permita grabar sonido e imagen, como WhatsApp, Zoom, Teams, Skype, que son aplicaciones gratuitas y de fácil acceso, podemos grabar una videoconferencia en la que ambas partes interactúen y confirmen los elementos del contrato celebrado, así como la integridad de los mensajes de datos y que fueron enviados y recibidos por cada uno de ellos. El archivo que contiene la operación debe almacenarse al igual que los documentos electrónicos originales.

Desde luego que si optamos por realizar toda la operación por medio de la videoconferencia, el acto es legal y cumple con el requisito de forma y de la expresión del consentimiento como elemento de existencia.

Antes de terminar, quiero tratar de resolver otra pregunta que quizá se haga alguna persona que lee este artículo: ¿Qué pasa si uno de los contratantes se encuentra en otro estado de la República? ¿El acto será válido a pesar de que en el otro Estado no se reconoce la expresión del consentimiento por medios electrónicos? La respuesta la encontramos en el artículo 8 del Código Civil del Estado que establece:

Artículo 8. Los actos jurídicos, en todo lo relativo a su forma se sujetarán a las le-

yes del lugar donde se celebren. Los residentes fuera del Estado, sean mexicanos o extranjeros, que celebren actos cuya ejecución o efectos se produzcan dentro del territorio del Estado, podrán sujetarlos a las formalidades prescritas por este Código; por ese sólo hecho, se entienden sometidos a las disposiciones del mismo y a las demás leyes locales relativas.

La solución consiste entonces en incluir dentro del mensaje de datos y del video mencionado, la voluntad de las partes de sujetar el acto a “las formalidades prescritas por el Código Civil del Estado de Chihuahua”.

Con esto concluyo la primera parte de este artículo, espero que el planteamiento sea el adecuado y sirva de base para que otras personas hagan mejores aportaciones al conocimiento del tema.

Segunda parte: El uso de medios electrónicos y la tecnología en el ámbito notarial

Otro tema que deseo abordar es una propuesta sobre el uso de los medios electrónicos y la tecnología en el ámbito notarial; lo hago aquí porque tiene relación con el uso de sistemas electrónicos de videoconferencia a que me refiero en la primera parte de este artículo.

El planteamiento inicia a partir del contenido del artículo 6 de la Ley del Nota-

riado del estado de Chihuahua que dice lo siguiente:

Artículo 6. La Notaría o Notario Público podrá hacer uso de los medios electrónicos y de la tecnología para el ejercicio de su función y la transferencia de información tanto a la Dirección como a las demás dependencias gubernamentales con las que interactúe.

Esta ley, publicada en enero de 2020, contiene varias disposiciones importantes relacionadas con el uso de medios electrónicos y tecnología en la función notarial, pero por ahora me voy a enfocar en la aplicación de este artículo para la firma de instrumentos notariales fuera de la oficina del notario, a través de una videoconferencia.

Para ello, adicionalmente voy a retomar el contenido de los artículos 85 y 105 de la misma ley. El primero de los artículos citados en la parte que nos interesa, dispone:

Artículo 85. Por ningún motivo podrán sacarse de la Notaría los libros del Protocolo, ni en su caso, los folios ... si no es por la Notaría o Notario o por la o las personas autorizadas conforme a este mismo artículo. ... Los libros del Protocolo y los folios que no hayan sido empastados, podrán sacarse: ...

IV. Dentro del Distrito Judicial que corresponda a la Notaría o Notario Público, solamente para que se obtengan las firmas

de las personas comparecientes, siempre y cuando estas no puedan asistir a la Notaría, o la Notaría o Notario Público esté en plena disposición de que se levanten fuera de la misma.

Cuando exista la necesidad de sacar los libros de la Notaría lo hará la Notaría o Notario Público, o, bajo su responsabilidad, a quien éste designe.

Por otra parte, dentro de los hechos que debe hacer constar el notario “bajo su fe” al momento de autorizar una escritura, encontramos en el artículo 105 de la ley, entre algunos otros, los siguientes cinco que son importantes para este planteamiento:

1. Que conoce o no a los comparecientes.⁴
2. Que los comparecientes a su juicio tienen capacidad legal.⁵
3. Que leyó la escritura pública a los comparecientes, o que la leyeron por sí mismas.
4. Que explicó a los comparecientes, cuando proceda, el valor y las consecuencias legales del contenido de la escritura pública.
5. Que los comparecientes manifestaron su conformidad con la escritura pública y firmaron esta, o no lo hicieron por de-

⁴ En caso de que no conozca a alguna persona, debe hacer constar su identidad agregando al apéndice copia certificada del documento público que la acredite.

⁵ Basta que no observe en ella manifestaciones patentes de incapacidad natural y que no tenga aviso fehaciente de incapacidad competente de que está sujetas a interdicción.

clarar que no saben o que no pueden firmar.

Finalmente, para completar el marco teórico legal, solamente quiero hacer referencia a las atribuciones que según la propia ley corresponden a los notarios (artículo 5):

están investidos de fe pública, para hacer constar los hechos y actos jurídicos a los que las partes interesadas deban o quieran dar autenticidad conforme a las leyes, y cuentan con autorización para intervenir en tales actos o hechos, revisiéndolos de solemnidad y formas legales...

Siendo así, del texto de la Ley no se desprende que el Notario deba estar físicamente presente al momento de la firma de una escritura, en sí, el artículo 85 citado implícitamente permite que la firma de los instrumentos notariales se obtenga fuera de la notaría,⁶ sin la presencia del notario público que los autoriza, siempre que lo haga la persona que el propio notario designe bajo su responsabilidad, lo cual debe hacer constar el notario.

El instrumento notarial firmado en esas condiciones es plenamente válido, a pesar, insisto, que el notario no se encuen-

6 La Notaría es el domicilio en el que el Notario realiza en forma permanente la función notarial. Ahí se encuentra su sello de autorizar y sus libros de protocolo.

tre presente al momento de firmarse. Esta disposición ya se encontraba en la anterior Ley del Notariado, y por ello era posible recurrir a este procedimiento para obtener la firma de los comparecientes fuera de la notaría, pero no contemplaba el uso de medios electrónicos como lo hace la ley actual.

Por esa razón, la propuesta de aprovechar la gran oportunidad de introducir paulatinamente al ejercicio profesional el uso de medios electrónicos, iniciando por reconocer con naturalidad la legalidad de un instrumento notarial firmado [con firma autógrafa⁷ por una persona que se encuentra fuera de la notaría,⁸ interconectada por medio de una videoconferencia con el notario, con quien interactúa en tiempo real y en ese momento, en presencia del notario estampa la firma en el documento. El notario debe hacer constar bajo su fe, de la forma que siempre lo hace, lo dispuesto por el artículo 105 que ya mencioné:

...el conocimiento del firmante⁹ o la forma en que se ha identificado; su capacidad legal; la lectura de la escritura, que puede hacer el interesado o el propio

7 La firma autógrafa significa que está firmada de mano de su propio autor.

8 Desde luego que el notario debe autorizar que los folios se remitan al lugar en donde se encuentra la persona que va a firmar el documento.

9 Este procedimiento resulta muy accesible en los casos en que el notario conoce al compareciente, pues ya no se requiere acreditar su identidad con documentos públicos.

notario en la videoconferencia; la explicación y la conformidad del o los comparecientes, y desde luego que fue firmado en su presencia.

Efectivamente, el documento fue firmado en presencia de notario porque este presenció personalmente el acto de la firma autógrafa en el documento, aun cuando lo haya hecho a través de un medio electrónico que la ley le permite ahora utilizar.

El notario debe plasmar por escrito en el propio instrumento notarial los hechos que he mencionado tal y como siempre los asienta; lo que sucede ahora es que materialmente fueron realizados interactuando por medio de una videoconferencia con el compareciente y no de manera presencial. No hay razón para menospreciar la comunicación que logramos así entre el notario y el firmante, pues es de la misma calidad que cuando el interesado acude a la notaría a firmar el documento.

Adicionalmente el notario puede, si lo considera necesario, hacer constar bajo su fe que la comunicación fue por medio de videoconferencia.



Esta comunicación puede lograrse a través de aplicaciones tan sencillas como WhatsApp, Skype, Zoom, Teams de Microsoft, Hangouts de Google, Whereby, o cualquier otra a su alcance; no requiere ser grabada, porque el notario hace constar bajo su fe los hechos a que me refiero de la misma manera como la hace cuando se firma de manera presencial. Es la fe pública de la que se encuentra investido el notario lo que da certeza al acto que autoriza, no la grabación.

Así doy por terminado este planteamiento.

Es necesario contar con nuevas propuestas que nos permitan iniciar el camino para introducir en el ejercicio profesional el uso de tecnologías. Si no hacemos el intento, perderemos la oportunidad de desarrollar con mayor amplitud este campo.



FORMALIDADES

DEL DEBIDO PROCESO PENAL: LA TEORÍA DEL CASO

<http://dx.doi.org/10.20983/rej.2020.2.1>

JOSÉ JULIO NARES HERNÁNDEZ¹

ÁNGEL MEDEL INFANTE²

SAMUEL OLMOS PEÑA³

FECHA DE RECEPCIÓN: 27 de junio 2019

FECHA DE ACEPTACIÓN: 24 de septiembre 2019

SUMARIO. I. Introducción. II. Debido proceso penal. III. Derecho fundamental del debido proceso penal del imputado y de la víctima. IV. La teoría del caso como método de argumentación. V. La teoría del caso como formalidad del debido proceso penal. VI. La teoría del caso como medio para la materialización de los principios del proceso penal acusatorio. VII. La teoría del caso en los alegatos de apertura, desahogo de las pruebas, los alegatos de clausura y la sentencia. VIII. Conclusiones. IX. Bibliografía.

Resumen

La teoría del caso es una metodología que utilizan las partes en el procedimiento penal para construir los argumentos jurídicos que habrán de presentar ante el juzgador, con la finalidad de convencerlo sobre su versión de los hechos. En México esta teoría no se encuentra incorporada en el Código Nacional de Procedimientos Penales, su función ha sido interpretada en diversas tesis emitidas por los tribunales federales. El objeto de este artículo de investigación es analizar el contenido y al-

- 1 Profesor-Investigador de la Universidad Autónoma del Estado de México, México, jnh551107@hotmail.com ORCID: 0000-0001-5402-1227.
- 2 Profesor de la Universidad Autónoma del Estado de México, México, hansel210380@hotmail.com. ORCID: 0000-0002-4870-9874.
- 3 Profesor-Investigador de la Universidad Autónoma del Estado de México, México, solmosp@uaemex.mx. ORCID: 0000-0001-7843-4771.

cance de la teoría del caso de conformidad con dichas interpretaciones, planteando como problema si es posible determinar su naturaleza jurídica en el proceso penal acusatorio mexicano. Se concluye que la teoría del caso es una garantía del derecho fundamental a una oportuna y adecuada defensa, sujeta a las formalidades del debido proceso penal. Como garantía procesal, es el derecho de las partes el exigir su cumplimiento y la obligación del juzgador de velar por su observancia.

Palabras clave: proceso penal acusatorio, teoría del caso, garantía procesal, formalidades del procedimiento, debido proceso.

Formalities of the due criminal process: the case theory

Abstract

The theory of the case is a methodology used by the parties to the criminal proceedings to construct the legal arguments to be presented before the judge, in order to convince him of his version of the facts. In Mexico, this theory is not incorporated in the National Code of Criminal Procedure, its function has been interpreted in various theses issued by the federal courts. The purpose of this research article is to analyze the content and scope of the case theory in accordance with such interpretations, raising as a problem whether it is possible to determine its legal nature in the Mexican accusatory criminal proce-

edings. It is concluded that the theory of the case is a guarantee of the fundamental right to a timely and adequate defense, subject to the formalities of due process of criminal proceedings. As a procedural guarantee, it is the right of the parties to demand compliance and the obligation of the judge to ensure compliance.

Key words: accusatory criminal proceedings, case theory, procedural guarantee, formalities of the procedure, due process of law.

I. Introducción

El proceso penal acusatorio fue establecido en México mediante la reforma de 2008 a diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Una de las finalidades del proceso penal acusatorio es establecer la verdad de los hechos por las vías jurídicas, la cual no descansa en la verdad real del suceso sino en aquella denominada como material. Para construir su versión de los hechos, las partes requieren de un instrumento que permita dar forma a los argumentos que en las audiencias habrán de exponer ante el juzgador. En la doctrina, en la legislación adjetiva y en las interpretaciones de los tribunales federales, se destacó la trascendencia que tiene la teoría del caso como una metodología argumentativa que, al permitir la materialización de los principios del proceso penal acusatorio, cumple con esta función.

Un amplio sector de quienes estudian la teoría del caso se interesa por su aplicación práctica como un recurso metodológico, sin ocuparse de su función jurídica dentro del procedimiento penal. Los que estudian esta teoría para analizar su naturaleza jurídica se dividen en dos posturas: aquellos que sostienen que es una norma del procedimiento penal, y quienes niegan esta condición, señalando que no debe confundirse una técnica argumentativa de carácter didáctico con un derecho procesal.

Algunos códigos de procedimientos penales de las entidades federativas hoy derogados incorporaron dicha teoría como una formalidad del debido proceso penal, cosa que no sucedió con el Código Nacional de Procedimientos Penales (en adelante CNPP) que entró en vigor en 2016 como código único a nivel federal y estatal. Asimismo, los tribunales federales han interpretado que los argumentos jurídicos de las partes deben ser presentados mediante la teoría del caso, sin que mencionen alguna otra forma posible. También señalan que en el debate argumentativo los principios de contradicción y de igualdad procesal adquieren materialidad mediante esta teoría, sin indicar algún otro tipo de argumentos que puedan cumplir con esta función.

Los tribunales federales se han encargado de interpretar la teoría del caso en 22 tesis emitidas de 2010 a abril de 2019. El objetivo de este artículo de investigación es analizar el alcance y contenido de la teoría del caso, planteando como problema: ¿con base en los criterios interpretativos de los tribunales federales, es posible definir de manera fundada la naturaleza jurídica de la teoría del caso en el proceso penal acusatorio mexicano? El marco normativo lo constituyen los criterios interpretativos emitidos por los tribunales federales, así como los artículos 14 y 20 de la Constitución Federal; el marco para el análisis del problema es la teoría del debido pro-

ceso penal; y el método para la comprensión del tema es el analítico. Se concluye que la teoría del caso es una garantía del derecho fundamental a una oportuna y adecuada defensa en el proceso penal acusatorio, y en su vertiente adjetiva es una formalidad del procedimiento de carácter obligatorio para las partes, cuyo ejercicio impone cumplir con las cargas procesales que su planteamiento conlleva.

El tema reviste importancia para los sujetos procesales, pues al comprender la naturaleza jurídica de la teoría del caso bajo fundamentos legales y criterios interpretativos, obtienen certeza sobre su ejercicio en el procedimiento penal. Asimismo, esta investigación contribuye al estudio del tema, ya que exponer la teoría del caso como una garantía del debido proceso penal implica discurrir sobre las consecuencias que, como tal, tiene en el procedimiento penal. Debido a su naturaleza jurídica, la teoría del caso es una formalidad del procedimiento en constante evolución interpretativa, lo que haría innecesario acotar su definición en la legislación procesal.

II. Debido proceso penal

El artículo 14 de la Constitución Federal es el fundamento del proceso judicial, el cual dispone en el segundo párrafo: “Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tri-

bunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho”. Este párrafo contiene en su primera porción normativa el derecho fundamental de previa audiencia, según el cual ningún acto de autoridad podrá privar de manera definitiva a los gobernados de algún derecho fundamental sustantivo, sin que previamente haya sido oído y vencido en juicio. En su segunda parte contiene el derecho fundamental al debido proceso, y de conformidad con el mismo, durante el juicio que se siga el gobernado tiene derecho a una adecuada y oportuna defensa mediante las formalidades esenciales del procedimiento.

El derecho al debido proceso es la columna vertebral de todo tipo de procedimiento judicial, ya sea civil, penal, familiar, amparo, etcétera. Por jurisprudencia se ha establecido que las formalidades esenciales del procedimiento consisten en las siguientes garantías: 1) notificación del inicio del procedimiento; 2) oportunidad de ofrecer y desahogar pruebas; 3) alegatos; y 4) resolución sobre el fondo del asunto.⁴ Actualmente se ha interpretado que la impugnación forma parte de la resolución.

El derecho fundamental al debido proceso en materia penal se encuentra reconocido en el artículo 20 de la Ley Fun-

⁴ Tesis P./J.47/95, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. II, diciembre de 1995, p. 133.

damental. El primer párrafo establece como características que el proceso penal será acusatorio y oral; también señala los principios rectores del proceso penal: publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación; el apartado A, establece los principios generales del procedimiento penal, los cuales contienen el diseño y las reglas generales del procedimiento penal en sus diferentes etapas;⁵ el apartado B, contempla los derechos del imputado; y el apartado C, prevé los derechos de la víctima u ofendido.

Es importante destacar que estos principios y derechos fundamentales del debido proceso, se incorporan en el CNPP, en su vertiente adjetiva, como formalidades del procedimiento. Los derechos fundamentales sustantivos se distinguen por la calidad de los valores protegidos, y los derechos adjetivos o procesales radican en ser medios o instrumentos para la protección de estos en un proceso jurisdiccional.⁶

La fracción I del Apartado A, del artículo 20 de la Carta Magna, establece el objeto del proceso penal, que consiste en el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen. Para cumplir con esta finalidad, el procedimiento penal se divi-

de en tres etapas. En la etapa de investigación y la etapa intermedia se resuelven las cuestiones preliminares del procedimiento penal, en cambio, el juicio es la etapa medular del proceso penal acusatorio, en ella se deciden las cuestiones esenciales del proceso sobre la base de la acusación, asegurando la vigencia de los principios rectores del proceso penal (CNPP, art. 348). En el análisis de la teoría del caso se hará énfasis en esta etapa, por la importante función que cumple en el debate argumentativo entre las partes.

En la etapa final se resuelven las cuestiones sobre las pruebas, los elementos del delito (conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) y la responsabilidad del procesado, por lo que en esencia todo lo actuado anteriormente carece de validez para fundar la decisión del Tribunal de enjuiciamiento. Para salvaguardar la objetividad del juicio, el Tribunal de enjuiciamiento se compone de jueces que no intervinieron en las etapas previas, lo que evita que prejuzguen los hechos con conocimientos obtenidos con anterioridad.⁷ La etapa de juicio se encuentra formada por la audiencia de debate y la emisión del dictado de la sentencia. En la primera de ellas destacan la presencia de las partes y demás sujetos procesales que están obligados a intervenir; los alegatos de apertura; excepciones en audiencia de juicio; des-

5 García Ramírez, Sergio, (2009), *La reforma penal constitucional (2007-2008)*, 2a. ed., México, Porrúa, p. 110.

6 Tesis: I.4o.C.48 K, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t XXXI, enero de 2010, p. 2123.

7 Zamora Pierce, Jesús, (2014), *Juicio oral. Utopía o realidad*, México, Porrúa, p. 6.

ahogo de las pruebas por parte del Ministerio Público y de la Defensa; declaración del acusado; alegatos de clausura; y el acta de juicio oral.⁸ La audiencia del dictado de la sentencia comprende, de ser el caso, la deliberación e individualización de las sanciones y condena, así como la lectura de la sentencia.

III. Derecho fundamental del debido proceso penal del imputado y de la víctima

El imputado tiene los derechos fundamentales previstos en el Apartado B del artículo 20 de la Constitución mexicana, cuya fracción I le reconoce el derecho fundamental de presunción de inocencia, esto es, el derecho a que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia definitiva. Sin perjuicio de lo anterior, el imputado tiene derecho a una defensa adecuada por abogado que podrá elegir libremente desde el momento de su detención, como lo prevé la fracción VIII del mencionado apartado. Este último derecho lo asiste desde el momento en que inicia la investigación hasta finalizar el proceso, incluyendo, en su caso, la etapa de ejecución de la pena.⁹ El derecho a una defensa adecuada es de

carácter instrumental, es el derecho a defenderse ante una imputación, acusación o resolución durante todo el procedimiento penal.¹⁰

Por su parte, el derecho a una defensa técnica se encuentra previsto en el artículo 17 del CNPP, el cual señala que el imputado contará con un defensor particular o público, desde la detención y a lo largo de todo el procedimiento, sin menoscabo de los actos de defensa material que pueda llevar a cabo. El abogado defensor deberá tener los debidos niveles de profesionalización y capacitación en el campo del proceso penal acusatorio, y para tal efecto deberá acreditar ser Licenciado en Derecho o abogado titulado con cédula profesional. El abogado debe tener la debida capacidad técnica para asesorar y apreciar jurídicamente lo que es conveniente para la defensa del imputado, con el objeto de hacer frente de manera real y efectiva a la imputación formulada en su contra.¹¹

En la audiencia del juicio oral el abogado defensor debe demostrar las causas de exclusión del delito mediante las cuales se busca dejar insubsistente el delito, ya sea por alguna causa de atipicidad, de justificación o inculpabilidad. De conformidad

8 Constantino Rivera, Camilo, (2008), *Introducción al Estudio sistemático del proceso penal acusatorio*, México, Ed. MaGister, pp. 12-13.

9 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, Párrafo 154.

10 Paredes Calderón, Ricardo, (2017), *La investigación complementaria en el proceso penal acusatorio*, 2a. ed., México, Bosch, p. 62.

11 Chávez Alor, Jaime, (2016), "La interacción de los Derechos Humanos con el Sistema Penal Acusatorio", pp. 223-247, en Gómez González, Arely (coord.), *Reforma penal 2008-2016. El sistema penal acusatorio en México*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, p. 234.

con la fracción XI del artículo 11 del CNPP, la Defensa tiene la obligación de participar en la audiencia de juicio, “en la que podrá exponer sus alegatos de apertura, desahogar las pruebas ofrecidas, controvertir las de los otros intervinientes, hacer las objeciones que procedan y formular sus alegatos finales”.

El Ministerio Público como parte acusadora tiene la carga de la prueba para desvirtuar la presunción de inocencia del imputado.¹² De conformidad con lo previsto por el artículo 20, Apartado A, fracción V, de la Constitución Federal, así como por el artículo 130 del CNPP, la carga de la prueba para demostrar la culpabilidad del imputado corresponde a la parte acusadora conforme lo establezca el tipo penal, por lo que en la etapa de juicio debe ofrecer las pruebas para demostrar los elementos del delito y la responsabilidad del procesado.

El Ministerio Público representa el interés público y los intereses de la víctima, quien cuenta con los derechos fundamentales previstos en el Apartado C del artículo 20 constitucional. Estos derechos son de asistencia, pero principalmente de acceso al sistema de justicia penal y al procedimiento penal para obtener la reparación del daño causado por el delito.¹³ Con esta finalidad, la víctima tiene el de-

recho fundamental de ser acusador coadyuvante del Ministerio Público, así como el derecho de ser parte activa del proceso para hacer valer de manera directa sus intereses y defender sus derechos, ya sea por sí o por su asesor jurídico, como señala la fracción II, del Apartado C, del artículo 20 de la Constitución Federal.

IV. La teoría del caso como método de argumentación

En las audiencias del procedimiento penal el Ministerio Público y el abogado defensor exponen ante el juzgador los argumentos con los que pretenden convencerlo de su versión de los hechos. La argumentación tiene por objeto la aplicación operativa de las normas jurídicas a casos concretos, tomando en consideración que un argumento es una estructura compleja de datos que parte de una evidencia y llega al establecimiento de una aserción.¹⁴

Los argumentos, desde el punto de vista de la lógica formal, deben estar basados en principios y métodos que permitan distinguir el razonamiento correcto del incorrecto.¹⁵ El argumento deductivo consta de al menos dos premisas, denominadas premisa mayor y premisa menor, y de la conclusión. Un argumento es correc-

12 Martínez Garza, Julio César, (2017), *Proceso penal oral*, México, Flores Editor y Distribuidor, p. 33.

13 Zamora Grant, José, (2016), *Derecho victimal. La víctima en el nuevo sistema penal mexicano*, 3a. ed., México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, p. 149.

14 Morales Sánchez, Carlos y Martínez Rodríguez, Miguel Ángel, (2014), “Nuevas reglas para juzgar al indígena en México”, pp. 221-239, en García García, Mayolo y Moreno Cruz, Rodolfo (Coord.), *Argumentación Jurídica*, UNAM-III, p. 228.

15 Copi, Irving M. y Cohen, Carl, (2012), *Introducción a la lógica*, México, Ed. Limusa, p. 4.

to cuando de las premisas se infiere una conclusión que no puede ser falsa. En la lógica formal la verdad se infiere de las premisas, sin atender al contenido material. La racionalidad de los argumentos expresados por los operadores jurídicos, en determinados casos puede invocar los postulados de la lógica formal (identidad, contradicción, tercero excluido y razón suficiente), ya que permiten identificar falacias, sofismas y paralogismos.¹⁶

La lógica formal tiene importancia en la argumentación desarrollada en el proceso penal acusatorio, sin embargo, debido a su carácter abstracto, se debe complementar para dar cabida al contenido material que requieren los argumentos jurídicos, por ejemplo, los hechos jurídicos, los derechos humanos, los principios jurídicos, las normas objetivas, las pruebas, etcétera. En el proceso judicial se busca probar que un hecho es verdadero, es decir, la actividad probatoria tiene como finalidad la construcción de la verdad.¹⁷ Los hechos en un proceso jurídico implican el planteamiento de problemas prácticos, en cuya solución las partes desarrollan una labor argumentativa para construir las premi-

sas fácticas y normativas que sustenten lógicamente su pretensión.¹⁸

Desde el punto de vista teórico, la teoría del caso es un método que sirve como instrumento para que las partes puedan construir los argumentos bajo una determinada estructura, en la que se establece la relación entre los hechos, las normas y las pruebas que deberán presentar en las audiencias para convencer al juzgador sobre su versión de los hechos. La teoría del caso es definida por Baytelman y Duce, como el razonamiento sustentado en disposiciones legales y procedimientos técnicos, que sirve para encuadrar los hechos en una norma penal, en virtud de los elementos de convicción recabados durante la investigación.¹⁹

La planificación y jerarquización de estos tres elementos se ordenan argumentativamente a manera de premisas que llevan a una conclusión.²⁰ Las premisas y la conclusión se redactan mediante enunciados descriptivos del ilícito penal, que formalmente al afirmar o negar algo, pueden ser verdaderos o falsos, pero no am-

16 Tesis: XXII.PA.48 P, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. II, febrero de 2019, p. 2908.

17 Cervantes, Esteban Agustín, (2015), *Lógica de las pruebas en el nuevo proceso penal*, México, Rehtikal, p. 45.

18 Zavaleta Rodríguez, Roger E., (2014), "Los problemas de justificación externa como problemas del caso", pp. 127-150, en García García, Mayolo y Moreno Cruz, Rodolfo (Coord.), *Argumentación Jurídica*, México, UNAM-IIJ, pp. 129-130.

19 Baytelman A., Andrés y Duce J., Mauricio, (2009), *Litigación penal, Juicio oral y prueba*, México 2005, Segunda reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica-Instituto Nacional de Ciencias Penales, p. 97.

20 Alvarado Sosa, Javier, (2013), *De la teoría del delito a la teoría del caso en el juicio oral*, México, Editorial Sista, p. 6.

bas cosas a la vez. En la teoría del caso la premisa mayor es el elemento normativo, la premisa menor es el elemento fáctico, y la conclusión es la resolución producto del elemento probatorio.²¹

Desde el momento en que el Ministerio Público y el abogado defensor tienen conocimiento del hecho jurídico penal, cada uno de ellos crea una hipótesis sobre lo que probablemente ocurrió, para otorgarle al ilícito penal un sentido que resulte favorable a sus respectivas pretensiones. Dicha hipótesis se desarrolla con posibles variantes durante la etapa de investigación, y una vez finalizada se convierte en una teoría que se ajusta al objetivo de cada una de las etapas y audiencias del procedimiento penal, hasta adquirir la forma en la que definitivamente será presentada y demostrada en la etapa del juicio oral.²² En la etapa del juicio oral, para el juzgador la teoría del caso expresa la versión de los hechos que el órgano técnico ministerial y el abogado defensor le presentan, para que en su resolución final adopte una de ellas como la verdad material.

En la audiencia del juicio oral las partes argumentan en torno de los elementos positivos y negativos del delito, así como de la responsabilidad o no del acusado. Para

el efecto, construyen su teoría del caso mediante los siguientes elementos.

a) *Elemento fáctico*

El juicio se realizará sobre la base de los hechos materiales posiblemente delictivos,²³ éstos son los elementos fácticos que las partes habrán de presentar ante el juez como la historia persuasiva de su teoría del caso. Los enunciados fácticos ocupan el lugar de la premisa menor dentro del argumento jurídico, es el punto de partida del Ministerio Público y del abogado defensor para comprobar la existencia o no de los elementos del delito y la responsabilidad del acusado.

Los hechos deben ser referidos a las acciones con circunstancias de tiempo, lugar y modo, lo que permite construir una historia lógica y creíble. En principio, la lógica de la historia se satisface si se construye de manera cronológica y clara, evitando un relato desordenado, ambiguo, oscuro, con lagunas o inconcluso, incoherente o contradictorio, pues de este modo resulta poco o nada creíble. En segundo lugar, la historia debe tener una lógica interna, ser coherente y narrar los hechos antecedentes que son causa efectiva y natural de los hechos posteriores.

b) *Elemento normativo*

El segundo aspecto de la teoría del caso es analizar, en principio, si el hecho delictivo

21 Osorio Nieto, César Augusto, (2011), *Teoría del caso y cadena de custodia*, México, Porrúa, p. 63.

22 Benavente Chorres, Hesbert, (2010), *Estrategias para el desahogo de la prueba en el juicio oral*, México, Flores Editor y Distribuidor, p. 84.

23 Osorio Nieto, César Augusto, *op. cit.*, p. 51.

se encuentra regulado por uno o varios tipos penales.²⁴ Ya de manera general, es el encuadramiento jurídico de los elementos que integran el hecho, esto es, de la historia jurídica, dentro de la norma penal. En la construcción del argumento jurídico, de la premisa menor expresada mediante enunciados fácticos, se infiere la premisa mayor o premisa normativa compuesta de enunciados que contienen elementos como los siguientes: el tipo penal aplicable; los elementos positivos y negativos del delito; las teorías penales; las instituciones jurídicas; los principios generales del derecho; los principios procesales; las jurisprudencias; y los derechos humanos de fuente nacional e internacional, entre otros más.

En la teoría del caso presentada por el Ministerio Público en la audiencia del juicio oral, los enunciados normativos tienen el siguiente contenido sustantivo: los márgenes de punibilidad del delito; los elementos de la clasificación jurídica, es decir, el tipo penal que se atribuye, el grado de la ejecución del hecho, la forma de intervención y la naturaleza dolosa o culposa de la conducta; así como el grado de lesión o puesta en riesgo del bien jurídico, las agravantes o atenuantes que hayan concurrido y la clase de concurso de delitos en caso de proceder (CNPP, arts. 405 y 406). En la teoría del caso del abogado de-

fensor los enunciados normativos tienen como contenido sustantivo las causas de exclusión del delito, tomando como referencia las causas de atipicidad, de justificación o inculpabilidad (CNPP, art. 405).

c) Elemento probatorio

En la audiencia del juicio oral al Tribunal de enjuiciamiento le corresponde desahogar las pruebas admitidas. La prueba es definida por el artículo 261 del CNPP como “todo conocimiento cierto o probable sobre un hecho, que ingresando al proceso como medio de prueba en una audiencia y desahogada bajo los principios de inmediación y contradicción, sirve al Tribunal de enjuiciamiento como elemento de juicio para llegar a una conclusión cierta sobre los hechos materia de la acusación”.

El descubrimiento del hecho se lleva a cabo a través de la teoría probatoria que presenten tanto el Ministerio Público como el abogado defensor, para lo cual se debe buscar que a cada enunciado fáctico le correspondan uno o varios medios de prueba que sirvan para verificarla o en su caso para negarla. Las partes deberán determinar las pruebas que corroboren la veracidad de los enunciados fácticos que configuran o descartan los elementos normativos.²⁵ Con esta finalidad las pruebas deben llevar una organización, ya sea de acuerdo con su naturaleza jurídica como pruebas personales, documentales o pe-

²⁴ Alvarado Martínez, Israel, y Calvillo Díaz, Gabriel, (2017), *La etapa del juicio en el proceso penal acusatorio*, México, Bosch, p. 42.

²⁵ Benavente Chorres, Hésbert, 2010, *op. cit.*, p. 77.

riciales; o pueden organizarse según su eficacia, como prueba directa, indirecta o circunstancial.

De este modo, la acreditación de los enunciados fácticos se obtiene mediante los medios de prueba que sean idóneos para demostrar ante el juzgador que los hechos encajan en la norma. La teoría probatoria del Ministerio Público da certeza sobre la conducta punible y la responsabilidad del acusado como supuestos de una sentencia condenatoria. De manera inversa, la ausencia o deficiencia de estos requisitos que debe cubrir el representante social, son los presupuestos de una sentencia absolutoria, bajo el principio de presunción de inocencia.

V. La teoría del caso como formalidad del debido proceso penal

Durante la vigencia del proceso penal inquisitivo o mixto, ningún código adjetivo de las entidades federativas del país tenía incorporada la teoría del caso, así como no existían criterios interpretativos de los tribunales federales sobre su función en el procedimiento penal. Esta teoría únicamente tenía un interés metodológico para los operadores jurídicos, pues les servía como un medio para el planteamiento de sus argumentos. Con el establecimiento del proceso penal acusatorio mediante la reforma de 2008 a diversos artículos de la Constitución mexicana, la teoría del caso fue reconocida como una formalidad del

procedimiento en el Código Procesal Penal del Estado de Durango, y en el Código de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de Quintana Roo.

La teoría del caso no se encuentra incorporada en el Código Nacional de Procedimientos Penales que entró en vigor en 2016 como código único a nivel federal y estatal, pero contiene elementos que sustentan su existencia.

En la audiencia del juicio la expresión de los argumentos y los elementos probatorios se encuentra sujeta al principio de legalidad de las formas, pues su desarrollo debe acatar las formalidades del procedimiento.²⁶ La oralidad es una formalidad que resulta eficaz para que las partes puedan tener conocimiento público de lo que ocurre en el procedimiento y puedan controlar su desarrollo. Asimismo, permite que la autoridad judicial escuche de manera directa los argumentos y medios de prueba ofrecidos por las partes, y con base en ese conocimiento pueda emitir sus resoluciones. La audiencia de juicio será oral en todo momento, ya se trate de los alegatos, argumentos de las partes, las declaraciones, la recepción de las pruebas, y en general la intervención de todos quienes participen en él, incluso las resoluciones del juez, bajo las excepciones establecidas en el Código.

²⁶ Alvarado Velloso, Adolfo, (2006), *El debido proceso de la garantía constitucional*, Buenos Aires, Ediar, p. 250.

La oralidad es el instrumento procesal para que en la audiencia principal las partes expongan ante el juzgador sus alegatos. El Ministerio Público y el abogado defensor deberán exponer ante el juez cumpliendo con las formalidades del debido proceso, en particular con la formalidad de los alegatos, que son los razonamientos orales o escritos mediante los cuales las partes del procedimiento buscan convencer al juzgador sobre sus pretensiones. Esta formalidad del debido proceso concede a las partes la oportunidad para hacer valer en cualquier audiencia del procedimiento penal, los argumentos de hecho y de derecho que justifiquen su petición, por ejemplo, en la aplicación de criterios de oportunidad, en la aplicación de mecanismos alternativos de solución de conflictos, en el no ejercicio de la acción penal, o en la presentación de pruebas.

En las audiencias del procedimiento penal los alegatos del Ministerio Público y de la defensa se expresan ante el juzgador mediante la argumentación oral, una formalidad de los actos procedimentales establecida en el artículo 44 del CNPP. Este artículo prevé que el juzgador propiciará que las partes se abstengan de leer documentos completos o apuntes de sus actuaciones, que demuestren falta de argumentación y desconocimiento del asunto. Los argumentos tienen una determinada estructura lógico-jurídica, sobre la cual el CNPP no establece ningún requisito, ni de-

fine el tipo de argumentos que deben presentar las partes. No existe obligación del legislador para definir los vocablos o locuciones utilizados en los ordenamientos jurídicos, y cuando sea necesario aclarar su significado para evitar ambigüedades o confusiones, su sentido y alcance serán objeto de métodos de interpretación jurídica.²⁷ Así, ante la falta de definición sobre lo que debe entenderse como argumento de las partes, los tribunales federales han interpretado que los argumentos jurídicos deben ser presentados mediante la teoría del caso, sin que mencionen alguna otra forma posible. Asimismo, señalan que en el debate argumentativo los principios de contradicción y de igualdad procesal adquieren materialidad mediante la teoría del caso, sin indicar algún otro tipo de argumentos que cumplan con esta función.

Valencia señala que la teoría del caso significa la exposición detallada del argumento de cada una de las partes en la audiencia del juicio oral, seguida del debate argumentativo.²⁸ Hidalgo explica que la teoría del caso es teoría de la argumentación, ya que es imposible argumentar sin la teoría del caso.²⁹ En opinión de este au-

27 Tesis: 1a./J. 83/2004, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XX, octubre de 2004, p. 170.

28 Valencia Beltrán, Guadalupe de Jesús, (2016), "La importancia de la argumentación jurídica de la defensa en el juicio oral penal", pp. 71-95, en Camargo González, Ismael, *La argumentación jurídica piedra angular del proceso penal acusatorio*, México, Flores Editor y Distribuidor, p. 75.

29 Hidalgo Murillo, José Daniel, 2015, *op. cit.*, p. 45.

tor, la teoría del caso surge como método de enseñanza del proceso, el que se denomina como método del caso, y rechaza los intentos de definir la naturaleza jurídica de esta teoría como un concepto procesal, como sucede en algunos códigos procesales de México (ahora ya derogados). Sostiene que obligar al Ministerio Público a presentar su teoría del caso limita su libertad procesal, pues le exige ya no solo como estrategia, sino como mandato procesal, la forma en que debe proceder. Del mismo modo, imponer esta obligación al abogado defensor lo determina a improbar la teoría del caso del órgano de acusación.³⁰

El contenido y alcance de la teoría del caso ha sido interpretado por diversas tesis emitidas por los tribunales federales en los siguientes años: de 2010 a 2017 se emitieron 12 tesis; en 2018 fueron 8; y hasta abril de 2019 han sido 2 tesis. Estas conforman un conjunto de criterios interpretativos que se pueden ordenar para determinar la naturaleza jurídica de la teoría del caso. El objeto del proceso penal es establecer la verdad de los hechos por la vías jurídicas.³¹ El esclarecimiento de los hechos “no descansa en la verdad real del suceso, sino en aquella que ha sido determinada por diversos tratadistas como material, y que se caracteriza por ser cons-

truida en el proceso de acuerdo con lo que las partes exponen a través de su teoría del caso”.³² La siguiente tesis contiene importantes directrices sobre la definición y funciones de la teoría del caso en el proceso penal acusatorio:

SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO. TEORÍA DEL CASO.

El nuevo sistema procesal penal, a través del principio de contradicción, garantiza la igualdad procesal de las partes prevista en el artículo 20, apartado A, fracción V, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, en la medida en que se les permite escuchar de viva voz las argumentaciones de la contraria para apoyarlas o rebatirlas y observar desde el inicio la manera como formulan sus planteamientos en presencia del juzgador. Así, tanto el Ministerio Público como el imputado y su defensor, deben exponer al juzgador su versión de los hechos con base en los datos que cada uno de ellos aporte, a fin de lograr convencerlo de su versión, la cual ha sido denominada en la literatura comparada como “teoría del caso”, que puede definirse como la idea central o conjunto de hechos sobre los que versará la participación de cada parte,

30 Hidalgo Murillo, José Daniel, (2013), *Hacia una teoría del caso mexicana*, México, IJ-UNAM, pp. 97-100.

31 Hidalgo Murillo, José Daniel, (2016), *Sistema acusatorio mexicano y garantías del proceso penal*, 2a. ed., México, Porrúa, p. 13.

32 Tesis XVII.1o.PA.43 P, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. IV, enero de 2017, p. 2724.

a efecto de explicarlos y determinar su relevancia, dotándolos de consistencia argumentativa para establecer la hipótesis procesal que pretende demostrarse y que sustentará la decisión del juzgador, la cual deberá vincularse con los datos aportados para desvirtuar aquellos en que se apoyen las afirmaciones de su contraparte, de manera que la intervención de las partes procesales puede resumirse en: presentación, argumentación y demostración. En otras palabras, la teoría del caso se basa en la capacidad argumentativa de las partes para sostener que está acreditado un hecho que la ley señala como delito y la probabilidad de que el imputado lo haya cometido o haya participado en su comisión, o bien, que existe alguna excluyente de responsabilidad o la destrucción de la proposición que se realiza contra el imputado y que desvirtúa las evidencias en que se apoya.³³

La tesis en comento destaca en especial el deber que tienen las partes de exponer sus teorías del caso en las audiencias preliminares y en la audiencia principal, mismas que serán el sustento de la decisión del juzgador. Señala Rubio la importancia de la teoría del caso como una pieza de ar-

³³ Tesis: 1a. CCXLVIII/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, L VI, t 1, marzo de 2012, pág. 291, Tesis Aislada (Penal), derivada de la contradicción 412/2010, de rubro: "SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO. TEORÍA DEL CASO."

gumentación que forma parte de las formalidades del debido proceso.³⁴

La tesis: XVIII.40.9 P en referencia a la anterior tesis, señala que la teoría del caso debe considerarse una formalidad del debido proceso, y en este sentido, tiene un carácter instrumental que garantiza los derechos de las partes. Aplicando este criterio interpretativo al artículo 24 del entonces vigente Código de Procedimientos Penales del Estado de Morelos, esta tesis expone que, si la teoría del caso no se advierte satisfecha previo al juicio oral por el imputado y su defensa, el juez en términos de dicho artículo les debe llamar la atención para que estén en aptitud de sanear esta infracción procesal. En tal virtud, si el juzgador al inicio de la etapa de apertura a dicho juicio advierte que el abogado del inculcado omite exponer los argumentos en que fincará su defensa, ello trasciende al fallo, por lo que debe ordenar la reposición del procedimiento para el efecto de que sea saneada dicha infracción. La mencionada tesis señala que esta interpretación no es contraria al principio de presunción de inocencia, pues este principio subyace en favor de los imputados en tanto no surjan suficientes medios que los incriminen en el hecho ilícito atribuido. De suceder esto último, los imputados deben desvirtuar tales incriminaciones, pues no es válido en su favor el silencio o

³⁴ Rubio Antelis, Lucio Alonso (2015), *Argumentación jurídica y derechos humanos en el proceso penal acusatorio*, México, Flores Editor y Distribuidor, p. 73.

la simple negativa. Si la estrategia de la defensa es la de no aportar pruebas y extraer elementos en su favor de los medios de convicción ofrecidos por el fiscal durante su desahogo, y esperar que este demuestre la culpabilidad del procesado, en este supuesto, así debe exponerlo en la formulación de su teoría del caso, en virtud de ser el medio de defensa para demostrar la inculpabilidad del mismo.³⁵

Contrario al anterior criterio que establece la obligación de la teoría del caso de la defensa para demostrar la inculpabilidad del procesado, el Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Décimo Séptimo Circuito, al resolver el amparo directo 191/2014, determinó que la defensa no está obligada a demostrar la inocencia del acusado, sino que el Ministerio Público es quien debe acreditar su teoría del caso. La parte acusada como mínimo debe desvirtuar la hipótesis de la acusación y las pruebas que la sustentan, lo que legalmente puede constituir una teoría del caso abierta o pasiva inversamente proporcional al grado de refutación a la acusación y las pruebas, en consecuencia, no existe obligación de exigirle a la defensa una teoría del caso sobre la licitud de la conducta del acusado, máxime que ello anularía el derecho del acusado a guardar silencio.

35 Tesis: XVIII.4o.9 P, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. II, junio de 2014, pág. 1932.

De ambos criterios se originó una contradicción de tesis, misma que al mes de mayo de 2019 se encuentra pendiente de resolver por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.³⁶ Es importante señalar que la materia de la contradicción de tesis no es sobre la concepción de la teoría del caso como una formalidad del procedimiento. Se interpreta que no existe obligación de exigirle a la defensa una teoría del caso sobre la licitud de la conducta del acusado, sino solo que como mínimo debe desvirtuar la hipótesis de la acusación y las pruebas que la sustentan, lo cual legalmente puede constituir una teoría del caso abierta o pasiva inversamente proporcional al grado de refutación a la acusación y las pruebas.

De lo anterior se extrae que la teoría del caso es una garantía del debido proceso, que protege el derecho fundamental a una oportuna y adecuada defensa previa al acto privativo de derechos. Las garantías procesales definen las actuaciones de las partes y en general a la formación propiamente del juicio.³⁷ Como garantía procesal les otorga a las partes el derecho de exigir su cumplimiento, y al juzgador la obligación de velar por su observancia. En su carác-

36 Suprema Corte de Justicia de la Nación (MX). Consultado el día 21 de mayo de 2019, en https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/primera_sala/contradicciones_tesis/2019-05/PENDIENTES%20A%20MAYO%20DE%202019_3.pdf.

37 Carbonell, Miguel y Ochoa Reza, Enrique (2009), ¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?, México, Porrúa, p. 97.

ter instrumental, la teoría del caso es una formalidad del procedimiento de carácter obligatorio para las partes, cuyo ejercicio impone cumplir con las cargas procesales que su planteamiento conlleva. El Ministerio Público, como órgano de acusación, tiene la carga de la prueba para demostrar la responsabilidad del procesado, y es mediante su teoría del caso como cumple con la obligación de desvirtuar argumentativamente su presunción de inocencia.

En relación con el abogado defensor, este puede elegir como estrategia defensiva de su teoría del caso demostrar alguna de las hipótesis previstas en la legislación como formas de exclusión del delito.³⁸ No obstante, aun cuando decida llevar una defensa pasiva y servirse de los elementos de convicción presentados por el Ministerio Público, esto no implica inactividad de su parte, pues tiene la obligación de así plantearlo en su teoría del caso.

Mediante el adecuado manejo de las cargas procesales que le impone la teoría del caso, el abogado defensor cumple con el requisito constitucional de una defensa técnica. La tutela del derecho de defensa técnica impone al órgano de control el deber de estar al tanto de que no exista en el defensor una actitud pasiva que prive de contenido material a este derecho fundamental, siendo que debe repararse esa violación, cuando esta haya trascendido

al sentido del fallo. No obstante, la falta de éxito de la teoría del caso planteada por su defensor, derivada de su actuación, no implica una vulneración a este derecho, toda vez que no puede llegarse al extremo de imponer al juzgador la obligación de evaluar los métodos que el defensor utiliza para lograr su cometido de representación. El examen sobre si el abogado defensor llevará a cabo una estrategia idónea a los intereses del inculcado, escapa a la función jurisdiccional, pues hacer tal examen rompería con el principio de libertad probatoria.³⁹ La falta de capacidad técnica del defensor se encuentra prevista en el artículo 121 del CNPP, que precisa, cuando el Órgano jurisdiccional advierta que existe una manifiesta y sistemática incapacidad técnica del defensor, prevendrá al imputado para que designe otro, y en caso de no hacerlo se le asignará un defensor público para colaborar en su defensa; ahora, si el defensor es público, será sustituido por otro.

La teoría del caso tiene una función en todas las etapas del procedimiento penal, desde la etapa de investigación hasta la audiencia del juicio oral. El Ministerio Público desde que inicia la carpeta de investigación establece la dirección que habrá de seguir la investigación, conforme a su

38 Cifuentes López, Marisela, (2016), Teoría der la prueba y la etapa intermedia, México, Instituto Mexicano para la justicia (IMJUS), p. 163.

39 Tesis: XXII.PA.22 P, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. IV, junio de 2018, p. 2967.

propia teoría del caso,⁴⁰ y posteriormente en la audiencia de plazo constitucional, presenta ante el juzgador su teoría del caso en la que sustenta la investigación realizada.⁴¹ La consignación de una persona detenida puede sostenerse con la sola formulación de la imputación bajo la teoría del caso, así como con la mera exposición de los datos de prueba contenidos en la carpeta de investigación.⁴²

En la audiencia de vinculación a proceso el Ministerio Público, el imputado y su defensor, deben exponer al juez de control su versión de los hechos con base en los datos que cada uno de ellos aporte, a lo cual se le conoce como “teoría del caso”.⁴³ En esta audiencia el debate de los argumentos de las partes ante el juzgador sobre los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que aquel lo cometió o participó en su comisión, se lleva a cabo en atención a los principios de contradicción e inmediación contenidos en el artículo 20 de la Constitución Federal, los cuales permiten el equilibrio entre las partes para sostener y debatir la teoría del caso

respectiva.⁴⁴ El juez de control, atento a los extremos que rigen el principio de contradicción, para emitir el auto de vinculación a proceso no debe estudiar los datos de la carpeta de investigación, sino valorar la razonabilidad de las teorías del caso expuestas por dicha representación social y, en su caso, la contra-argumentación o refutación del imputado o su defensor.⁴⁵

Una vez fijado el plazo para la fase de investigación complementaria, cada una de las partes puede realizar su propia investigación, acorde con su teoría del caso y plasmarla en registros idóneos. En la etapa intermedia el Ministerio Público utilizará los datos de prueba como fundamento de la formulación de la acusación, en tanto que el imputado tiene acceso oportuno a dichos registros en cualquier momento que lo solicite o en la etapa intermedia, para que pueda realizar su propia investigación conforme a su teoría del caso.⁴⁶

La teoría del caso también interviene en el procedimiento seguido ante los tribunales federales, cuando las partes recurren a las resoluciones del juez de control. Mediante Jurisprudencia dichos Tribunales emitieron el *test* de racionalidad que de-

40 Tesis: XVII.2o.2 P, Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Publicación: viernes 26 de abril de 2019 10:30 h, Ubicada en publicación semanal.

41 Tesis: XIX.1o.4 P, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. III, octubre de 2018, p. 2517.

42 Tesis: 1a. CCIII/2014, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t I, mayo de 2014, p. 544.

43 Tesis: I.1o.P61 P, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. IV, agosto de 2017, p. 3034.

44 Tesis: 1a./J. 50/2018, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. I, diciembre de 2018, p. 206.

45 Tesis: XVII.1o.PA.J/5, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. III, octubre de 2014, p. 2377.

46 Tesis: I.9o.P212 P, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. III, agosto de 2018, p. 2866; Tesis: XVII.2o.PA.28 P, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. IV, junio de 2018, p. 3076

ben aplicar, para el estudio de los datos de prueba a partir de los cuales puede establecerse que se ha cometido un hecho imputado como delito. Dicho *test* tiene como objetivo diferenciar el nivel de exigencia probatoria que es aplicable en las resoluciones susceptibles de ser dictadas en la audiencia inicial, frente a la sentencia definitiva dictada en el juicio oral. En la premisa fáctica se requiere para la aceptación o rechazo de una teoría: a) una hipótesis (teoría del caso); b) los enunciados que integran la hipótesis; c) la verificabilidad de los enunciados; d) la aceptación o rechazo de la hipótesis. Una hipótesis se considera confirmada por un dato o medio de prueba si existe un nexo causal o lógico entre ambas, de modo que se configure una razón para su aceptación.⁴⁷ El *test* de racionalidad al ser formulado mediante jurisprudencia, resulta vinculatorio para los tribunales federales.

En la fase de juicio oral el Ministerio Público y la defensa expondrán su teoría del caso basada solo en probanzas que fueron admitidas en la etapa intermedia por el juez de garantía, con la finalidad de persuadir al juzgador.⁴⁸ Para el esclarecimiento judicial de los hechos las partes podrán

controvertir los hechos ante la presencia del juez,⁴⁹ mediante el debate contradictorio las partes expondrán su teoría del caso de acuerdo con los principios de contradicción, inmediatez y de objetividad del órgano jurisdiccional, con el objeto de que las partes puedan alegar, refutar y objetar lo que a su derecho convenga respecto a ellos, con el propósito de demostrar sus respectivas teorías del caso.

VI. La teoría del caso como medio para la materialización de los principios del proceso penal acusatorio

En la audiencia de debate las partes exponen sus argumentos ante el juzgador mediante el principio de contradicción, una formalidad del procedimiento que materializa la oportunidad de las partes para actuar de forma efectiva en defensa de sus derechos e intereses.⁵⁰ Este principio implica concebir el proceso penal acusatorio como un debate, en el que se presentan la parte acusadora y la defensa, con pretensiones opuestas que alegar y probar, mediante argumentos y contraargumentos en igualdad de condiciones procesales, y ante un juez que tiene la obligación de garantizar el ejercicio de los derechos de las partes y de decidir la contienda con ob-

47 Tesis: XVII.10.PA.52 P, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. IV, enero de 2018, p. 2083.

48 Tesis: (X Región) 30.3 P, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. II, diciembre de 2016, p. 1676; Tesis: XIII.PA.52 P, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. III, octubre de 2018, p. 2442.

49 Herrera Pérez, Agustín, (2013), *Nuevo sistema constitucional del derecho penal*, 3a. ed., México, Porrúa, p.119.

50 Cázares Ramírez, José Jesús, (2016), *Principios que rigen el proceso penal acusatorio*, México, Flores Editor y Distribuidor, p. 17.

jetividad.⁵¹ El principio de contradicción permite que en las audiencias las partes puedan conocer, controvertir o confrontar los medios de prueba, así como oponerse a las peticiones y alegatos de la otra parte, cuyo cumplimiento es vigilado por el juez de garantía.⁵²

El principio de contradicción solo se entiende cuando tanto la defensa como el fiscal fincan sus respectivas teorías del caso, las cuales, una vez conocidas por sus oponentes, podrán ser contradichas en un plano de igualdad procesal.⁵³ Las partes presentan los argumentos y elementos probatorios conforme al principio de contradicción, como dice la siguiente Tesis Aislada:

El principio de contradicción que rige el sistema penal acusatorio tiene por objeto garantizar que las partes procesales tengan igualdad de oportunidades ante el juez, acorde con la etapa procesal en que se desarrollen; para presentar y argumentar sus casos en los que se sustente la imputación o la defensa, apoyados en los datos que consideren pertinentes

y conducentes, lo cual permitirá al juzgador imponerse directamente de los puntos de vista opuestos, en relación con las teorías del caso formuladas tanto por el Ministerio Público como por el imputado y su defensor; (...).⁵⁴

El principio de contradicción garantiza la igualdad procesal de las partes, en virtud de permitirles escuchar las argumentaciones de la contraria, ya sea para apoyarlas o rebatirlas, y observar desde el inicio la manera como formulan sus planteamientos en presencia del juzgador a fin de convencerlo de su teoría del caso.⁵⁵ Gracias al principio de igualdad, la víctima y el imputado tienen las mismas oportunidades para sostener sus posiciones, con similares derechos, cargas y expectativas de actuación, principalmente en lo que se refiere a los alegatos, el ofrecimiento y desahogo de elementos probatorios, y a las impugnaciones. Así, los principios de contradicción y de igualdad determinan la horizontalidad de la posición de las teorías del caso del Ministerio Público, víctima u ofendido del delito y, por otra, del inculcado y su defensa.⁵⁶

51 Tesis: I.8o.P.12 P, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. IV, junio de 2017, p. 2866.

52 Aguilar Morales, Luz María, (2016), "Reforma constitucional en materia penal de 2008. Antecedentes, objetivos y ejes rectores", pp. 27-47, en Gómez González, Arely (Coordinadora), *Reforma penal 2008-2016. El sistema penal acusatorio en México*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, p. 36.

53 Tesis: XVIII.4o.9 P, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. II, junio de 2014, p. 1932.

54 Tesis: 1a. CCL/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. 1, marzo de 2012, p. 290.

55 Tesis: I.1o.P.61 P, op. cit., nota 31, p. 3034.

56 Tesis: XVII.1o.P.A.19 P, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. III, mayo de 2015, p. 2178; Tesis: XVII.1o.P.A.62 P, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXII, octubre de 2010, p. 2900.

El artículo 20, Apartado A, fracción V de la Constitución Federal, prevé que las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, como también lo estipula el artículo 11 del CNPP. Gracias a este principio los derechos fundamentales del imputado y de la víctima tienen el mismo rango de protección constitucional, lo que garantiza un equilibrio procesal entre las partes para sostener y debatir la teoría del caso respectiva.⁵⁷

En la audiencia del juicio oral el debate contradictorio entre las teorías del caso del Ministerio Público y el abogado defensor, se lleva a cabo principalmente en tres actos procesales que estructuran la audiencia final: los alegatos de apertura, el desahogo de las pruebas, y los alegatos de clausura.⁵⁸

VII. La teoría del caso en los alegatos de apertura, desahogo de las pruebas, los alegatos de clausura y la sentencia

En la audiencia de debate el juzgador le dará el uso de la palabra al Ministerio Público y la Defensa para que cada uno de ellos exponga su teoría del caso contenida en sus alegatos de apertura.⁵⁹ Hidalgo proporciona la siguiente definición de la

teoría del caso en la presentación de los alegatos de apertura:

La teoría del caso es, pues, el planteamiento que la acusación o la defensa hace sobre los hechos penalmente relevantes, las pruebas que los sustentan y los fundamentos jurídicos que lo apoyan. Se presenta en el alegato inicial como una historia que reconstruye los hechos con propósitos persuasivos hacia el juzgador. Esta historia persuasiva contiene escenarios, personajes y sentimientos que acompañan toda conducta humana. Es la teoría que cada una de las partes en el proceso penal plantea sobre la forma en que ocurrieron los hechos, la responsabilidad o no del acusado, según las pruebas que presentarán durante el juicio. Es el guion de lo que se demostrará en el juicio a través de las pruebas.⁶⁰

Señala el artículo 394 del CNPP que una vez iniciado el debate el Ministerio Público hace uso de la palabra para exponer sus alegatos de apertura, en los cuales hace la acusación y una descripción sucinta de las pruebas que utilizará para demostrarla. En caso de proceder, enseguida se concede la palabra al asesor jurídico de la víctima, y posteriormente se ofrecerá la palabra al

57 Tesis: 1a./J. 50/2018, op. cit., nota 32, p. 206.

58 Moreno Cruz, Everardo, (2016), *El nuevo proceso penal en México y el Código Nacional de Procedimientos Penales*, 2a. ed., México, Porrúa, p. 161.

59 Sotomayor Garza, Jesús G., (2015), *Introducción al estudio del juicio oral penal*, México, Porrúa, p. 125.

60 Hidalgo, Murillo, "Manual para la construcción de la teoría del caso", p. 13. Consultado el día 15 de abril de 2019, en <https://es.slideshare.net/rojasmaury/manual-para-la-construccion-de-la-teoria-del-ca-soiafjsr>.

defensor, quien podrá expresar lo que al interés del imputado convenga, teniendo este último el derecho de hacer uso de la palabra si así lo decide.

Una vez concluidos los alegatos de apertura, en la audiencia del juicio oral se procede al desahogo de las pruebas. En la audiencia principal la presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral, como lo establece el artículo 20 constitucional, Apartado A, fracción IV. El principio de publicidad establece el derecho para que las partes y el público en general accedan a las audiencias, con las excepciones de ley (CNPP, art. 5o.), de este modo se garantiza la transparencia de la labor jurisdiccional en la impartición de justicia y de los actos procesales de las partes.

El principio de inmediación en el desahogo de las pruebas se encuentra previsto en la fracción II, donde se indica que toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica. La fracción III dispone que para los efectos de la sentencia, solo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio, excepto la prueba anticipada. De acuerdo con el principio de inmediación, el juez en persona debe presidir el desarrollo de las audiencias, con el fin de dirigir los actos procesales y

apreciar el desahogo de las pruebas que deberá valorar para fundar y motivar su decisión.⁶¹ Este principio se encuentra en el artículo 9o., del CNPP, donde se estipula que toda audiencia se deberá desarrollar íntegramente en presencia del órgano jurisdiccional, así como de las partes que deban de intervenir en la misma, con las excepciones previstas en el código, sin que pueda delegar en persona alguna la admisión, el desahogo o la valoración de las pruebas, ni la emisión y explicación de la sentencia respectiva.

Los alegatos en el desahogo de las pruebas tienen la siguiente función, como señala Ovalle:

(...) la función de los alegatos consiste en otorgar a las partes la oportunidad para expresar sus argumentos sobre el valor de las pruebas practicadas para demostrar que los hechos afirmados en sus escritos iniciales han quedado probados, y que, en cambio, las pruebas de la parte contraria no comprobaron los hechos afirmados por dicha parte; pero, además, para manifestar los argumentos jurídicos que demuestren la aplicabilidad de las normas jurídicas invocadas como fundamento de su respectiva acción o su excepción.⁶²

61 Polanco Braga, Elías, (2014), *La Dinámica de las Pruebas en el procedimiento Penal*, México, Porrúa, p. 19.

62 Ovalle Favela, José (2003), "Los alegatos como formalidad esencial del procedimiento", pp. 185-189, *Cuestiones Constitucionales*, México, Universidad Na-

El juzgador procede a la incorporación y desahogo de las pruebas conforme a las garantías procesales de publicidad, contradicción y oralidad, así como de las formalidades procesales establecidas en el código. Teniendo como base la plena igualdad de las partes en orden a sus atribuciones procesales, el órgano acusador tiene derecho de aportar las pruebas conducentes a fin de justificar su teoría del caso, y su contraria, el de controvertirlas.⁶³

En la audiencia del juicio oral la incorporación y el desahogo de las pruebas se harán conforme a la teoría del caso de cada una de las partes. El principio de contradicción contiene varias reglas jurídicas para el eficaz desahogo de las pruebas, entre las que cabe destacar las que contienen los siguientes derechos de las partes: derecho de conocer con toda oportunidad las pruebas para aceptarlas o rebatirlas en la audiencia de debate; derecho de participar en la audiencia pública en que se incorporen y desahoguen las pruebas; derecho de presentar versiones e interpretaciones opuestas a los resultados obtenidos en dichas actuaciones; y, derecho a controvertirlos de modo que el Ministerio Público, el imputado y la defensa, puedan

participar activamente, incluso en el examen directo de peritos y testigos.⁶⁴

En la audiencia principal la incorporación y desahogo de elementos probatorios se lleva a cabo bajo el principio de contradicción, esto al momento en que se leen, reproducen, se exhiben, analizan y cuestionan, incluido el desahogo de testimonios especiales mediante el uso de videoconferencia. En el desahogo de las pruebas el principio de contradicción permite a las partes conocer de manera pública y oral las pruebas de su contraparte, con el fin de examinarlas, argumentar y contra argumentar, someterlas a crítica, rebatirlas, hacer preguntas, pedir aclaraciones, vigilar la forma en que se incorporan al juicio, así como la forma en que las partes plantean las pruebas y las evalúan al presentar sus conclusiones.⁶⁵

Finalizado el desahogo de las pruebas, indica el artículo 399 del CNPP, el Ministerio Público y el abogado defensor expondrán sus alegatos de clausura, teniendo la posibilidad de replicar y duplicar, y una vez concluidos el juez o tribunal procederá al cierre del debate. La doctrina jurídica explica que este tipo de alegatos denominados como “alegatos de bien probado”, son razonamientos hechos después de que

cional Autónoma de México, núm. 8, enero-junio, p. 188.

63 Tesis: XVII.1o.PA.5 P (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, L XI, t 2, agosto de 2012, p. 2001.

64 Tesis: 1a. CCXLIX/2011 (9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, L VI, t 1, Marzo de 2012, p. 292.

65 Hidalgo Murillo, José Daniel, (2015), *Argumentar en la oralidad, desde la publicidad, intermediación y contradicción*, México, Flores Editor y Distribuidor, pp. 32 y 73.

se han desahogado las pruebas y antes de citación para sentencia, en los que la parte que los formula expresa las razones por las cuales las pruebas aportadas al juicio deben dar convicción al juzgador para decidir en su favor, arguyéndose también las incongruencias en que incurrió la contraparte. Estos alegatos reiteran que se tiene la razón en lo argumentado dentro del juicio y que, con las pruebas aportadas, sí se acredita la propia pretensión. Debido a esta reiteración, no forman parte de la litis, en virtud de que no tienen por objeto el aportar argumentos ni pruebas nuevas al juicio.⁶⁶

Concluido el debate, el Tribunal de enjuiciamiento deberá tomar la decisión del fallo. Bajo el principio de contradicción las partes presentan sus teorías del caso, lo que permite al juzgador normar su criterio para que pueda tomar una decisión lo más apegada a los hechos. En este sentido, el juez de la causa no tiene el deber de perseguir la verdad histórica, sino de evaluar que las partes en confronta cuenten con las mismas posibilidades para ofrecer elementos de convicción que apoyen su teoría del caso y, una vez cumplido esto, para el dictado de la sentencia tiene el deber de valorar, a la luz de los principios de debido proceso, cuál de las dos partes tiene razón.⁶⁷

66 Tesis: Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, t. V, Segunda Parte-1, Enero-Junio de 1990, p. 311.

67 Tesis: XVII.1o.PA.43 P, nota 18, p. 2724.

El fallo puede ser de absolución o de condena, si la decisión se tomó por unanimidad o por mayoría, y la relación de los fundamentos y motivos que lo sustentan. Para tomar su decisión, el Tribunal de enjuiciamiento tiene a su alcance las teorías del caso del Ministerio Público y del defensor, que le permitirá valorar la racionalidad de la argumentación y contraargumentación de cada una de las partes. El artículo 403 señala los requisitos de la sentencia, entre los cuales se encuentran: los elementos del delito y la culpabilidad del sentenciado; las razones que sirvieran para fundar la resolución; la determinación y exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se consideren probados y de la valoración de las pruebas que fundamenten dichas conclusiones. Finalmente, si el fallo es de condena se lleva a cabo la audiencia de individualización de las sanciones. En la sentencia el tribunal dictará las penas, medidas de seguridad y la reparación del daño.

VIII. Conclusiones

Como conclusión general se señala que los criterios interpretativos de los tribunales federales son suficientes para definir la naturaleza jurídica de la teoría del caso en el proceso penal acusatorio mexicano. Del análisis realizado se concluye que la teoría del caso es una garantía del debido proceso penal, que protege el derecho fun-

damental de las partes a una oportuna y adecuada defensa. Como garantía procesal, las partes tienen el derecho de exigir su cumplimiento en el procedimiento penal, y el juzgador la obligación de vigilar su observancia. Asimismo, el juzgador tiene la obligación de garantía de sustentar sus resoluciones con base en las teorías del caso que le presentan las partes en las audiencias. La teoría del caso tiene una función no solo en la audiencia del juicio oral, sino en todas las audiencias conforme al principio de contradicción, lo que garantiza la argumentación y contra argumentación en un plano de igualdad procesal.

La teoría del caso en su vertiente adjetiva es una formalidad del procedimiento de carácter obligatorio para las partes, cuyo ejercicio impone cumplir con las cargas procesales que su planteamiento conlleva. El Ministerio Público, como órgano de acusación, tiene la carga de la prueba para demostrar la responsabilidad del procesado, y es mediante su teoría del caso como cumple con la obligación de desvirtuar argumentativamente la presunción de inocencia. En relación con el abogado defensor, este tiene la obligación de cumplir con el derecho fundamental del imputado a una oportuna y adecuada defensa y con el derecho fundamental a una defensa técnica. Puede elegir como estrategia defensiva de su teoría del caso, demostrar alguna de las hipótesis previstas en la legislación como formas de exclusión del delito. No

obstante, aun cuando decida llevar a cabo una defensa pasiva y servirse de los elementos de convicción presentados por el Ministerio Público, esto no implica inactividad de su parte, pues tiene la obligación de así plantearlo en su teoría del caso, preservando al mismo tiempo el derecho del imputado a guardar silencio.

Las conclusiones arriba enunciadas tienen una importancia práctica para los sujetos procesales, pues al comprender la naturaleza jurídica de la teoría del caso bajo fundamentos legales y criterios interpretativos, obtienen certeza sobre su ejercicio en el procedimiento penal. La importancia teórica del conocimiento obtenido abona a la discusión sobre las consecuencias que, en el desarrollo de las etapas y audiencias del procedimiento penal, tiene la teoría del caso como una formalidad del debido proceso. La incorporación de la teoría del caso en las normas del CNPP sería innecesaria, pues debido a su naturaleza jurídica, la teoría del caso es una formalidad del procedimiento en constante evolución interpretativa.

IX. Bibliografía

Libros

Aguilar Morales, L. M. (2016). "Reforma constitucional en materia penal de 2008. Antecedentes, objetivos y ejes rectores", pp. 27-47, en Gómez González, Arely (Coordinadora), *Reforma penal 2008-2016. El sistema penal acusatorio en México*, Mé-

- xico, Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- Alvarado Martínez, I. y Calvillo Díaz, G. (2017). *La etapa del juicio en el proceso penal acusatorio*, México, Bosch.
- Alvarado Sosa, J. (2013). *De la teoría del delito a la teoría del caso en el juicio oral*, México, Sista.
- Alvarado Velloso, A. (2006). *El debido proceso de la garantía constitucional*, Buenos Aires, Ediar.
- Baytelman A., A. y Duce J., M. (2009). *Litigación penal, Juicio oral y prueba*, México 2005, Segunda reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica-Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- Benavente Chorres, H. (2010). *Estrategias para el desahogo de la prueba en el juicio oral*, México, Flores Editor y Distribuidor.
- Carbonell, M. y Ochoa Reza, E. (2009). *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?* México, Porrúa.
- Cázares Ramírez, J. J. (2016). *Principios que rigen el proceso penal acusatorio*, México, Flores Editor y Distribuidor.
- Cervantes, E. A. (2015). *Lógica de las pruebas en el nuevo proceso penal*, México, Rehtikal.
- Cifuentes López, M. (2016). *Teoría der la prueba y la etapa intermedia*, México, Instituto Mexicano para la justicia (IMJUS).
- Constantino Rivera, C. (2008). *Introducción al estudio sistemático del proceso penal acusatorio*, México, Ed. MaGister.
- Copi, Irving M. y Cohen, C. (2012). *Introducción a la lógica*, México, Limusa.
- Chávez Alor, J. (2016). “La interacción de los Derechos Humanos con el Sistema Penal Acusatorio”, pp. 223-247, en Gómez González, A. (coord.). *Reforma penal 2008-2016. El sistema penal acusatorio en México*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- García Ramírez, S. (2009). *La reforma penal constitucional (2007-2008)*, 2a. ed., México, Porrúa.
- Herrera Pérez, A. (2013). *Nuevo sistema constitucional del derecho penal*, 3a. ed., México, Porrúa.
- Hidalgo Murillo, J. D. (2015). *Argumentar en la oralidad, desde la publicidad, inmediatez y contradicción*, México, Flores Editor y Distribuidor.
- (2013). *Hacia una teoría del caso mexicana*, México, IIJ-UNAM.
- (2019). “Manual para la construcción de la teoría del caso”, p. 13. Consultado el día 15 de abril de 2019, en <https://es.slideshare.net/rojasmaury/manual-para-la-construccion-de-la-teoria-del-casoiafjsr>.
- (2016). *Sistema acusatorio mexicano y garantías del proceso penal*, 2a. ed., México, Porrúa.
- Martínez Garza, J. C. (2017), *Proceso penal oral*, México, Flores Editor y Distribuidor.
- Morales Sánchez, C. y Martínez Rodríguez, M. Á. (2014). “Nuevas reglas para juzgar al indígena en México”, pp. 221-239, en García García, M. y Moreno Cruz, R. (Coord.). *Argumentación Jurídica*, UNAM-IIJ.

- Moreno Cruz, E. (2016). *El nuevo proceso penal en México y el Código Nacional de Procedimientos Penales*, 2a. ed., México, Porrúa.
- Osorio Nieto, C. A. (2011). *Teoría del caso y cadena de custodia*, México, Porrúa.
- Ovalle Favela, J. (2003). “Los alegatos como formalidad esencial del procedimiento”, pp. 185-189, *Cuestiones Constitucionales*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, núm. 8, enero-junio.
- Paredes Calderón, R. (2017). *La investigación complementaria en el proceso penal acusatorio*, 2a. ed., México, Bosch.
- Polanco Braga, E. (2014). *La dinámica de las pruebas en el procedimiento penal*, México, Porrúa.
- Rubio Antelis, L. A. (2015). *Argumentación jurídica y derechos humanos en el proceso penal acusatorio*, México, Flores Editor y Distribuidor.
- Sotomayor Garza, J. G. (2015). *Introducción al estudio del juicio oral penal*, México, Porrúa.
- Valencia Beltrán, G. de J. (2016). “La importancia de la argumentación jurídica de la defensa en el juicio oral penal”, pp. 71-95, en Camargo González, I. *La argumentación jurídica piedra angular del proceso penal acusatorio*, México, Flores Editor y Distribuidor.
- Zamora Grant, J. (2016). *Derecho victimal. La víctima en el nuevo sistema penal mexicano*, 3a. ed., México, Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- Zamora Pierce, J. (2014). *Juicio oral. Utopía o realidad*, México, Porrúa.
- Zavaleta Rodríguez, R. E. (2014). “Los problemas de justificación externa como problemas del caso”, pp. 127-150, en García García, Mayolo y Moreno Cruz, Rodolfo (Coord.), *Argumentación Jurídica*, México, UNAM-IIIJ.

Legislación y jurisprudencia

- Código Nacional de Procedimientos Penales. Última reforma publicada DOF 17-06-2016.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Última reforma publicada DOF 27-01-2016.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (MX). Consultado el día 21 de mayo de 2019, en https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/primera_sala/contradicciones_tesis/2019-05/PENDIENTES%20A%20MAYO%20DE%202019_3.pdf.

Tesis y jurisprudencias

- Tesis: XVII.2o.2 P, Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Publicación: viernes 26 de abril de 2019 10:30 h, Ubicada en publicación semanal.

- Tesis: XXII.PA.48 P, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. II, febrero de 2019, p. 2908.
- Tesis: 1a./J. 50/2018, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. I, diciembre de 2018, p. 206.
- Tesis: XIX.1o.4 P, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. III, octubre de 2018, p. 2517.
- Tesis: XIII.PA.52 P, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. III, octubre de 2018, p. 2442.
- Tesis: I.9o.P.212 P, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. III, agosto de 2018, p. 2866.
- Tesis: XXII.PA.22 P, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. IV, junio de 2018, p. 2967.
- Tesis: XVII.2o.PA.28 P, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. IV, junio de 2018, p. 3076.
- Tesis: XVII.1o.PA.52 P, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. IV, enero de 2018, p. 2083.
- Tesis: I.1o.P.61 P, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. IV, agosto de 2017, p. 3034.
- Tesis: I.8o.P.12 P, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. IV, junio de 2017, p. 2866.
- Tesis XVII.1o.PA.43 P, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. IV, enero de 2017, p. 2724.
- Tesis: (X Región) 3o.3 P, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. II, diciembre de 2016, p. 1676.
- Tesis: XVII.1o.PA.19 P, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. III, mayo de 2015, p. 2178.
- Tesis: XVIII.4o.9 P, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. II, junio de 2014, p. 1932.
- Tesis: XVII.1o.PA.J/5, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. III, octubre de 2014, p. 2377.
- Tesis: XVIII.4o.9 P, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. II, junio de 2014, p. 1932.
- Tesis: 1a. CCIII/2014, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. I, mayo de 2014, p. 544.
- Tesis: XVII.1o.PA.5 P (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, L XI, t 2, agosto de 2012, p. 2001.
- Tesis: 1a. CCXLVIII/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t 1, marzo de 2012, p. 291, Tesis Aislada (Penal)), derivada de la contradicción 412/2010, de rubro: "SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO. TEORÍA DEL CASO".
- Tesis: 1a. CCXLIX/2011 (9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, L VI, t 1, marzo de 2012, p. 292.
- Tesis: 1a. CCL/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. 1, marzo de 2012, p. 290

- Tesis: XVII.1o.PA.62 P, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXII, octubre de 2010, p. 2900.
- Tesis: I.4o.C.48 K, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXI, enero de 2010, p. 2123.
- Tesis 1a. CLVIII/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XX, septiembre de 2009, p. 448.
- Tesis: I.2o.P. J/30, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXX, agosto de 2009, p. 1381.
- Tesis: 1a./J. 83/2004, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XX, octubre de 2004, p. 170.
- Tesis P./J.47/95, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. II, diciembre de 1995, p. 133.
- Tesis: Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, t. V, Segunda Parte-1, enero-junio de 1990, p. 311.



LOS HIJOS E HIJAS

DE MADRES EN RECLUSIÓN EN MÉXICO: EL PROCESO DE SEPARACIÓN

<http://dx.doi.org/10.20983/reij.2020.2.2>

FECHA DE RECEPCIÓN: 12 de noviembre 2019

FECHA DE ACEPTACIÓN: 17 de febrero 2020

SUMARIO: I. Introducción. II. Hijos e hijas de madres en reclusión en México. III. La Convención y México: normativa mexicana para hijos e hijas de madres reclusas. IV. Los hijos e hijas de madres reclusas desde el criterio internacional. V. Conclusión. VI. Bibliografía.

Resumen

Con la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño, México se ha comprometido en hacer valer los derechos de los niños y las niñas en todo el territorio nacional. Por lo cual, el Estado no podría hacer distinciones entre la niñez para la dotación de sus derechos. Lo anterior aplica a los niños y las niñas que comparten internamiento con su madre que por alguna circunstancia se encuentra privada de la libertad. El tópico que se trae a colación es porque el Estado mexicano no ha establecido de forma certera cómo debe realizarse el procedimiento de separación de un niño o una niña de su madre que se encuentra en internamiento. Es decir, realizar por parte del Estado el procedimiento de separación sin contar con lineamientos específicos para ello, trae como consecuencia un menoscabo directo a los derechos del niño y de la niña, e indirectamente a los derechos de la madre.

1 Profesora Investigadora de Tiempo Completo en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí. Contacto: xochithl.rangel@uaslp.mx; ORCID: 0000-0002-0543-2852.

Palabras clave: derechos del niño y la niña, internamiento, madre en reclusión, procedimiento de separación.

The children and daughters of mothers in reclusion in Mexico: the separation process

Abstract

With the ratification of the Convention on the Rights of the Child, Mexico is committed to enforcing the rights of children throughout the national territory. Therefore, the government could not distinguish between children for the endowment of their rights. The above applies to boys and girls who share internment with their mother who for some reason is deprived of liberty. The topic that is brought up is that the Mexican State has not established in an accurate manner, as the procedure of separation of a boy or a girl from his mother who is in detention should be performed. It means that to carry out the separation procedure by the State without having specific guidelines for this, results in a direct impairment to the rights of the boy and the girl, and indirectly to the rights of the mother.

Key words: rights of the boy and the girl; internment; mother in seclusion, separation procedure.

I. Introducción

La consolidación de la primera infancia en una persona, la forman para y en la vida. La UNICEF (2019) ha referido que “La primera infancia importa para cada niño, muestra que el periodo comprendido entre la concepción y el inicio de la educación escolar brinda una oportunidad decisiva y única de influir en el desarrollo del cerebro de los niños” (s.p.), de lo anterior podemos dar cuenta que la primera infancia y la solidificación de esta en cada niño y niña es importante, dado que le permite a la persona cristalizarse en sus tres esferas, es decir: en la consolidación de aspectos biológicos, psicológicos y sociales.

Asimismo, Paolini, Oiberman y Mansilla (2017) refieren que los primeros años de vida tienen una gran importancia para el desarrollo infantil y la evaluación periódica del desarrollo en sus diferentes áreas (cognición, motricidad, lenguaje y conducta social).

Estos autores señalan que la consolidación de la primera infancia trae como derivación que “los vínculos primarios se construyen a partir de los primeros cuidados y los estímulos necesarios para el crecimiento y desarrollo, los cuales son proporcionados por la familia, principalmente por los padres” (2017, pág. 10). Una persona forzosamente atraviesa por un periodo evolutivo que debe ser gradual. Lo anterior obviamente bajo la premisa

específica de que el ser humano requiere de experiencias, cuidado, cubrimiento de necesidades básicas, entre otros, que le permitan consolidarse como persona.

El Comité de los Derechos del Niño (más adelante, Comité), dentro de su Observación General número 7 “Realización de los derechos del niño en la primera infancia”, ha señalado que:

Las definiciones de primera infancia varían en los diferentes países y regiones, según las tradiciones locales y la forma en que están organizados los sistemas de enseñanza primaria. En algunos países, la transición de la etapa preescolar a la escolar tiene lugar poco después de los 4 años de edad. En otros países, esta transición tiene lugar en torno a los 7 años. En su examen de los derechos en la primera infancia, el Comité desea incluir a todos los niños pequeños: desde el nacimiento y primer año de vida, pasando por el periodo preescolar hasta la transición al periodo escolar. En consecuencia, el Comité propone, como definición de trabajo adecuada de la primera infancia, el periodo comprendido hasta los 8 años de edad; los Estados parte deberán reconsiderar sus obligaciones hacia los niños pequeños a la luz de esta definición (2005, pág. 3).

Debido a lo anterior, y tomando en consideración que el Comité de los Derechos del Niño es el máximo intérprete de la Convención de los Derechos del Niño (más adelante, Convención), se propone una edad cronológica para que los Estados parte de la Convención acaten, cuando se está en presencia de un niño o niña en su primera infancia, con la finalidad de que el proceso de consolidación de la persona se pueda lograr de forma correcta. Para el Comité existen características muy propias de la primera infancia (véase: Observación General

número 7 del Comité de los Derechos del Niño), es por lo que la primera infancia de un niño o niña debe ser atendida por el Estado, no como una dádiva, sino verdaderamente como una obligación internacional por parte de las naciones.

Un niño o niña que es separado de su entorno de familia, o de su padre o madre o de quien tenga el primer núcleo básico, encuentra como derivación un fuerte impacto en el desarrollo de sus niveles de cognición y conducta, sin dejar de lado todos los efectos negativos que puede acarrear.² Es por lo que los hijos e hijas de madres reclusas deben verse salvaguardados de la pérdida que pudiera conllevar ser alejados de un entorno y de la figura que para ellos representa esa familia. Por lo tanto, es necesario que el Estado se encuentre presente, salvaguardando los derechos del niño y de la niña que se sujetarán a la separación de su madre en reclusión. Lo anterior, únicamente podrá darse cuando el Estado cuente con lineamientos precisos de cómo lograr que la separación del hijo o hija no vulnere sus derechos propios y ponga en riesgo el desarrollo evolutivo del niño o la niña, y por supuesto no se vulneren los derechos específicos de la madre.

² Para abundar en el tema, véase: el principio de mantenimiento del menor con su familia biológica establecido en la Declaración de los Derechos del Niño.

II. Hijos e hijas de madres en reclusión en México

De acuerdo con lo que reporta la Comisión Nacional de Derechos Humanos en el *Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria* (más adelante, Diagnóstico), la población de niños y niñas dentro de los centros penitenciarios visitados por esa institución ascendió a la cantidad de 362 para el año 2019.

Siguiendo con lo que establece este Diagnóstico, es importante visualizar la cantidad de menores registrados del año 2013-2019, con la finalidad de representar cómo ha evolucionado el transitar de los niños y las niñas que conviven con su madre en un centro penitenciario.

Es importante mencionar que esta realidad social existe -a la fecha- en los centros penitenciarios en México. Si bien es cierto, dentro del sistema penitenciario mexicano existen muchas insuficiencias para los hijos e hijas de madres en reclusión, como lo son: acceso a la educación, acceso a la salud, acceso a estancias adecuadas para su desarrollo, guarderías (confrontar en: *Estadística sobre el sistema penitenciario en México*), es importante comentar que la carencia por parte del Estado de contar con un proceso de separación del entorno y de la madre, es una obligación que el Estado mexicano ha dejado en el olvido, y desde un punto de vista razonado, existe perjuicio a los derechos de los niños y las

Tabla 1. Niños y niñas que viven con sus madres en reclusión, 2013-2019.

Fuente: Comisión Nacional de Derechos Humanos. 2019.
Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria.

niñas, y por derivación se violenta la Convención.

III. La Convención y México: normativa mexicana para hijos e hijas de madres reclusas

La Convención fue aprobada en el año de 1989 en el seno de la Asamblea de Naciones Unidas. Para México, siguiendo a Rangel (2018), la Convención de los Derechos del Niño, por parte del Estado mexicano, fue firmada el 26 de enero de 1990, ratificada por el Senado de la República el 19 de junio de 1990, y entró en vigor el 21 de octubre de 1990 (pág. 39). Por lo tanto, el gobierno a partir de este momento debe realizar adecuaciones importantes para incluir los derechos de la niñez en su derecho doméstico.

Ahora bien, para el caso de las personas en situación de reclusión desde el año de 1971, México contó con la ley que establece

las normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados (más adelante, Ley de Normas Mínimas), la primera que buscaba establecer las condiciones de ejecución penal. Es importante mencionar que en el documento original no se estableció ningún numeral en relación con los hijos e hijas de reclusas (confrontar en: *Diario Oficial de la Federación*. Ley que establece las normas mínimas sobre readaptación de sentenciados de fecha 19 mayo de 1971). Ello debido a que el debate de los derechos del niño y la niña a nuestro país llega muy tarde.³ Por lo cual, no extraña entonces que para el caso de esta normativa que establece normas mínimas para sentenciados, ni siquiera se visualice el tópico de los hijos e hijas de las madres en situación de reclusión.

³ La Convención fue sancionada y aprobada en el año 1990, pero la reforma constitucional que incorpora por primera vez los derechos del niño y de la niña llegó en el año 2000 con la reforma al artículo 4° de la Carta Magna.

Lo anterior fue subsanado en el año 2012 mediante una reforma a la Ley de Normas Mínimas, en donde por primera vez se estableció:

Las hijas e hijos de internas que permanezcan con ellas dispondrán de los espacios correspondientes para asegurar su desarrollo integral, incluyendo los servicios de alimentación, salud y educación, hasta los seis años de edad cuando así lo determine el personal capacitado, con opinión de la madre y considerando el interés superior de la infancia. El Ejecutivo Federal deberá cumplir esta disposición y para ello podrá celebrar convenios con las Entidades Federativas del País.

El sitio en que se desarrolle la prisión preventiva será distinto del que se destine para la extinción de las penas y estarán completamente separados. Las mujeres quedarán reclusas en lugares separados de los destinados a los hombres y tendrán la infraestructura, información y personal capacitado para el cuidado de sus hijas e hijos que permanezcan con ellas, así como para el desarrollo pleno de sus actividades. Los menores infractores serán internados, en su caso, en instituciones diversas de las asignadas a los adultos.

Los hijos de las mujeres reclusas, en caso de que permanezcan dentro de la institución, recibirán atención pediátri-

ca, educación inicial y preescolar hasta la edad de 6 años (DOF Ley de Normas Mínimas, 2012).

La modificación a la Ley de Normas Mínimas llega un año después de la reforma constitucional que ha sido trascendental para México y que tiene que ver con la llegada de los derechos humanos a la normativa constitucional en el año 2011.

Dentro de la Ley de Normas Mínimas (2012) se estableció que los hijos e hijas de madres en situación de reclusión podrían permanecer con ellas hasta la edad de 6 años bajo la condición “cuando así lo determine el personal capacitado, con opinión de la madre y considerando el interés superior de la infancia”.

Es importante establecer que no se han registrado a partir de 1971 lineamientos específicos sobre cómo lograr correctamente la separación de hijos o hijas de madres reclusas. Dado que lo establecido en su momento por la Ley de Normas Mínimas del año 2012 no respondía a un procedimiento de separación, es decir: en qué condiciones debía realizarse este. Asimismo, el legislador fue omiso dentro de esta Ley de Normas Mínimas, dado que no especificó qué debía realizar el “personal capacitado”, quiénes serían estos, qué debían hacer, para qué, con qué finalidad, entre otras interrogantes, y solo se limitó a indicar “cuando así lo determine el per-

sonal capacitado”.⁴ O en su momento, a qué se refería con “opinión de la madre”, pero el legislador no estableció en ninguna parte cómo debía ser esta opinión, y qué extremos esa opinión solventaría. Asimismo, qué consideración jurídica se llevaría a cabo bajo la expresión “el interés superior de la infancia”.

Se puede desprender que la Ley de Normas Mínimas del año 2012, si bien coloca un tema trascendental en relación con los hijos e hijas de madres en situación de reclusión, fue omisa en establecer lineamientos generales sobre cómo lograr la separación de los hijos e hijas de sus madres, sin violentar a estos sus derechos, respectivamente. Y, sobre todo, sin colocar en riesgo al niño y a la niña en su desarrollo evolutivo.

El 16 de junio de 2016 el legislador establece la Ley Nacional de Ejecución Penal (más adelante, Ley de Ejecución) que viene a abrogar la Ley de Normas Mínimas y con la cual busca “Establecer las normas que deben de observarse durante el internamiento por prisión preventiva, en la ejecución de penas y en las medidas de seguridad impuestas como consecuencia de una resolución judicial” (Ley de Ejecución, 2016). Un gran reto dentro del sistema de ejecución penal para México, dado que en el transitar de la normativa, en el año 2008,⁵ el país avanzó a un novedoso siste-

ma de justicia penal, pero las formas de ejecución seguían participando de la Ley de Normas Mínimas.

Con la Ley de Ejecución se establecieron derechos más amplios a las madres reclusas; siguiendo con lo que señala este cuerpo normativo, se dispone:

Artículo 36. Mujeres privadas de la libertad con hijas o hijos. Las mujeres privadas de la libertad embarazadas deberán contar con atención médica obstétrico-ginecológica y pediátrica, durante el embarazo, el parto y el puerperio, el cual deberá realizarse en hospitales o lugares específicos establecidos en el Centro Penitenciario cuando cuenten con las instalaciones y el personal de salud especializado. En caso de no contar con las instalaciones o con personal médico y que la condición de salud de la mujer o del producto de la concepción requieran de atención, esta se garantizará en instituciones públicas del sector salud. En los casos de nacimiento de hijas e hijos de mujeres privadas de la libertad dentro de los Centros Penitenciarios, queda prohibida toda alusión a esa circunstancia en el acta del registro civil correspondiente. Las hijas e hijos de las mujeres privadas de la libertad, que nacieron durante el internamiento de estas, podrán permanecer con su madre dentro del Centro Penitenciario durante las etapas postnatal y de lactancia, o hasta que la niña o el

⁴ Véase el contenido de la Ley de Normas Mínimas.

⁵ Es decir, la llegada del nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio.

niño hayan cumplido tres años de edad, garantizando en cada caso el interés superior de la niñez. Las mujeres privadas de la libertad con hijas o hijos, además de los derechos humanos reconocidos tendrán derecho a lo siguiente: I. Convivir con su hija o hijo en el Centro Penitenciario hasta que cumpla los tres años de edad. Para otorgar la autorización para que la niña o el niño permanezca con su madre, la Autoridad Penitenciaria velará en todo momento por el cumplimiento del interés superior de la niñez. Se notificará a la Procuraduría Federal de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes o a sus equivalentes en las entidades federativas. Todas las decisiones y actuaciones, así como disposiciones jurídicas adoptadas por las autoridades del Centro Penitenciario, respecto al cuidado y atención de las madres privadas de su libertad y de su hija o hijo con quien convive, deberán velar el cumplimiento de los principios pro-persona y el interés superior de la niñez, así como el reconocimiento de niñas y niños como titulares de derechos [...] (Ley de Ejecución, 2016).

Cabe mencionar que la Ley de Ejecución estableció que un derecho de la madre es convivir con su hijo o hija en un centro penitenciario hasta que este(a) cumpla la edad de 3 años. Incongruente lo anterior, dado que el Comité había establecido en su Observación General número 7 que la pri-

mera infancia se entendía hasta los 8 años.⁶ Ahora bien, del texto establecido en la Ley de Ejecución se puede desprender que después de los 3 años un niño o niña puede permanecer con su madre, pero para otorgar autorización se debe velar por el interés superior del niño como bien lo refiere la Ley de Ejecución. Asimismo, este cuerpo normativo incluye la incorporación de la Procuraduría Federal de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes o a sus equivalentes en las entidades federativas.

En la Ley de Ejecución del año 2016 tampoco el legislador estableció el procedimiento de separación del niño o la niña de su madre. Lo único que se acota a establecer es siempre tomar el principio del interés superior del niño en beneficio. Sin embargo, desde un punto de vista razonado, lo anterior no viene a suplir en nada un procedimiento de separación; los niños, las niñas y sus madres deben lograr de forma efectiva aminorar el proceso de separación de su entorno y de su familia, y para ello el Estado debe apoyar.

Si bien es cierto que la Ley de Ejecución dota de muchos derechos a las madres reclusas e hijos, no menos cierto lo es que aún falta clarificar de forma certera y precisa los alcances de los derechos de los niños en los centros penitenciarios mexicanos. Y, sobre todo, redondear en el aspecto de que la Ley de Ejecución no incluye la

⁶ Véase: Observación General número 7 del Comité de los Derechos del Niño.

forma específica de cómo lograr y llevar a cabo el proceso de separación.

Ahora bien, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (más adelante Corte o SCJN) dentro de la resolución al amparo 644/2015, ha dejado claridad en algunos puntos importantes en cuanto a la separación gradual que debe realizarse de los niños y las niñas de su madre. Dando como derivación que es necesario una “separación gradual, sensible y progresiva de las madres de sus menores hijos en un centro de reinserción” (SCJN, 2015). Lo anterior no es menos importante dado que resuelve la Corte que el niño o la niña que vive con su madre en un centro de reinserción, y su separación de este entorno y de la madre, debe darse en un ambiente de respeto a los derechos de los intervinientes. Es necesario también puntualizar que el amparo y protección de la justicia se brindó para el caso específico, es decir, no precisa la Suprema Corte de Justicia de la Nación si se deben realizar cambios normativos de aplicación general. Derivado de la resolución del amparo 644/2015, la SCJN emite la siguiente tesis de jurisprudencia:

Separación de un menor que habita con su madre en reclusión. Interpretación del Artículo 32 del Reglamento de los Centros de Reinserción Social de Puebla conforme al interés superior del menor.⁷

7 Véase: Tesis: 1a. CXC/2017 (10a.), Décima Época, Semanario Judicial de la Federación, Libro 49, diciembre de 2017, Tomo I, Pág. 447, Registro Digital: 2015762

Ello da cuenta de la necesidad imperiosa de que la separación del niño y la niña del contexto penitenciario deba ser de forma gradual, y tomando en consideración la forma específica de no violentar los derechos de los involucrados.

IV. Los hijos e hijas de madres reclusas desde el criterio internacional

A nivel internacional el instrumento que protege los derechos del niño y de la niña es la Convención. Esta se integra por cuatro principios que son básicos y torales para que las naciones hagan valederos los derechos de los menores. El principio por excelencia más invocado de la Convención dentro de la normativa de los países signatarios es el del interés superior de la niñez, contemplado en el artículo 3, párrafo I. El Comité dentro de la Observación General número 14, ha establecido qué debe entenderse por el principio del interés superior de la niñez, y visualiza que debe entenderse como: “un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo, y una norma de procedimiento” (Confrontar en: Observación General No. 14). Por lo cual, el principio del interés superior de la niñez, como lo ha señalado el mismo Comité, es “flexible y adaptable” (Confrontar en: Observación General No. 14) al caso en concreto, pero siempre observándolo como eje garante de hacer extensivos los derechos de los niños y las niñas.

Entonces, es apremiante que México tenga lineamientos específicos para poder separar a los hijos e hijas de madres reclusas, causando el menor menoscabo a sus derechos y a su persona.

Es necesario precisar que dentro de la Observación General No. 14 se ha establecido que

El Comité recuerda que es indispensable llevar a cabo una evaluación y determinación del interés superior del niño en el contexto de una posible separación del niño y sus padres (arts. 9, 18 y 20). También subraya que los elementos antes mencionados son derechos concretos y no solo elementos para determinar el interés superior del niño (párrafo 58 en adelante).

Sigue mencionando el Comité (2013):

Dada la gravedad de los efectos en el niño de que lo separen de sus padres, dicha medida solo debería aplicarse como último recurso, por ejemplo, cuando el niño esté en peligro de sufrir un daño inminente o cuando sea necesario por otro motivo; la separación no debería llevarse a cabo si se puede proteger al niño de un modo que se inmiscuya menos en la familia. Antes de recurrir a la separación, el Estado debe proporcionar apoyo a los padres para que cumplan con sus responsabilidades parentales y restable-

cer o aumentar la capacidad de la familia para cuidar del niño, a menos que la separación sea necesaria para proteger al niño. Los motivos económicos no pueden ser una justificación para separar al niño de sus padres.

En caso de separación, el Estado debe garantizar que la situación del niño y su familia haya sido evaluada, cuando sea posible, por un equipo multidisciplinario de profesionales perfectamente capacitados, con la colaboración judicial apropiada, de conformidad con el artículo 9 de la Convención, a fin de asegurarse de que es la única opción que puede satisfacer el interés superior del niño (Observación General No. 14, párrafo 61 en adelante).

Asimismo, lo anterior se robustece con lo que ha establecido la Oficina de Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (2005):

Uno de los retos más difíciles relativos al encarcelamiento de mujeres es la pregunta de cómo manejar el asunto de las mujeres con bebés. La separación de las mujeres de sus hijos debido al encarcelamiento tiene un efecto traumático y de largo alcance en las madres y en sus hijos. Los hijos son una fuerza vital para muchos reclusos y romper el vínculo entre la madre y su hijo es el castigo de la peor clase para la madre. Los hijos, frecuentemente traumatizados e incapaces

de comprender las razones de la separación, son propensos a sufrir de problemas de desarrollo y emocionales agudos, así como de estar en riesgo de cuidados inadecuados en instituciones públicas de bajos recursos o por prestadores de servicios alternativos (pág. 17).

Por otra parte, la Convención Americana de Derechos Humanos (más adelante, Pacto de San José), ha establecido en su artículo 17, que la familia es la unidad fundamental de la sociedad, por lo cual se puede establecer bajo criterio de interpretación que todas las personas deben gozar de una familia y disfrutar de ésta⁸.

Es importante hacer hincapié en los esfuerzos internacionales sobre el estudio del fenómeno. Se puede citar el estudio de Lejarraga y Berardi, "Crecimiento y desarrollo, integración social y pautas de crianza en niños que viven con sus madres en prisión" (Confrontar: trabajo de investigación realizado en la Unidad penitenciaria 31 presentado en el 35° Congreso Argentino de Pediatría), donde su equipo estudió a 68 niños. El análisis de los datos obtenidos reveló que no hay diferencias entre estos niños y la población general en cuanto a la estatura, el desarrollo psicomotor y cociente intelectual, pero sí se

⁸ Es por ello que el principio de mantenimiento del menor con su familia biológico es importante, sin embargo, no debemos olvidar que si el entorno biológico no es el adecuado, con base en el principio del interés superior del niño, debe alejarse a ese niño o niña de ese contexto.

encontraron dos problemas relevantes: sobrepeso y alta prevalencia de trastornos emocionales, sobre todo en los mayores de dos años (Confrontar en: ponencia por Laura Nohemí Lora en las XII Jornadas Nacionales de Filosofía y Ciencias Políticas, proyecto UBACyT).

La experiencia en Argentina ha sido con base en las repercusiones que tienen los hijos e hijas de las madres en reclusión. En México también hay investigación al respecto (confrontar en: Niños y niñas invisibles. Hijos e hijas de madres reclusas), sin embargo, el fenómeno de la separación de los hijos e hijas de la madre y de su entorno es un fenómeno poco estudiado.

Ahora bien, el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha emitido un *Manual de Capacitación en Derechos Humanos* en donde puntualiza de forma específica que las mujeres en prisión cuentan con los siguientes principios fundamentales:

- Las mujeres tienen derecho a la igualdad en el goce y protección de todos los derechos en los campos político, económico, laboral, social, cultural y civil.
- Las reclusas no serán discriminadas y se les protegerá de toda forma de violencia o explotación.
- Las reclusas serán recluidas en recintos separados de los hombres.
- Las reclusas serán supervisadas y revisadas por personal femenino.

- Las mujeres embarazadas o con niños lactantes que se encuentran en prisión serán provistas de condiciones especiales adecuadas. De ser práctico, las reclusas deberán ser trasladadas a los hospitales para el alumbramiento⁹.

Por su parte, las Reglas de Bangkok¹⁰, en sus numerales 48, 49, 50, 51 y 52 coloca una serie de disposiciones que debe realizar la autoridad frente a la mujer privada de libertad y que cuenta con hijos dentro de su internamiento. Pero específicamente la regla 52, propone:

1. Las decisiones respecto del momento en que se debe separar a un hijo de su madre se adoptarán en función del caso y teniendo presente el interés superior del niño con arreglo a la legislación nacional pertinente.
2. Toda decisión de retirar al niño de la prisión debe adoptarse con delicadeza, únicamente tras comprobarse que se han adoptado disposiciones alternativas para su cuidado y, en el caso de las reclusas extranjeras, en consulta con los funcionarios consulares.
3. En caso de que se separe a los niños de sus madres y sean puestos al cuidado de familiares o de otras personas u otros servicios para su cuidado, se brindará a las reclusas el máximo po-

sible de posibilidades y servicios para reunirse con sus hijos, cuando ello redunde en el interés superior de estos y sin afectar el orden público.

De las especificidades que marca la regla 52, podemos dar cuenta que las entidades tienen la obligación de respetar el proceso de separación, y sobre todo, que este último se logre en un ambiente que no perturbe los derechos del niño o la niña, en conjunto con los derechos de la madre. Por lo cual, existen elementos de derecho internacional que permiten entender que los estados deben procurar formas de garantizar que el proceso de separación de su progenitora se lleve a cabo de una forma efectiva.

Ahora bien, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha emitido los *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas*, dentro de su principio X establece: “Cuando se permita a las madres o padres privados de libertad conservar a sus hijos menores de edad al interior de los centros de privación de libertad, se deberán tomar las medidas necesarias para organizar guarderías infantiles, que cuenten con personal calificado, y con servicios educativos, pediátricos y de nutrición apropiados, a fin de garantizar el interés superior de la niñez”, por lo cual se sigue reafirmando de forma muy puntual que el Estado debe garantizar de forma especí-

9 Énfasis agregado por la autora.

10 Aprobadas por la Asamblea General de Naciones Unidas el 16 de marzo de 2011.

fica el interés superior del niño que comparte con su madre un internamiento.

V. Propuesta específica: la necesidad de lineamientos de proceso separación

No queda duda que el Estado mexicano tiene un tema pendiente con el reconocimiento de los derechos del niño y la niña, lo anterior es así dado que, si recordamos la obligación del Estado mexicano una vez que la Convención fue ratificada y aprobada en nuestro país en el año de 1990, consistía en dar por satisfechas dentro de la Carta Magna su contenido. Sin embargo, lo anterior llegó muy tarde, es decir, en el año 2000, con la modificación al artículo 4º y la inclusión del principio del interés superior del niño. Ciertamente lo es que México ha ratificado la Convención y requiere realizar todos y cada uno de los cambios normativos a su legislación. Sin embargo, es de precisarse que es necesario, como lo ha establecido el Comité, que la primera infancia, y en realidad todas las etapas del niño y de la niña, deben ser garantizadas por el Estado.

Es por lo que el tópico del proceso de separación es emergente dentro del procedimiento de ejecución penal en nuestro país. Como se comentó líneas arriba, la Ley de Ejecución de reciente promulgación, reconoce varios derechos tanto a la madre como a los hijos e hijas. Sin embargo, lo anterior no es suficiente para el tema de la separación, ello debido a que, en primera

instancia, debemos reconocer que el separar a un niño o a una niña de su madre y de su entorno acarreará consecuencias negativas al desarrollo progresivo de ese niño o niña, por lo cual, se requiere que la autoridad conozca de forma precisa y viable cómo iniciar el proceso de separación.

Si bien es cierto, en este análisis no se pretende dar por concluido el tema, se colocan algunos elementos que podrían dar pie a crear el fenómeno de la discusión en cuanto al tópico.

En primer lugar, contar con lineamientos específicos en la separación del hijo o hija de la madre viene a consolidar también el derecho de acceso a la justicia. Y, por otro lado, el compromiso del Estado para con su población penitenciaria. Lo que se pretende es que el Estado mexicano deba contar con lineamientos específicos para consolidar el proceso de separación, y lo que se procura es que se evite la ruptura de una forma dolorosa y abrupta para ambas partes. Y en un segundo momento, que la eficacia de la justicia siempre se encuentre presente.

Es menester señalar que, en este momento, solo se presenta el argumento teórico de la necesidad de lineamientos específicos. Es necesario que con base en lo que dispone el mismo Comité, al instante del diseño en lo futuro de estos lineamientos, se tome en consideración: un proceso de desapego de la madre y del entorno, que le permita a los hijos e hijas

y a la madre, estar en condiciones de desafiar la vida en libertad y llevar el proceso de internamiento de forma digna, respectivamente. Asimismo, será importante la intervención psicológica que deberá tener la madre y el hijo o la hija (antes, durante y después de la separación), y que forzosamente el Estado deberá garantizar. Así como también, el regreso de la interrelación de la madre y el hijo o hija, cuando este último ya no se encuentre con ella.

VI. Conclusión

Con la ratificación de la Convención, México ha tenido que reconocer dentro de su derecho doméstico los derechos de los niños y las niñas. Lo anterior llega en el año 2000 con la modificación que sufre el artículo 4º de la Carta Magna. Se ha hecho notar que la primera infancia para un niño y una niña es de vital importancia, dado que esta consolida a la persona adulta. Por lo cual, la ausencia de consolidación en esta etapa podría acarrear repercusiones significativas al desarrollo evolutivo del niño o la niña.

Lo anterior viene a ser redondeado por lo que ha señalado el Comité, que no solo es el máximo órgano de interpretación de la Convención, sino que además es garante de que los derechos del niño y la niña se vean fortalecidos en cada una de las naciones. Por lo cual, como ha quedado establecido en líneas ulteriores, es necesario que las naciones hagan valedera la prime-

ra infancia en sus territorios. Es preciso dejar claro que el Comité ha establecido una edad cronológica, en la cual encuadra la primera infancia, y que deberían las naciones acotarse a ello.

En el Estado mexicano se ha encontrado que los derechos de los niños y las niñas se han incorporado al marco normativo de forma gradual. Lo anterior toma referencia para que, en su momento dentro de la Ley de Normas Mínimas, los hijos e hijas de madres reclusas ni siquiera figuraran en el aparato penitenciario. Es menester recordar que los derechos del niño y de la niña van ganando terreno. Años más tarde apareció dentro del mismo instrumento normativo la figura de los hijos e hijas de madres reclusas. Lo anterior dio como derivación que el Estado mexicano visualizará de forma latente que la realidad social existía y requería regularse.

Es importante mencionar que la llegada de la Ley de Ejecución del año 2016 trajo como consecuencia una nueva mirada a los derechos de las madres en reclusión y de los hijos e hijas que con ellos concurrían. Lo anterior puede apreciarse de la reivindicación de derechos que trajo como consecuencia este modelo normativo. Sin embargo, para el caso que se comentó, ni en la Ley de Normas Mínimas ni en la Ley de Ejecución, se estableció un proceso de separación para lograr verdaderamente el no violentar derechos a la madre e hijos.

Es importante mencionar que la SCJN en el año 2015 sentó bases importantes para el procedimiento de separación del hijo o hija de su madre, y establece que este último debe darse de forma gradual, sensible y progresiva.

Es pertinente establecer que no solo la teoría, sino que organismos internacionales, han señalado que el proceso de separación llevado a cabo de forma inadecuada es adverso al niño y a la niña. Por lo cual, desde un punto de vista razonado, las naciones deben tener la obligación de contar con lineamientos precisos de cómo lograr separar sin causar un daño mayor a los hijos e hijas de madres reclusas.

La propuesta que se encaminó fue el pronunciamiento de que el Estado ha dejado en el olvido a esos niños y niñas que por una condición ajena a ellos se encuentran con su madre en reclusión. Por lo cual, la propuesta es generar lineamientos para el correcto proceso de separación, teniendo como base: un proceso de desapego, intervención psicológica (antes, durante y después de la separación) y, por último, el proceso de interrelación (para recuperar nuevamente el lazo familiar).

Es necesario establecer que el Estado mexicano ha omitido lo anterior, y con ello desde un punto de vista razonado, se violentan derechos del niño y de la niña, y en su momento por derivación los de la madre. También, ante el caso omiso del proceso de separación, se violenta la Con-

vención, instrumento garante de los derechos de los niños y las niñas en el mundo.

Bibliografía

- Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (1999). Manual de Capacitación en Derechos Humanos, en línea: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/25427.pdf>.
- Cámara de Diputados. Ley Nacional de Ejecución Penal. 16 de junio de 2016 disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LNEP_090518.pdf.
- Comité de los Derechos del Niño. Observación General 14. Disponible en: <https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>.
- Comité de los Derechos del Niño. Observación General 7. Disponible en: <https://www.unicef.org/ecuador/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf>.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, en línea: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/PrincipiosPPL.asp>
- Comisión Nacional de Derechos Humanos. 2019. Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria, en línea: <https://www.cndh.org.mx/web/diagnostico-nacional-de-supervision-penitenciaria>.

- Diario Oficial de la Federación. Decreto de reforma a la ley que establece las normas mínimas sobre readaptación de sentenciados. 19 de enero de 2012 disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=5230357&fecha=19/01/2012&cod_diario=244228.
- Diario Oficial de la Federación. Ley que establece las normas mínimas sobre readaptación de sentenciados. 19 mayo de 1971 disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?cod_diario=204974&pagina=4&seccion=0.
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía (2017). Estadística sobre el sistema penitenciario en México [en línea] disponible en: http://www.cdeunodc.inegi.org.mx/unodc/wp-content/uploads/2018/01/en_numeros2.pdf.
- Paolini, C. Oiberman, A. y Mansilla M. (2017). Desarrollo cognitivo de la primera infancia : influencia de los factores de riesgo biológico y ambientales [en Línea] disponible en: <https://www.redalyc.org/jatsRepo/3396/339655686008/html/index.html>.
- Lejarraga, H. y Berardi, C. “Crecimiento y desarrollo, integración social y pautas de crianza en niños que viven con sus madres en prisión” [en línea] disponible en: http://www.scielo.org.ar/scielo.php?pid=S032500752011000600004&script=sci_arttext.
- Oficina de Naciones Unidas Contra las Drogas y el Delito (2005). Manual para operadores de establecimientos penitenciarios y gestores de políticas para mujeres encarceladas. [en línea] disponible en: https://www.unodc.org/documents/ropan/Manuales/Manual_mujeres_encarceladas.pdf.
- Oficina de Naciones Unidas Contra las Drogas y el Delito (2011). Reglas de Bangkok, en línea: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Bangkok_Rules_ESP_24032015.pdf
- Proyecto UBACyT, Directora Dra. Laura Noemí Lora. Proyectos de Investigación Científica o de Innovación Tecnológica, Programación Científica 2010-2012, Categoría Grupos en formación, acreditados por la Universidad de Buenos Aires, Secretaría de Ciencia y Técnica.
- Rangel, R. X. (2018). *80 preguntas sobre derechos de infancia y la justicia penal juvenil*. México: Flores Editor.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (2015). Resolución de Amparo 644/2015.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis: 1a. CXC/2017 (10a.), Décima Época, Semanario Judicial de la Federación, Libro 49, diciembre de 2017, Tomo I, Pág. 447, Registro Digital: 2015762



LA FORMACIÓN

JURÍDICA DEL DEPORTISTA EN CUBA

<http://dx.doi.org/10.20983/reij.2020.2.3>

FECHA DE RECEPCIÓN: 28 de enero 2020

FECHA DE ACEPTACIÓN: 21 de febrero 2020

SUMARIO: I. Introducción. II. Orígenes de la actividad deportiva, concepto y desarrollo. Un análisis desde la teoría y doctrina jurídica. III. La actividad deportiva en Cuba como un derecho humano. Reconocimiento en el ordenamiento jurídico. IV. Conclusiones. V. Referencias.

Resumen

Cada vez es mayor la afluencia de estudiantes a las aulas de las universidades en busca de información y superación académica en diversas ramas del saber (tendencia en las sociedades que se produjo en los últimos años del pasado siglo XX). Con la emergencia de la nueva economía del conocimiento, la nueva sociedad de la información requiere un mayor número de profesionales con competencias. Ante esta realidad, la universidad promueve mejoras para el proceso docente y se aceleran las investigaciones para aumentar la calidad de la docencia. Se ha avanzado en la incorporación al currículo y a los procesos sustantivos de la educación superior de aspectos que tributan a la formación jurídica y educa-

1 Máster en Asesoría Jurídica mención ambiental. Profesor Auxiliar de Derecho Internacional y Ambiental. Facultad de Ciencias Económicas y Sociales. Universidad de Granma. República de Cuba. Email: aantunez@udg.co.cu ORCID: 0000-0002-8561-6837

2 Licenciada en Derecho. Asesora Jurídica en la Dirección Provincial del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Provincia Granma. República de Cuba. ORCID: 0000-0002-6215-1360

ción en valores del futuro profesional de cultura física con competencias demostradas. La universidad que no preste atención no será de excelencia en el siglo XXI si no permite al estudiante resolver problemas en su práctica como deportista de élite. Se hace una caracterización de la actividad deportiva a partir de su reconocimiento desde el Derecho Internacional, su regulación por el Derecho Constitucional por los Estados como derecho humano, y su desarrollo en el ordenamiento jurídico cubano desde diversas aristas, de aquí que se sostenga la necesidad de la formación jurídica del estudiante de cultura física como mandato a la academia en la actualización del modelo económico y social en Cuba. Fueron utilizados los métodos de las ciencias sociales y jurídicas como el histórico lógico, inducción deducción, comparación jurídica, teórico jurídico y revisión bibliográfica. Su resultado final permitirá obtener un deportista con competencias, es la meta del Estado cubano.

Palabras claves: práctica deportiva, formación jurídica, mercantilidad.

The juridical formation of the sportsman in Cuba

Abstract

They have produced to the classrooms of the universities in search of information and academic overcoming at various branches of the knowledge from the past century XX, students' affluence of late

years in the societies. With the emergency of the new economy of knowledge, the new society of the information, a bigger number calls for professionals with competitions. In front of this reality, the university promotes improvements for the teaching process and the investigations to increase the quality of teaching accelerate. He has moved up to in incorporation the curriculum and to the substantial educational superior processes of aspects that they pay tribute to the juridical formation and education in moral values of the professional future of physical culture with confirmed competitions. The university that do not pay attention will not be a university of excellence in the century XXI, that it allows the student resolving problems into his practice like sportsman of elite. A characterization plucks up the sports activity as from its recognition from The International right, its regulation for The Constitutional right for the States like human right, and his development in the juridical organizing Cuban from various edges, from here that the need of the juridical formation of the student of physical culture like mandate be held to the academy in the bringing up to date of the cost-reducing and social model in Cuba. The methods of the social and juridical sciences like the historic logician were utilized, induction deduction, juridical comparison, juridical theoretician, and bibliographic revision. The result will

allow to obtain a sportsman with competitions, it is the Cuba's goal.

Key words: practice sports, juridical formation, mercantility.

I. Introducción

Es un fenómeno desde las primeras etapas de la historia de la humanidad, pasando por las experiencias que lega la cultura helénica al desarrollo del cuerpo y el espíritu, hasta nuestros días, han existido diferentes tipos de prácticas físicas de carácter lúdico, competitivo o ritual, sensibles de ser reguladas por instituciones jurídicas y de fomento de la actividad de la Administración Pública.

Las continuas y sustanciales transformaciones de la sociedad actual generan un sinnúmero de conflictos existenciales que ponen en crisis los valores históricamente formados desde la familia y reforzados en su desarrollo en la escuela; surgen nuevos valores en una contradicción dialéctica entre lo nuevo y lo viejo que representa un estado de necesidad para las innovaciones educativas en las universidades en el siglo XXI.

Por ello, en atención y debido a las demandas externas y a los contextos de competencias del mundo actual, se analiza cómo el rango de las actividades de las universidades se ha extendido. Tanto los gobiernos como el sector empresarial demandan una mayor integración de la actividad académica en la solución de problemas económicos, sociales y culturales, así como una participación frontal del recurso humano de las universidades en los sectores público y privado, con competencias demostradas en un mercado laboral exigente.

En este contexto de estudio, el enfoque integral forma parte del paradigma educativo social humanista de las universidades en la formación de los profesionales en una cultura general integral, donde los valores se eri-

gen en rectores de la formación de la personalidad, de ahí que el proceso de enseñanza-aprendizaje constituya la vía más eficaz para la educación en valores de los futuros profesionales que se dedican a la práctica deportiva.

En este artículo, ante la mercantilización que en el siglo XXI se expande a través del sector privado, es una necesidad en la nación desarrollar contenidos jurídicos vinculados a la formación jurídica del estudiante de cultura física en relación con el Derecho y el Deporte desde las universidades en el pregrado y en el posgrado.

Sigue siendo un reto para los profesores de la carrera de Derecho impartir contenidos jurídicos vinculados a la formación del Licenciado en Cultura Física por la interdisciplinariedad, para lograr formar un deportista con competencias en la élite profesional en mercados foráneos, cuestión que en formación del deportista en Cuba en su malla curricular no se pondera, ni se tiene en cuenta su necesidad en las acciones de posgrado, ante la pertinencia de la mercantilidad del deporte.

II. Orígenes de la actividad deportiva, concepto y desarrollo. Un análisis desde la teoría y doctrina jurídica

Para acercarnos a conocer la definición sobre en qué consiste la actividad deportiva, se aprecia que hay una multiplicidad de definiciones acerca del concepto de deporte como también se le concibe desde la

literatura científica; para ello se analizan en el cuerpo del artículo dos definiciones clásicas como punto de partida. En este sentido, al analizar el *Diccionario de la Lengua Española* (2006), se aprecia que ofrece dos acepciones de la palabra deporte: por un lado, “actividad física, ejercida como juego o competición, cuya práctica supone entrenamiento y sujeción a normas” y por otro, “recreación, pasatiempo, placer, diversión o ejercicio físico, por lo común al aire libre”.

Por otra parte, la *Enciclopedia Británica* (2008) define el deporte como actividad recreativa o competitiva que implica un grado de esfuerzo físico o de habilidad. Al mismo tiempo, se considera comúnmente que el deporte solo incluye las actividades lúdicas al aire libre, como la pesca o caza, en oposición a las competiciones, que son considerados como deportes atléticos organizados y practicados en equipos o individualmente de acuerdo con normas obligatorias. La distinción entre deportes y competiciones cada vez es menos clara y, en la actualidad, los dos términos se utilizan habitualmente de forma intercambiable.

Queda claro, abordadas ambas definiciones desde la literatura española y la británica, que la práctica del deporte se puede realizar desde tres formas:

Aficionado: cualquier persona que realiza un deporte por su propia cuenta y riesgo, sin depender de ningún tipo de

institución. Será importante observar dónde se realiza el deporte, en función de la ubicación del mismo, podrá recaer la responsabilidad civil sobre alguna persona o institución distinta del practicante, ya sea pública o privada (Fernández, 2000).

Federado: la persona que realiza con cierta frecuencia o habitualidad un deporte y que, como consecuencia, se inscribe en una federación para practicarlo de una forma más segura. Aquí es importante analizar la figura del seguro obligatorio. También es de relevancia el lugar donde se practica el deporte y la mayor destreza del deportista federado sobre el aficionado.

Profesional: quien practica un deporte como medio de vida, es decir, percibe un salario. No en todos los casos los deportistas profesionales únicamente realizarán esta actividad, sino que en muchas ocasiones compatibilizarán esta práctica con otro trabajo. Esta profesionalidad comportará en ocasiones la existencia de un seguro, sobre todo en el caso de deportistas de élite. En este supuesto, el aspecto que requiere una mayor atención es el seguro de los deportistas (Bermejo, 1998).

En consecuencia, se considera en este estudio ponderar que el deporte o la actividad deportiva, para cerrar las ideas, es concebido como el conjunto de las actividades humanas calificadas como físico-deportivas. Los deportes forman parte

relevante de la cultura común, fundamentalmente a partir del conocido fenómeno de los antiguos y tradicionales Juegos Olímpicos, restablecidos a finales del siglo XIX y continuados prácticamente sin interrupciones hasta nuestros días en el siglo XXI (Cantón y Vázquez, 1998; Albor, 1989).

Ello permite a los autores del artículo hacer un primer abordaje desde las ciencias jurídicas como vínculo con la actividad deportiva como objeto del estudio, para analizar los aportes realizados afines a las formas de clasificar la práctica del deporte o a los deportistas. Para ello se valora lo que el catedrático Seoane Spiegelberg (2003) distingue en las siguientes categorías: el deporte popular o para todos, ejercido por cualquier ciudadano como mero entretenimiento o para mejorar su condición física; el deporte profesional o de dedicación exclusiva o preferente, practicado por personas a un alto nivel competitivo y que constituye un espectáculo público; y el deporte como instrumento educativo, del cual los autores del artículo consideran de manera adecuada la clasificación señalada, por ser pertinente en el contexto estudiado.

Para entender el Derecho Deportivo, se aprecia que se le define como el conjunto de normas jurídicas que regulan la conducta humana en relación con la organización y práctica del deporte y sus diversas manifestaciones, así como los sujetos que se vinculan en la actividad y que, con

ello, dan origen y fijan el alcance de las relaciones jurídico-deportivas que surgen entre las personas, al decir de autores como Del Carmen (2010).

El profesor Bermejo (1998) realiza en sus estudios, de los cuales nos apoyamos por su pertinencia los autores del artículo, al aportar la siguiente clasificación: educación física o deportiva; el deporte popular o para todos; el deporte-élite o de alta competición; el deporte-competición de carácter aficionado; y el deporte profesionalizado.

Son elementos desde el plano jurídico que llevan a valorar la clasificación que se hace a los tipos de deporte o tipos de actividades deportivas a ejecutarse, como:

Individual: el deportista compite por sí solo, aunque lo haga dentro de la organización de un club o federación, y la consecución del resultado es de forma individual sin la colaboración directa de ningún otro deportista.

Sin contacto: en este tipo de deporte no será habitual causarse daños entre deportistas. Existen determinados deportes por equipos en los que no existe contacto físico entre los deportistas.

De contacto: son deportes en que la consecución del resultado es individual pero que implican contactos con los otros deportistas.

De equipo: diversos deportistas formarán parte de un mismo equipo y, con su

actividad conjunta, pretenderán lograr el mejor resultado para todo el equipo. Estos deportes también pueden comportar o no contacto físico.

Lleva a justipreciar a los autores del artículo que su desarrollo y evolución se considera que continúa en cada nación, cada vez se aprecia más que la actividad deportiva en general se erige como un servicio público, a partir de que cumple con los elementos caracterizadores de esta forma de actividad administrativa, ya que late una necesidad de carácter general, cuyo titular es el Estado, contando con un régimen jurídico especial encaminado a garantizar la regularidad, continuidad y uniformidad del servicio; y sobre la base de estudios foráneos realizados se pudo constatar su regulación sistemática, orgánica, que según las condiciones socioeconómicas de cada uno de los territorios, permite a la Administración Pública gestionar el servicio de forma directa, sin descartar la presencia de otro tipo de limitación y sus diferentes técnicas, hoy potenciado con el uso de las Tecnologías de la Informática y las Comunicaciones (TIC) a través de las redes sociales en la web 2.0, hoy con la quinta generación (5G), señalado en sus aportes desde el Derecho Público por académicos desde el pasado siglo XX como Hauriou (1925), Parada (2005), Sánchez (2010), Parejo (2013).

Por consiguiente, se arguye que el Derecho Deportivo está concebido como una disciplina dinámica, sus contenidos se encuentran en construcción y evolución, adecuándose para ello conceptos y variables de acuerdo con la realidad contractual, fáctica y negocial que el deporte le plantea constantemente a las personas naturales y jurídicas como premisas ordenadoras en su práctica a escala global. El Derecho Administrativo permite el estudio del cómo, dónde y por qué la administración ejerce su actividad con poder de *imperium*.

2.1 Reconocimiento desde el Derecho Internacional como un derecho humano

La historia del Derecho Internacional es tan plural en su naturaleza como antigua en sus orígenes. La realidad es que, en este campo, se aprecia cómo aparecen mezclados tres planos distintos desde esta rama del derecho: el de la historia de las relaciones internacionales, el de las instituciones internacionales y el de la doctrina *ius* internacional. Con el nacimiento de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) se inicia uno de los periodos de mayor trascendencia para el desarrollo del Derecho Internacional Público. En este discurso desde la palestra internacional se aprecia que la consagración de este enfoque quedó plasmada en la “Declaración Universal de Derechos Humanos” en 1948, cuando reconoce en su preámbulo: “...la libertad,

la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca de todos los miembros de la familia humana, todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad...”

Desde el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, como complemento de esta herramienta jurídica internacional, se proclama en su artículo 1: *el derecho de los pueblos a la libre determinación, y en virtud “establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico social y cultural”. Para el desarrollo de sus fines (artículo 1.2) todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional.*

Son elementos que permiten justipreciar cómo se ha desarrollado el reconocimiento desde el Derecho Internacional al deporte; se aprecia que el marco institucional deportivo tiene un alcance internacional y el organismo relevante en este ámbito es el Comité Olímpico Internacional (COI), fundado el 23 de junio de 1984 en el Congreso de París. Este es el encargado de la organización de los Juegos Olímpicos cada cuatro años; cuenta con 64 federaciones internacionales reconocidas y 202 Comités Olímpicos Nacionales.

Por último, hay que acotar que prácticamente cada modalidad deportiva se

aprecia que cuenta con una federación internacional, que acoge a las federaciones nacionales de cada especialidad deportiva y se encarga de organizar todas las competiciones que superan el ámbito de un estado de derecho. Entre las de mayor relevancia, por estar irradiadas en un mayor número, se aprecia a la FIFA (Federación Internacional de Fútbol Asociación), la UEFA (Unión de Asociaciones Europeas de Fútbol), y a la IAAF (Asociación Internacional de Federaciones de Atletismo), con un marco jurídico regulador cada una de estas.

2.2 Reconocimiento desde el Derecho Constitucional

Desde el Derecho Constitucional se aprecia que los Estados han reconocido este derecho humano desde el Derecho Internacional, y para ello se estudia la postura del profesor Bermejo Vera (1998, p. 19), cuando afirma que

(...) ningún jurista celoso de su profesión puede sostener la tesis de que la naturaleza genuinamente privada del deporte exige la proscripción de las fórmulas de ordenación y encauzamiento normativo del deporte procedentes de los legítimos poderes públicos, e incluso la eliminación de influencias constitucionales inevitables, como la de los principios y los derechos fundamentales...

En la Constitución de España, tomada por su referente legislativo en Cuba, y en el orden idiomático, se constata que establece en su artículo 43 que los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo, facilitarán la adecuada utilización del ocio. Son elementos que a criterio de los autores del artículo han incidido en su desarrollo como una rama del derecho, como fue acotado anteriormente.

2.3 El ordenamiento jurídico deportivo o el Derecho Deportivo. Criterios teóricos y normativos

La regulación en los ordenamientos jurídicos por parte de los Estados, incidente en el desarrollo y ordenación de las actividades deportivas por la administración pública y los empresarios privados, nos permitirá estudiar cómo ha sido regulada tras su mercantilización. En cualquier caso, se valora que la intervención de los poderes públicos en el ámbito del deporte haya adquirido la consideración de “sistema jurídico”, identificado comúnmente como “ordenamiento jurídico deportivo” o “Derecho Deportivo”. En el cual puede apreciarse la obra de juristas con sus aportes teóricos como Cazorla (1992), Bermejo (1998), Agirreazkuenaga (1998), Cordero (2001), Gamero (2003), entre otros, los que han desarrollado esta rama del derecho con su producción científica.

Sintetizando, en esta línea de ideas estudiadas en el cuerpo del artículo, podría decirse que el Derecho Deportivo está concebido como un sistema muy complejo, integrado por diversos tipos de normas o reglas (sin que el orden en que se relacionan sea determinante, ni mucho menos, de su mayor o menor valor y más o menos aplicación efectiva). Lo que sí está definido es que su génesis está concebida desde el Derecho Internacional y los Estados lo reconocen en las constituciones (Cazorla, 1992).

Por consiguiente, se constata cómo la organización pública estatal para el deporte o para la práctica de las actividades deportivas se concentra en una institución del Derecho Público en fomentar el juego limpio, la convivencia y la integración en una sociedad democrática y pluralista, así como los valores humanos que se identifican con el deporte como servicio público, como se dispone desde los referentes teóricos citados (Palomar, 2007).

Mantener la seguridad ciudadana y el orden público con ocasión de la celebración de competiciones y espectáculos deportivos es otro mandato en la actuación de la administración pública (Lora-Tamayo, 2003; Landaberea, 2006). Determinar el régimen administrativo sancionador contra los actos de violencia, racismo, xenofobia o intolerancia en todas sus formas vinculados a estos eventos en atención al principio de legalidad, le corresponde a

los servidores públicos en su función de policía (Gamero, 2002).

2.4 La contratación en el deporte desde el Derecho Mercantil Laboral

En la actualidad, gran parte de la actividad deportiva se desarrolla de forma organizada, mediante clubes, asociaciones o sociedades anónimas, que se inscriben en la respectiva federación de un determinado deporte y que participan en las competiciones que aquella organiza. Es un hecho jurídico que hoy el deporte no puede ser considerado como un sector, una materia o un ámbito delimitado, ni es fácilmente delimitable ante su expansiva mercantilidad. La respuesta es porque no solamente existen varios tipos de actividades deportivas, porque son bastantes y bien diferentes sus modalidades deportivas, tan distantes entre sí como es el fútbol, el boxeo, el ciclismo, el beisbol, el atletismo, y porque buena parte de los deportes pueden gestionarse o practicarse en diversos niveles territoriales (internacional, nacional, regional, provincial, municipal) o con objetivos funcionales y económicos distintos (profesionales, semiprofesionales, de aficionados) (Palomar, 2017).

Obviamente, se justiprecia que, para su regulación, gestión, promoción, tutela y control, se utilizan fórmulas o técnicas jurídicas también diferentes y adecuadas a las peculiares características de esas formas de gestión y práctica. Se asevera

que el deporte profesional o mercantili- zado se articula a través de las sociedades anónimas desde el Derecho Mercantil, es la forma económica de mayor registro en la actividad de comercio en los Estados. Está claro que esta fórmula mercantil se impone obligatoriamente a los clubes, o sus equipos profesionales, que participan en competiciones deportivas oficiales de carácter profesional y ámbito estatal, quedando sometidas a la legislación general de las sociedades anónimas desde el Dere- cho Mercantil en los ordenamientos jurí- dicos (Cordero, 2001; González, 2017).

Como se valora, hay mercantilidad en la relación jurídica laboral en la activi- dad deportiva que se fomenta por el sec- tor privado en el siglo XXI ante el permiso otorgado por la Administración Pública, en la cual los deportistas deben tener una cultura general en la materia del Derecho del Deporte cuando son contratados por las federaciones foráneas, a pesar de que tengan para ello el servicio de asistencia jurídica por juristas especializados en materia de Derecho Deportivo, como es el caso de las funciones que ejecutan los juristas del Instituto Nacional de Depor- tes y Recreación (Inder) en Cuba, lo que ha permitido la contratación de atletas cu- banos en contextos foráneos en clubes de beisbol, futbol, ciclismo, basquet, voleibol, entre otras.

III. La actividad deportiva en Cuba como un derecho humano. Reconocimiento en el ordenamiento jurídico

Para empezar el estudio sobre la actividad deportiva en Cuba, reconocida desde el texto constitucional como derecho huma- no, para una mejor comprensión lo hare- mos por etapas:

Etapla prerrevolucionaria: las primeras prácticas deportivas realizadas en Cuba se remontan a las culturas aborígenes que habitaban a la llegada de los espa- ñoles, las que tenían entre los ritos cul- turales como motivo de práctica. Durante la etapa colonial se aprecia cómo se desarrollaron prácticas deportivas, suce- so que aconteció a finales del siglo XIX, pero la influencia deportiva de mayor im- pacto se justiprecia que se originó a partir de la intervención norteamericana desa- rrollada desde la etapa de 1898 al 1902.

Por consiguiente, en los inicios de la re- pública neocolonial, se analiza cómo se inicia una incipiente producción jurídica relativa al deporte. La primera norma jurí- dica que lo evidencia regula, organiza, de- sarrolla y ordena la actividad del deporte, ocurrió a través de la Ley de 14 de junio de 1918, relativa a los premios otorgados en las regatas nacionales anuales de remos, de vela y de natación.

En este contexto histórico estudiado, se constata cómo es creado el Instituto

Nacional de Educación Física (INEF), con sede en La Habana, adscrito a la Secretaría de Educación, cuya denominación adoptó con posterioridad la Secretaría de Instrucción Pública y Bellas Artes, hasta que en 1935 se incorpora a la Comisión Nacional de Educación Física y Deportes (CNEFD) creada por el Decreto-Ley No. 409 de 1935. Esta comisión se concibió como una corporación mercantil de interés público, con autonomía y personalidad jurídica, en correspondencia como es tradición jurídica en el continente europeo y en otros contextos; ya desde aquí había mercantilidad en la actividad deportiva nacional.

Posteriormente, se emite el Decreto-Ley No. 409, derogado en 1952 por la Ley-Decreto No. 283 de 1952; se valora que ha sido la norma legal que creó y organizó, en sustitución de la CNEFD, la Dirección General de Educación Física, encargada de todo lo relacionado con esta actividad deportiva, de manera obligatoria en todos los centros docentes de la nación.

Hay que destacar como nota jurídica, que se ratificó en la Parte Dispositiva del Decreto No. 1096 que estableció el INEF, creándose un organismo denominado Consejo Nacional General de Educación Física y de Deportes, con la misión de coordinar las actividades de las Direcciones Generales de Educación Física y de Deportes. Como institución encargada de orientar tal actividad deportiva creada por el Decreto No. 1454 de 1938 la Dirección

General de Deportes, adscrita a la Secretaría de Educación, en correspondencia con la práctica administrativa imperante en este momento histórico analizado.

Se justiprecia que la actividad física en Cuba poseía un desarrollo ínfimo y el Estado no llevaba a cabo acciones para contrarrestar la situación que imperaba; en consecuencia, las estructuras institucionales deportivas y de educación física dependían de la Secretaría de Despacho del gobierno de turno en esta época analizada.

Como nota distintiva, se resalta que la Dirección General de Deportes fue disuelta, acto jurídico que ejecuta al promulgarse la Ley-Decreto No. 294 de 1952, sustituyéndola por la Comisión Nacional de Deportes. Aunque se constituyeron los primeros Comités Olímpicos Nacionales, que eran instituciones de carácter temporal, pues sus funciones cesaban cuando culminaban los juegos deportivos por los que se creaban, al señalarlo en su estudio de grado Paneque González y Galindo Rodríguez (2015) sobre el deporte en la nación cubana, como aporte desde la academia en la provincia Granma.

Desde la etapa de 1926 a 1935 se constituye el Comité Olímpico Cubano, el que se estableció de manera permanente como organismo técnico dirigido a la organización, dirección, selección y entrenamiento de los equipos atléticos que representaban a nuestro país en las Competencias Olímpicas y en los Juegos Centroameri-

canos, mediante el Decreto No. 1509 del 8 de mayo de 1937. Sus integrantes eran designados por el Secretario de Educación, el que poseía la potestad de aprobar sus reglamentos, presupuestos y concedía el financiamiento para organizar las diferentes delegaciones deportivas, según la resolución del 6 de julio de 1938.

En sentido general, en este estudio se arguye que la producción jurídica en torno al deporte en Cuba antes de enero de 1959 llegó a totalizar el número de 58 disposiciones jurídicas, de ellas 4 Leyes, 33 Decretos, 5 Decretos-Leyes, 9 Leyes-Decretos y 7 Resoluciones, tomando en consideración las publicadas en las Gacetas Oficiales de este periodo en relación con la producción jurídica de dicha etapa. Fueron concebidos tres proyectos de Ley de ordenación general del deporte, demostrando el interés de concebir marcos normativo-jurídicos generales que regularan la actividad deportiva, como se ha señalado en los estudios realizados en la Universidad de Oriente por Pachot (2015) y otros profesores que se dedican a investigar la actividad deportiva y su desarrollo en la nación cubana.

Además, se constata que fueron presentadas dos iniciativas ante la Convención Constituyente encargada de redactar la Constitución de 1940, en relación con el deporte en la nación cubana. La primera provenía de la Unión Campesina Laborista y pretendió que fuera reconocida la educación como una necesidad nacional y

obligatoria para todos los ciudadanos, con el propósito de desarrollar y fortalecer las facultades físicas, intelectuales y morales, y la cultura física como base indispensable para el desarrollo de la persona. La segunda fue propuesta por la Asociación Educacional de Cuba, basada en el reconocimiento de formar ciudadanos física, intelectual y civilmente aptos entre los fines de la educación. Ambas introdujeron de un modo indirecto el deporte, al considerarlo uno de los medios por excelencia en la ejecución de educación, pero no fueron aceptadas para ser incorporadas al texto constitucional de 1940.

A pesar de las normativas promulgadas con el propósito de organizar, desarrollar y regular las actividades deportivas, no pudiendo evitar que tales actividades fueran quebrantadas por los gobiernos, unido a los continuos problemas de financiamiento económico y escasas acciones públicas, provocaron que la práctica del deporte se convirtiera en un disfrute exclusivo de los ciudadanos con elevados recursos económicos, agrupados en clubes deportivos y recreativos privados, a los que no tenían acceso el resto de la población cubana, existiendo en ello conductas de racismo, de exclusión social, entre otras. Se realizaban en este contexto estudiado, actividades como las carreras de perros, caballos, la lotería, entre otras.

Empero, a pesar de que ninguno fue aprobado, se valora que se evidencia que fueron

los primeros intentos por parte del Estado para regular la organización del deporte, mediante una disposición normativa general de carácter legal, ello significa un valioso antecedente para la posterior normación legal del deporte en Cuba, la cual sigue siendo un reto para el legislador en la actualización del modelo económico y social.

Etapas revolucionarias desde 1959 hasta el siglo XXI: con el triunfo revolucionario se inicia una nueva etapa en el desarrollo del deporte como actividad física, debido a que se mantuvo una estratégica preocupación por el desarrollo de la cultura física y el deporte, como manifestación plena del mejoramiento físico y espiritual del pueblo cubano, que por primera vez en la historia accedía a esta manifestación de la cultura como un derecho humano. A partir de este momento histórico jurídico analizado, se observa un continuo desarrollo en las actividades deportivas, y en particular en la materia jurídica, comienza con la promulgación de la Ley No. 72 de 1959, donde se disolvió la Comisión Nacional de Deportes, transfiriendo sus funciones a un delegado, denominado Director General de Deportes.

La nueva Dirección General de Deportes quedó reorganizada como un organismo autónomo mediante la Ley No. 683 de 1959. A partir de ahí se atendió directamente a los deportistas que se encontraban en una situación difícil y se encargó de edificar nuevas instalaciones deportivas, creó los

comedores para deportistas con bajos recursos y les aseguró el retiro a los que lo practicaban de manera profesional. Se disuelve y se sustituye en 1961 por el Inder, creado por la Ley No. 936 de 1961.

En consecuencia, se valora que la actividad deportiva en Cuba se erige como un servicio público desde la impronta del Derecho Administrativo, pues se trata de una actividad en la que late una necesidad de carácter general, cuyo titular es el Estado, a través del Inder como órgano rector; contando con un régimen jurídico especial encaminado a garantizar la regularidad, continuidad y uniformidad del servicio público gestionado por la Administración Pública.

Por ello, se razona que los cambios en el comportamiento del consumidor deportivo han supuesto que las organizaciones deportivas encargadas de prestar servicios públicos, se adaptan a las necesidades y a la evolución de estas, dando las respuestas oportunas para satisfacer las demandas del sector del deporte, hoy con una expansión de la mercantilidad en las actividades deportivas que se practican, donde la nación cubana no está ajena en pos de avanzar en la calidad de las mismas, como es el caso del beisbol como pasatiempo cultural, del cual se ha perdido la clasificación en los primeros planos a nivel internacional.

3.1 Reconocimiento constitucional como un derecho. Regulación en el ordenamiento jurídico cubano a partir de las premisas para su ordenación teórico-normativa

Este estudio permitirá ponderar la necesidad de la formación jurídica del deportista, a partir del reconocimiento por la Constitución cubana al regular la actividad deportiva, toda vez que desde el 24 de febrero de 1976, cuando entra en vigor la Constitución de la República de Cuba, reformada posteriormente en 1978, 1992 y 2002, como parte de la evolución del régimen jurídico de la actividad deportiva en Cuba, ha tenido gran significación, ya que en sus postulados se reconoce dicha actividad en diferentes momentos; en la que se establece el derecho al deporte en el artículo 52, anterior a la reforma constitucional de 1992 refrendado en el artículo 51; mientras que se hace referencia a este en el artículo 9, anteriormente refrendando en el artículo 8 hasta la reforma de 1992; el artículo 15 que fue modificado con la citada reforma; el artículo 39, que en un momento estaba ubicado en el artículo 38 hasta dicha modificación; el artículo 43 ubicado en el Capítulo VI y que inicialmente se encontraba en el artículo 42 y en el Capítulo V; el artículo 103, precedentemente artículo 101 y artículo 102; además de los artículo 105 y 106.

En el año 2019 se modifica el texto constitucional, esta norma suprema reconoce en el artículo 32, en su inciso e) orienta,

fomenta y promueve la cultura física, la recreación y el deporte en todas sus manifestaciones como medio de educación y contribución a la formación integral de las personas. El artículo 43 regula que la mujer y el hombre tienen iguales derechos y responsabilidades en lo económico, político, cultural, laboral, social, familiar y en cualquier otro ámbito. El Estado garantiza que se ofrezcan a ambos las mismas oportunidades y posibilidades. El Estado propicia el desarrollo integral de las mujeres y su plena participación social. Asegura el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos, las protege de la violencia de género en cualquiera de sus manifestaciones y espacios, y crea los mecanismos institucionales y legales para ello.

En el artículo 46 se establece que todas las personas tienen derecho a la vida, la integridad física y moral, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz, la salud, la educación, la cultura, la recreación, el deporte y a su desarrollo integral. Y en el artículo 74 se regula que las personas tienen derecho a la educación física, al deporte y a la recreación como elementos esenciales de su calidad de vida. El sistema nacional de educación garantiza la inclusión de la enseñanza y práctica de la educación física y el deporte como parte de la formación integral de la niñez, la adolescencia y la juventud. El Estado crea las condiciones para garantizar los recursos necesarios dedicados a la promoción y práctica

del deporte y la recreación del pueblo, así como para la preparación, atención y desarrollo de los talentos deportivos.

Trae a colación acerca del tema objeto de estudio, lo señalado por la catedrática Cutie Mustelier (2019), quien refiere desde su postura sobre este texto constitucional de 2019, que actualiza, completa, y amplía de manera significativa y sustancial el catálogo de derechos, se logra una ordenación coherente y sistémica, evitando la dispersión o atomización de estos por la preceptiva constitucional, al agruparlos bajo el rótulo de derechos sin adjetivos, o sea, elimina el calificativo de fundamentales y les confiere a todos los derechos igual jerarquía y valor, pues todos independientemente de su naturaleza, de la generación a la que pertenecen y de las clasificaciones de orden metodológico e histórico que existen, son universales, indivisibles e interdependientes y están situados al mismo nivel.

Prosigue la autora estudiada que, este texto constitucional declara el principio de progresividad de los derechos, con lo que se deja sentada la condición evolutiva de los mismos, es decir, la tabla de derechos no es un catálogo cerrado, sino que estos se ensanchan y amplían con el desarrollo de la sociedad, quedando la Constitución abierta a la recepción de nuevos derechos y a la interpretación y actualización del contenido esencial de los mismos a tono con las nuevas demandas y exigencias de

la sociedad, el desarrollo legislativo de los derechos y la creación por parte del Estado de las condiciones materiales necesarias para su real disfrute y ejercicio. Refiere esta autora que se delinea y especifica en mejor medida los límites al ejercicio de los derechos, al establecer como fronteras los derechos de los demás, la seguridad colectiva, el bienestar general, el respeto al orden público, a la Constitución y a las leyes. A su vez, introduce nuevos derechos o los llamados derechos de tercera generación tales como: el derecho al acceso a la información pública y a recibir información veraz, objetiva y oportuna; el derecho al agua, a la alimentación sana y adecuada, a la vivienda adecuada y a un hábitat seguro y saludable; el derecho al medio ambiente sano y equilibrado, y el derecho de los consumidores.

Luego de precisar la acotación *up supra* es procedente resaltar que la norma básica reguladora de la actividad deportiva en el ordenamiento jurídico cubano, ha sido a través del Decreto No. 140 de 1988, sobre el régimen de participación deportiva, norma legal que sustituyó el Decreto No. 51 de 1979 con el fin de perfeccionar las regulaciones vigentes para ponerlas a tono con las nuevas exigencias del desarrollo deportivo nacional y el nivel mundial; así como la Resolución No. 52 de 1989 del Inder, como su Reglamento.

Hechos desde el plano jurídico que permiten a los autores justipreciar que la

creación del régimen de participación deportiva constituye la base organizativa fundamental del nuevo movimiento deportivo cubano; sus características facilitan que la población se incorpore a la práctica del deporte, impulsándolo y llevándolo a otros contextos foráneos. Aquí se visualiza por los autores el *principio de igualdad*, a tenor de los apuntes del profesor Bermejo Vera (1998).

De esta manera, en la actividad deportiva nacional se estableció la política de remuneración para atletas, entrenadores y especialistas del deporte,³ aprobada por el Consejo de Ministros en el 2013. Su principio fundamental radica en el perfeccionamiento del pago que se entrega a deportistas, entrenadores y especialistas. La puesta en práctica de esta política de remuneración comenzó a partir del 2014, con la excepcionalidad de los miembros de la Serie Nacional de Beisbol, como se aprecia ya en el ordenamiento jurídico nacional hay rasgos de mercantilidad, aunque con diferencias con el sistema capitalista.

3 Su objetivo es perfeccionar la Política de Ingresos para atletas, entrenadores y especialistas vinculados a la preparación y resultados de las preselecciones nacionales y la Serie Nacional de Beisbol, como parte de la actualización del modelo económico y la implementación de los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución números 143, 162, 170 y 171 del VI Congreso del Partido Comunista de Cuba, además de resolver la amplia diversidad de normativas jurídicas que rigen el tema en el país; la ausencia de un sistema único de ingresos básicos en CUP que abarque a todos los atletas; la uniformidad en el salario de los entrenadores y especialistas desde la base hasta las preselecciones nacionales y el bajo pago a los árbitros.

No obstante, anterior a su implementación, en lo relativo a los premios otorgados en competencias internacionales, se puede constatar que en la mayoría de los deportes en que Cuba participaba no se entregaban, solo en el atletismo, el voleibol, el judo, el boxeo, la lucha y el ajedrez. En deportes individuales el atleta obtenía el 15% y el entrenador el 4%, y en los deportes colectivos entre un 30% y un 50%.

Además, es preciso acotar que los deportistas de las preselecciones nacionales y de la Serie Nacional de Beisbol, al ausentarse parte del año por las exigencias del Alto Rendimiento, afectaban la eficiencia de los centros laborales donde percibían su salario, y por ende ocupaban plazas de poca remuneración. Específicamente eran bajos los ingresos de los peloteros al no estar relacionados con la labor que realizaban, ni con sus resultados deportivos. Para dicha política se estudiaron experiencias internacionales, incluyendo 10 leyes del deporte de varios países iberoamericanos, en pos de renovar la normativa legal de la actividad deportiva cubana. La que a criterio de los autores le siguen quedando deudas pendientes al legislador para su adecuada actualización.

Siguiendo el hilo conductor en este análisis sobre el Derecho Deportivo, se valora vinculado al tema la reflexión de Dromi (2001), quien refiere

...El principio de legalidad es la columna vertebral de la actuación administrativa pre-contractual y contractual. Toda la actividad administrativa debe sustentarse en normas jurídicas, cualquiera sea su fuente: constitucional, legislativa o administrativa. La totalidad del ordenamiento jurídico rige para cada caso administrativo. Es también deber del órgano administrativo controlar en su accionar la constitucionalidad de las normas, y examinar su validez frente a la Constitución...

Lo abordado es concomitante con la postura de Fernández (2004) “(...) la legalidad suele definirse como una forma de la vida sociopolítica de un país, en la cual las relaciones entre el poder y el individuo, entre el Estado, sus órganos y funcionarios, por una parte, y los ciudadanos, por otra, se basan en la ley y no en la arbitrariedad...”

En Cuba, se destaca la Administración Pública como el sector más relevante en la actividad del deporte (sector público), en atención a lo que se dispone en el texto constitucional de 2019, con centro de dirección en el Inder y sus dependencias a nivel provincial y municipal, formando parte de un sistema con las organizaciones políticas, sociales y de masas de uso público, pero con control estatal. También, se complementa con la presencia de las asociaciones nacionales por deportes, con naturaleza de entes privados, conforme a

los estatutos y reglamentos del COI y de sus respectivas federaciones internacionales, amparadas en la Ley No. 54 de 1985, de asociaciones cuyo rol está signado por la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de los principios y normas internacionalmente aceptadas en el ámbito del deporte.

Como bien se sostiene desde su posición el profesor Matilla (2013)

(...) a la Administración Pública se le exige que la consecución de los fines públicos a los que sirve se alcance con el gasto correspondiente a esa consecución, buscando optimizar el costo de medios con el logro de los resultados, tanto para el aparato público del que ella forma parte, como para la comunidad y para los ciudadanos...

En Cuba, queda claro de lo estudiado hasta aquí, el deporte es reconocido como un derecho humano, pero aún se adolece de norma general de ordenación del deporte en el ordenamiento jurídico; desde el pasado siglo pervive la multiplicidad de normas jurídicas y normas administrativas internas, problemática aún sin una respuesta adecuada por el legislador; se aprecia además que por la interdisciplinariedad del tema estudiado, hoy convive en la materia contable como una Unidad Presupuestada a cargo del presupuesto financiero otorgado por parte del Estado

y por otro lado las Federaciones obtienen dinero con sus atletas a través de diversas competencias en que estos participan, este elemento en algún momento deberá definirse por la Administración Pública, para cumplir de manera adecuada con los principios de eficiencia y eficacia.

En consecuencia, se valora que, a pesar de las mutaciones genéticas de lo público, perviven en el tiempo la eficacia de aquellas palabras de Forsttoft (1958)

...La Administración está llamada a hacer realidad los cometidos del Estado. Estos cometidos se determinan de acuerdo con la realidad social básica y las ideas políticas que individualizan el Estado; es decir, de acuerdo con el contenido sustancial de la Constitución. A este contenido tiene que estar orientada toda su actividad. La Administración necesita, por ello, una instancia directiva, la cual tiene su lugar estructural dentro de la Constitución. Con ello quedan diseñados la posición especial y el cometido del Gobierno del Estado...

3.2 Nociones generales sobre la actividad deportiva en Cuba. Premisas para su ordenación

Se refería en epígrafes anteriores que la actividad deportiva constituye una necesidad colectiva, ya que brinda mediante sus variadas exigencias, las condiciones favorables para la formación y el desarrollo de

habilidades motoras, el perfeccionamiento de capacidades físicas, la concentración y el intelecto al ser humano. Al lado de estos valores formativos y para el fortalecimiento de la salud, brinda un caudal de potencialidades educativas y éticas, que tienen gran significación, sobre todo en acciones colectivas, de atención recíproca y en la disposición para la colaboración y la ayuda al compañero. Provoca el desarrollo de cualidades morales individuales y sociales de la personalidad, como la decisión, el orden, el colectivismo, que contribuyen satisfactoriamente a la educación de la niñez y la juventud.

En la nación cubana, el deporte ha adquirido importancia de primer orden; el hombre lo realiza de forma natural y amena, y lo puede combinar con otras actividades de la vida. Su influencia —actividades físicas— ejerce sobre el hombre como ente psicológico y social, la ampliación de los rendimientos laborales y sociales, mediante el aumento gradual de los niveles físico, intelectual, moral y volitivo, que posibilitan mayor relación con el mundo circundante. Durante su práctica se entrelazan, de manera muy especial, lo individual y lo colectivo. Esto se manifiesta debido a que está regido por normas y leyes científicas, que contribuyen a aumentar los niveles físico, mental, técnico y táctico de los jugadores. Es una parte íntegra de la sociedad y de la cultura, que afecta de formas muy variadas y en ocasiones

importantes a las vidas de los individuos y de los grupos sociales. Promueve la salud mental, la paz del espíritu, alivia las hostilidades naturales, la agresividad y la competitividad, en la que se destacan un sinnúmero de deportistas cubanos como un servicio público gestionado por la Administración Pública.

Otra premisa está mandatada a la Universidad para formar profesionales capaces de enfrentar crítica y autocriticamente el ejercicio en toda su riqueza concebido como cultura física, asumiendo posturas moralmente valiosas en su desempeño laboral para con la sociedad.

Se colige que la actividad deportiva cubana es respaldada legalmente siguiendo, en lo fundamental, el criterio de considerarla como un derecho humano, y desde tal posición es usual que quede consagrado en los textos constitucionales. Por ello, se pondera que la aceptación de la axiología jurídica en los marcos constitucionales ha permitido sostener que la Constitución no está compuesta solamente de reglas y principios, de mandatos y preceptos declarativos; sino que además incluya estándares de comportamiento no prescriptivos; son disposiciones que tratan de fijar la idea de qué se manda o con qué intención se manda, lo que brinda una dimensión de moralidad y proyecta una solución a la relación Poder-Sociedad-Derecho en una perspectiva histórica y jusfilosófica: "...Los valores están en el ser del hombre. Es la

única radicación de la que podemos dar razón y fundamento, sin incurrir en hipóstasis. No son, pues, los valores objetos ideales, ni ideas platónicas, ni regulativas al estilo kantiano, ni abstrusas esencias, ni engañosa ilusión..." (Barrera, 1986, p.48).

3.3 El Estado como el ente regulador de la actividad deportiva en Cuba como un servicio público por su poder de imperium

La regulación jurídica medular de la estructura central de la Administración Pública cubana durante mucho tiempo lo constituyó el Decreto Ley No. 67 de 1983, modificado posteriormente por el Decreto Ley No. 147 del 21 de abril de 1994, y otras disposiciones legales que han ido modificando el entramado de la actividad administrativa en la actualización del modelo económico y social como Estado Social de Derecho. Este cuerpo legal refrenda como organismo rector de la actividad deportiva en Cuba al Instituto Nacional de Deporte, Educación Física y Recreación, al señalar que es el encargado de dirigir, ejecutar y controlar la aplicación de la política del Estado y el gobierno en cuanto a los correspondientes programas deportivos, de educación y cultura física, y de recreación física.

El complemento de la normativa administrativa se realiza con la Ley No. 936 de 1961 mediante la que se reconoce al Inder como un organismo autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio.

Uno de los rasgos caracterizadores del Inder tiene que ver con su financiamiento, el cual corre a cargo del Estado cubano, evidenciado por la regulación en el artículo 6, de la Ley No. 936 de 1961, que instituye que el patrimonio y los fondos para el mantenimiento del Inder y la realización de sus fines, estarán constituidos por los que pertenezcan a la Dirección General de Deportes, las cantidades que el Estado consigne anualmente en los presupuestos de gastos de la nación y las que se le concedan eventualmente por alguna ley o decreto, así como los bienes e ingresos que se obtengan por donaciones, aportaciones y como producto de eventos deportivos o de otra índole.

El encargo social del Inder refiere que la práctica de actividades deportivas, físicas y de recreación en forma masiva ha de promover una ciudadanía sana, vigorosa y de carácter firme preparada para la defensa y el progreso de la patria y con un profundo sentido de sus deberes cívicos. El deporte, la recreación y la educación física deben practicarse como medio de expansión y solidaridad entre la población y de exaltación de los más altos valores humanos. Además, seguir cosechando campeones de alto rendimiento con el propósito de poner el nombre de Cuba en la arena internacional.

La misión del Inder está dirigida a promover y desarrollar la práctica del deporte para todos, las actividades físicas y la

recreación, unido a la formación integral de nuestros practicantes; desarrollar un sistema competitivo desde la base, incluyendo a toda la comunidad, como soporte básico en la creación de los escenarios competitivos que tributen de forma decisiva al cumplimiento de los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución aprobados en el VI Congreso del Partido Comunista de Cuba; garantizar resultados en los deportes, enfatizando en los denominados estratégicos de alto rendimiento; explotar al máximo las instalaciones, lo que permite elevar el nivel de vida de la población, mediante la aplicación de la ciencia y la innovación tecnológica, con la mayor racionalidad posible, disminución de los gastos y una efectiva gestión económica.

Además, la visión del Inder está referida a seguir cumpliendo el encargo social y las tareas que emanan del Estado, bajo las condiciones propias de cada territorio; consolidar los resultados integrales de trabajo; hacer un uso correcto de la ciencia, la tecnología y de los sistemas de gestión de los recursos humanos, materiales y financieros; incrementar la práctica del deporte para todos, así como los resultados y promoción de atletas a los eventos nacionales; aumentar las ofertas de actividades físicas y recreativas elevando la calidad de los servicios y la utilización correcta del tiempo libre para satisfacer las necesidades de la población.

Mientras que su objeto social está orientado a planificar, dirigir, organizar y desarrollar las actividades deportivas; incrementar la calidad de vida y ocupación del tiempo libre de la población, a través del desarrollo del deporte participativo y la recreación física; planificar el desarrollo de eventos deportivos provinciales, nacionales e internacionales, teniendo previstos los aseguramientos propios de los mismos; garantizar la atención a la población discapacitada en la práctica sistemática de las actividades físicas; efectuar la selección de talentos deportivos en las distintas estructuras para su captación en los centros provinciales; ofrecer servicios de informática del deporte a las competencias, centros, escuelas y academias del sistema deportivo en la nación; desarrollar las industrias locales que produzcan artículos deportivos en el territorio de acuerdo con las alianzas estratégicas conveniadas con los empresarios privados.

Como se aprecia, queda claro que en las cuestiones referentes a la actividad deportiva, la Administración Pública cubana se instituye como la titular única y exclusiva del servicio, como eje central en el Inder, organismo con encargo público. En el artículo 24 del Decreto No. 140 de 1988 se faculta al Inder para adoptar las medidas organizativas y los mecanismos de control y evaluación necesarios que permitan la incorporación masiva de todos los ciudadanos a la práctica de las actividades de-

portivas, con lo que se evidencia su poder de *imperium*.

En consecuencia, emitir una Ley General del Deporte es una necesidad, en la cual se establezcan principios y disposiciones de manera sistemática sobre la prestación del servicio público de actividad deportiva, básicamente relacionados con la continuidad, uniformidad del mismo, con especial pronunciamiento en cuanto a los deberes y derechos de los sujetos que en él intervienen y los procedimientos para hacerlo efectivo, que sistematice y armonice la normativa de ordenación del deporte en nuestro país en el ordenamiento jurídico.

En este estudio se analiza la conceptualización de deporte profesionalizado, cuando Bermejo Vera (2014, p. 12) expone:

...El deporte profesional, sintagma que trata de aglutinar las actividades deportivas que practican, principalmente, con objetivos mercantiles y de lucro (también calificado como deporte espectáculo) surgió como derivación natural de algunas modalidades deportivas en cuya práctica confluyeron, fundamentalmente, los deportistas retribuidos económicamente de forma regular por sus clubes y algunas federaciones deportivas que organizaban competiciones en las que participaban aquellos...

3.4 La contratación deportiva en Cuba. La mercantilidad en la actividad deportiva en las federaciones deportivas nacionales

Como parte de la política anunciada, analizada en el epígrafe anterior, se comenzó a establecer un sistema de contratación anual, acreditado por la respectiva Federación Nacional del Deporte que practicara el atleta (deportista), en sustitución de la licencia deportiva, instrumento que en el ordenamiento jurídico cubano consiste en la exoneración laboral retribuida por un periodo de tiempo determinado a los trabajadores, en general, y campesinos de las cooperativas de producción agropecuaria. Es decir, los participantes que serán incluidos en eventos deportivos, de cultura física y recreativos convocados dentro de los calendarios y en las actividades deportivas establecidas por el Inder.

A partir de entonces, se colige que convivirán en Cuba dos sistemas paralelos de participación deportiva: uno dirigido a los atletas de alto rendimiento miembros de las preselecciones deportivas nacionales, la Serie Nacional de Beisbol y las respectivas reservas de ambos (contratados mediante una relación especial de trabajo, según dispone en su artículo 76 del Código de Trabajo, Ley No. 116 de 2013; y otro dirigido al deporte masivo, sustentado en la tradicional licencia deportiva, advirtiéndose en la nueva política que estas irán disminuyendo progresivamente.

La Ley No. 116 de 2013, en la relación entre los atletas y las entidades facultadas para su contratación quedó respaldada como una relación jurídica laboral especial. El artículo 76 de la mencionada ley, forma parte del Capítulo VII denominado como “Relaciones de trabajo especiales”, en particular el apartado referido a: “Otras relaciones de trabajo”, en su sección segunda.

Todos estos elementos analizados desde el derecho foráneo y el derecho cubano, en relación con la actividad deportiva, permiten ponderar a los autores del artículo desde la axiología jurídica, la necesidad de estudiar el modelo deportivo desarrollado en la nación por la Administración Pública en la carrera de cultura física a partir de aprobación por el Ministerio de Educación Superior, permitirá que el modelo de deportista formado por la academia cubana tenga las competencias básicas sobre el desarrollo de la mercantilidad en el deporte, que hoy se fomenta por el Inder en algunas disciplinas deportivas.

3.5 Necesidad de la formación jurídica al deportista cubano ante la mercantilidad de la actividad deportiva foránea

La formación jurídica plantea la necesidad de generar y sistematizar saberes jurídicos que puedan ser incorporados a nuevas estructuras curriculares y prácticas académicas capaces de preparar a un nuevo profesional para abordar los cambios que afronta el Derecho del Deporte

desde una preparación más comprensiva de orden teórico y práctico; ello es un reto para la academia universitaria antes los desafíos de la mercantilidad en la actividad deportiva.

Se valora la necesidad de capacitar al deportista en el conocimiento básico de normas legales que articulan las diferentes actividades deportivas, elemento que favorecerá el conocimiento general de los derechos y de las obligaciones en la actual mercantilidad de la actividad deportiva, que en el proceso de construcción y producción de conocimientos, de desarrollo de hábitos, habilidades, y actitudes, así como en la formación de valores jurídicos, que permita armonizar las relaciones entre los seres humanos, y con el resto de la sociedad en la práctica del deporte, sobre la base de las categorías de lo justo y lo injusto, lo legal e ilegal, lo legítimo o no, para propiciar la orientación hacia el desarrollo sostenible a partir de valores como la justicia, responsabilidad, solidaridad, disciplina, rigor profesional, humanismo, y honestidad en el proceso de formación del estudiante de la carrera de cultura física en el atleta.

En este particular, vinculado al tema se valora como Álvarez (1998) plantea que la formación es el proceso y el resultado cuya función es la de preparar al hombre en todos los aspectos de su personalidad; es la posibilidad y necesidad de que el hombre llegue a ser un sujeto, que tenga

la capacidad de disponer conscientemente de sí mismo.

También, Fuentes y Horruitiner (2004) argumentan para la enseñanza superior algunas ideas esenciales dirigidas a connotar el proceso de formación en este nivel, para garantizar la preparación de los ciudadanos para la vida, que garantiza lo humano y que en su desarrollo se articulan e integran las dimensiones para expresar la nueva cualidad a formar, referida a la preparación del futuro profesional para su actuación exitosa en la sociedad, criterios con los que se concuerda.

Con estos elementos que han sido abordados desde la pedagogía, se justiprecia que transmitidos estos conocimientos en la materia legal vinculada a la actividad deportiva, son elementos que incidirán en la formación por competencias en el campo de la actividad deportiva, la que deberá, necesariamente, partir de aspectos teóricos conceptuales y terminológicos específicos como fue señalado desde la axiología jurídica, sobre la base de programas multidisciplinarios integrados para estar en condiciones de participar en manera activa en las decisiones profesionales, por lo que es necesario tener: algo que decir, voluntad de hacerlo, medios necesarios, información adecuada, conocimientos sólidos y profunda responsabilidad ante la expansión de la mercantilidad en esta área.

Al consultar en este sentido a Tobón (2006), quien en sus estudios sobre el con-

cepto de competencia, señala que tiene múltiples definiciones al confluir en él variados aportes disciplinares, además de diversas tendencias sociales y económicas. Desde un punto de vista histórico, para este autor ya en la filosofía griega puede encontrarse un escenario ideal para la construcción del enfoque por competencias.

Así, en este contexto analizado, se aprecia por parte de los autores del artículo que, el uso del vocablo competencia, tanto en su faceta lingüística como en lo relacionado con lo laboral, los que fueron configurando el sentido con el que se comenzaría a utilizar en educación, elemento de mucha distinción en el mercado laboral por el valor añadido que le aporta al profesional.

Desde lo psicopedagógico, son refrendados en este estudio los postulados del *enfoque socio-histórico cultural* desde la postura de Vigotsky (1987) y sus continuadores, al reconocer que las funciones psíquicas superiores son un producto de la apropiación de la experiencia histórico-social y se encuentran en los objetos y fenómenos que, a su vez, constituyen síntesis del de curso histórico de la humanidad; o sea, la *apropiación* constituye el mecanismo fundamental por el cual se produce el desarrollo psíquico humano.

En este orden de ideas, en la Sociedad del Conocimiento y la Información el sistema educativo debe favorecer la formación continua y permanente de los docentes de la educación superior, a fin de responder

a las necesidades, los intereses y retos del estudiante, donde se implementan como mediadoras en esta actividad las TIC en la web 2.0. Será necesario para su consecución fortalecer un aprendizaje continuo a lo largo de la vida del profesorado y de los profesionales, para potenciar con ello competencias cognitivas, procedimentales y actitudinales ante los avances tecnológicos que en el siglo XXI están en constante evolución y desarrollo, que incida en su irradiación en menor tiempo y en mayores espacios (Fandiño, 2011).

En esta lógica que se ha analizado, se valora que la Universidad de Granma a partir de la integración de la Universidad del Deporte al Ministerio de Educación Superior, en especial en el estudio de la carrera de Derecho, puede irradiar como paraguas en la formación de grado en la carrera de Cultura Física, formando una cultura en materia de los contenidos del Derecho Deportivo, valores, ética, entre otras.

Como cierre de estas ideas abordadas *up supra* que podría ser una acción formativa el concebirse una materia optativa en la carrera de cultura física; esta incursión desde la carrera de Derecho estaría dirigida a capacitar a los atletas de la Licenciatura en Cultura Física en la facultad del mismo nombre en la Universidad de Granma, centrada en tópicos vinculados con la actividad deportiva, en un programa de estudios donde se aborden temáti-

cas desde la integración de contenidos por su interdisciplinariedad:

- Tema 1: La actividad deportiva, reconocimiento histórico jurídico desde el Derecho Internacional del deporte. Origen, concepto, desarrollo y evolución. Las bases del derecho deportivo.
- Tema 2: La actividad deportiva, reconocimiento desde el marco constitucional como un derecho. Desarrollo en el ordenamiento jurídico cubano. Organismo de relación en la Administración Pública. La actividad deportiva y el servicio público en el deporte.
- Tema 3: La actividad deportiva. La contratación mercantil laboral interna y externa. El modelo privado y público en la actividad deportiva en el ordenamiento jurídico. Bases jurídicas. Las sociedades anónimas deportivas. Los derechos colectivos de los deportistas. El Derecho concursal y el deporte. La seguridad social. Las transferencias de jugadores en el ámbito nacional e internacional. Las Federaciones deportivas. Régimen jurídico aplicable.
- Tema 4: La actividad deportiva. Política fiscal, Política de Seguro y la actividad de los *sponsor* en el ordenamiento jurídico deportivo. El agente del deportista. La actuación de las federaciones en la actividad deportiva. Las actividades comerciales vinculadas al deporte. El juego y el deporte.
- Tema 5: La responsabilidad civil, administrativa, penal y patrimonial en la práctica de actividades deportivas y por el Estado en la prestación de servicio público. El control del dopaje en la actividad deportiva. Las lesiones deportivas. El arbitraje deportivo. La disciplina deportiva. La seguridad pública. El Tribunal Administrativo del deporte. Un análisis desde el ordenamiento jurídico.
- Tema 6: El deporte y la actividad deportiva en Cuba. Regulación en el ordenamiento jurídico cubano. La Administración Pública del Deporte. El marketing y el patrocinio deportivo. Titulaciones deportivas y ejercicio profesional del deporte. Los derechos televisivos y derecho a la información en el deporte. La propiedad industrial en el deporte. Los derechos audiovisuales en el deporte. El derecho a la propia imagen desde la visión comercial.

Permite significar a manera de cierre de un tema interdisciplinario con diversas aristas, el legislador cubano tiene varios retos en la actualización del modelo económico y social a partir de la nueva Constitución de 2019, en desarrollar un cuerpo jurídico que regule la práctica de la actividad deportiva en los contenidos en que se mueve el mundo del deporte en el siglo XXI en la nación cubana, a través de una “Ley del Deporte”; ello permitirá minimi-

zar la multiplicidad de normas legales vinculadas a la actividad deportiva.

En este primer acercamiento, se considera que no es un tema acabado, pues serán retomadas nuevas ideas en pos de profundizar en nuevos contenidos vinculados al Derecho del Deporte por la pertinencia en la formación del atleta cubano en la academia.

IV. Conclusiones

El deporte —o la actividad deportiva— es concebido como el conjunto de las actividades humanas calificadas como físico-deportivas; en el mundo actual prima la mercantilidad a través de las federaciones en los juegos deportivos que se realizan. Esta rama del Derecho tiene un reconocimiento desde el Derecho Internacional y es regulado a través de los textos constitucionales como derecho, desarrollado en los ordenamientos internos en una Ley del Deporte y actos administrativos que la complementan.

La mercantilidad en la relación jurídico laboral en la actividad deportiva que se fomenta por el sector privado en el siglo XXI se ejecuta con la licencia otorgada por la Administración Pública bajo los cánones del Derecho Mercantil, en la cual los deportistas deben tener una cultura general en la materia del Derecho del Deporte cuando son contratados por las federaciones foráneas.

En Cuba, el Instituto Nacional de Deporte, Educación Física y Recreación, tiene el poder de *imperium* en la gestión pública de la actividad deportiva. Esto ha sido continuidad a partir del triunfo revolucionario en el siglo XX y se ha seguido fomentando en el siglo XXI.

El legislador cubano tiene en la actualización del modelo económico y social, el mandato dentro del nuevo paquete legislativo, de emitir una Ley del Deporte para la práctica deportiva en la actualización del ordenamiento jurídico de Cuba.

La acción formativa por la academia deberá concebirse como una materia optativa en la carrera de cultura física; esta incursión desde la carrera de Derecho estará dirigida a capacitar a los atletas que cursan la Licenciatura en Cultura Física en la facultad del mismo nombre, centrada en tópicos vinculados con la actividad deportiva en la Universidad de Granma, ello tributará a tener un atleta con competencias ante la mercantilidad del deporte que se incrementa en el siglo XXI y del que la nación cubana no es ajena.

V. Referencias bibliográficas

- AA. VV. (2001). *Diccionario de la Lengua Española*, 23^e edición, España, Editorial Espasa.
- (2004). *Sociología del Deporte*. Selección de lecturas para la docencia. España, Editorial Deportes.
- (2002). *Estudios de Derecho Administrativo cubano*, La Habana, Editorial Félix Varela.

- Acedo Penco, Á. (2007). *Contratos y responsabilidad civil*. Cuestiones jurídicas actuales, España, Editorial Dykinson.
- Agirreazkuenaga, I. (1998). *Intervención pública en el deporte*, España, Editorial Civitas.
- Aguilera Fernández, A. (1992). *Estado y Deporte*. Legislación, organización y administración del deporte, España, Editorial Comares.
- Aguilar Villanueva, L. (2013). *Gobierno y Administración Pública*. México, Fondo de Cultura Económica.
- Arnaldo Cubilla, E. (1999). El ámbito de participación de las selecciones deportivas autonómicas en competiciones deportivas internacionales, España, *Revista IURISPORT*, no. 383.
- Albor Salcedo, M. (1989). *Deporte y Derecho*, México, Editorial Trillas.
- Albi, E. et al. (2009). *Gestión Pública. Fundamentos, técnicas y casos*. 3ª impresión. España, Editorial Ariel.
- Álvarez, R. y Henríquez, M. (2000). *Juegos cubanos*, La Habana, Editorial Gente Nueva.
- Álvarez de Zayas, C. (1992). *La pedagogía como ciencia*, La Habana, Editorial Academia.
- Alexy, R. (2010). *Sobre los derechos constitucionales a protección*. Derechos sociales y ponderación, Mexico, Editorial Fontamara.
- Agenda 2030 (2018). *Los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Una oportunidad para América Latina y el Caribe*. Chile, CEPAL.
- Barajas Montes De Oca, S. (1992). *Los contratos especiales de trabajo*, 1ª edición, México, UNAM.
- Bermejo Vera, J. (1998). *Constitución y deporte*, España, Editorial Tecnos.
- Betancourt Mella, L. et al. (1991). *Atletismo en el ámbito escolar y deportivo*. La Habana, Editorial Pueblo y Educación.
- Bobbio, N. (1995). *Teoría del ordenamiento jurídico*, 6ª edición, Brasil, Editorial UNB.
- Broseta Pont, M. (2010). *Manual de Derecho Mercantil*, España, Editorial Tecnos.
- Carretero Lestón, J. (2016). *Fiscalidad del patrocinio deportivo*. Colección de Derecho Deportivo, España, Editorial Reus.
- Carlezzo, E. (2004). *Direito Desportivo Empresarial*, Sao Paulo, Juárez de Oliveira.
- Cantón Moller, M. y Vázquez Romero, A. (1968). *Derecho del Deporte*, Mexico, Editorial Esfinge.
- Castejón y Chico De Guzmán, D. (2005). El deporte como ámbito de la relación laboral, situación actual, España, *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, no. 680.
- Camps Povill, A. (1996). *Las federaciones deportivas. Régimen jurídico*, España, Editorial Civitas.
- Cazorla Prieto, L. (1992). *Derecho del deporte*, España, Editorial Tecnos.
- (1979). *Deporte y Estado*, España, Editorial Labor.
- (1996). *Impuesto sobre Actividades Económicas y Deporte*, España, Editorial Aranzadi.

- Cordero Saavedra, L. (2001). *El deporte profesional*. Aspectos Laborales y Fiscales, España, Editorial Lex Nova.
- Cutie Mustelier, D. (2019). ¿Por qué la Nueva Constitución cubana es Superior? Red Jurídica UNJC, La Habana. Disponible en: <http://www.unjc.cu>
- Crispín Castellanos, D. Desarrollo deportivo cubano antes y después de 1959. Disponible en http://www.bibliociencias.cu/gsd/collect/libros/import/Historia_deporte_cubano.pdf
- De la Plata Caballero, N. (2012). *Organización deportiva del sector público*. Fundamentos de Derecho Deportivo, España, Editorial Tecnos.
- De Castro Cid B. (1993). *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los Derechos Humanos*, Universidad De León.
- De Vicente Martínez, R. (2010). *Derecho penal del deporte*, Colección Derecho y Deporte, España, Editorial Bosch.
- Díez-Picazo, L. y Gullón Ballesteros, A. (1995). *Instituciones de Derecho Civil*. España, Editorial Tecnos.
- Diez Picazo, L. (1996). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, España, Editorial Civitas.
- Díaz Rivera, C. (2007). Tratamiento jurídico-laboral del sector deportivo cubano, La Habana: *Revista Justicia y Derecho*, no. 9.
- Espartero Casado, J. (2004). *Introducción al Derecho del Deporte*. Colección Derecho Deportivo, España, Editorial Dykinson.
- Dromi, R. (2001). *Derecho Administrativo*. 9ª edición actualizada. Argentina, Editorial de Ciencia y Cultura.
- Espartero Casado, J. et al. (2004). *Introducción al Derecho del deporte*, Colección Derecho Deportivo, España, Editorial Dykinson.
- Echeverry Velásquez, S. (2015). *El contrato de patrocinio deportivo*, Colección de Derecho Deportivo, España, Editorial Reus.
- Hernández Más, O. (1974). *Historia del Estado y del Derecho en Cuba*, Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, La Habana.
- Higueras, I. (2001). *Valor comercial de la imagen. Aportaciones del right of publicity estadounidense al derecho a la propia imagen*, España, Editorial Eunsa.
- Fabelo Corzo J. R. (2005). *Los valores y sus desafíos actuales*, La Habana, Editorial José Martí.
- Fandiño, Y.J. (2011). La educación universitaria en el siglo XXI: de la sociedad de la información a la sociedad del conocimiento. España, *Revista Iberoamericana de Educación*, no. 53.
- Fernández Bulté, J. (2004). *Teoría general del Estado*, La Habana, Editorial Félix Varela.
- Fernández Cruz, M. y Gijón, J. (2012). Formación de profesionales basada en competencias, España, *Journal for Educators, Teachers and Trainers*, pp.109-119.
- Ferrajoli, L. et al. (2012). *Un debate sobre el constitucionalismo*. España, Editorial Marcial Pons.

- Freire, P. (2006). *Pedagogía de la Autonomía. Saberes necesarios para la práctica educativa*, 11ª edición, Argentina, Editorial Siglo XXI.
- Forbes, I. et al. (2003). *Famosos y desconocidos. Cubanos en Juegos Olímpicos*, 2ª edición, La Habana, Editorial Pueblo y Educación.
- Forsthof, E. (1986). *Concepto y esencia del Estado Social de Derecho*. El Estado social, España, Centro de Estudios Constitucionales.
- Flores Fernández, Z. (2015). *El Derecho Deportivo desde una perspectiva comparada. Los casos de España, México, Argentina, Cuba, Brasil y Mozambique*, México, Editorial Flores.
- Gamero Casado, E. (2003). *Las sanciones deportivas*, España, Editorial Bosch.
- Garcini Guerra, H. (1986). *Derecho Administrativo*, 2ª edición, La Habana, Editorial Pueblo y Educación.
- Garretero Lestón, J. et al. (2009). *El nuevo Derecho deportivo disciplinario*. España, Editorial Laborum.
- Guerrero Olea, A. y Barba Sánchez, R. (2002). *El modelo privado del Deporte en Europa: el deporte organizado convencionalmente*. El modelo europeo del Deporte. España, Editorial Bosch.
- González Grimaldo, M. (1974). *El ordenamiento jurídico del deporte*. España, Editorial Civitas.
- Gordillo, A. (1999). *Derechos Humanos*, 4ª edición, Argentina, Editorial Fundación de Derecho Administrativo.
- Gómez Tomillo, M. y Sanz Rubiales, I. (2010). *Derecho Administrativo sancionador*, Parte general. 2ª edición. España, Editorial Aranzadi.
- Hauriou, M. (1925). *Principios de Derecho Administrativo y de Derecho Público*. 10ª edición. Paris, Editorial Recueil Sirey.
- Hauriou, A. (1980). *Derecho Constitucional e instituciones políticas*. Colección Demos. España. Editorial Ariel.
- Matilla Correa, A. & Álvarez-Tabío Albo, A. (2011). *El Derecho Público en Cuba a comienzos del siglo XXI*, La Habana, Editorial UH.
- Martínez De Osaba y Goenaga, J. (2002). *Cultura Física y Deportes: Génesis, Evolución y Desarrollo*. (Hasta la Inglaterra del siglo XIX). España, Editorial Deportes.
- Marco Marco, J. (2006). *Fútbol, Derecho y política: las selecciones autonómicas absolutas. Cuestiones jurídicas actuales sobre el fútbol español*, España, Editorial Bosch.
- Matveev, L. (2000). *Teoría del Deporte*. Fundamentos Básicos. Chile, Editorial Santiago.
- Millán Garrido, A. (2015). *Cuestiones actuales de Derecho del Deporte*, Colección de Derecho Deportivo, España, Editorial Reus.
- Millán Garrido, A. (2006). *Régimen jurídico de la violencia en el deporte*, España, Editorial Bosch.
- Morales Del Moral, A. et al. (2000). *Diccionario temático de los Deportes*, España, Editorial Arguval.

- Muñoz Machado, M. (2011). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, España, Editorial Iustel.
- Meinel, K. (1997). *Didáctica del movimiento*. La Habana, Editorial Orbe.
- Núñez Jover, J. (2015). *La política de ciencia, tecnología e innovación tecnológica en Cuba: evaluación y propuestas*, La Habana, Editorial Félix Varela.
- Uría, R. & Menéndez, A. (2001). *Curso de Derecho Mercantil*, España, Editorial Civitas.
- Parejo Alfonso, L. (2013). *Lecciones de Derecho Administrativo, orden económico y sectores de referencia*, España, Editorial Tirand Lo Blanch.
- Palomar Olmeda, A. et al. (2007). *La salud pública y las medidas que afectan a la misma para la lucha contra el dopaje*, España, Editorial Thomson Aranzadi.
- Palomar Olmeda, A. (2015). *El Tribunal Administrativo del Deporte*. Cuestiones actuales de Derecho del deporte, España, Editorial Reus.
- Palomar Olmeda, A. et al. (2017). *Derecho del deporte profesional*, 1ª edición, España, Editorial Aranzadi.
- Palomar Olmeda, A. y Descalzo Gonzales, A. (2001). *Los derechos de imagen en el ámbito del deporte profesional. Especial referencia al fútbol*, España, Editorial Dykinson.
- Pachot Zambrana, K. Tesis doctoral: El derecho al deporte, la constitución y las normas de ordenación del deporte en Cuba, Universidad de Oriente, Cuba (2007).
- (2008). *El derecho al deporte, la Constitución y las normas de ordenación del deporte en Cuba*, La Habana, Editorial Universitaria.
- (2012). Las normas de ordenación deportiva y el derecho al deporte. A propósito de una teoría del ordenamiento jurídico deportivo, España, *Revista Española de Derecho Deportivo*, no. 30.
- Pachot Zambrana, K. (2015). *El Derecho del deporte en Cuba y sus desafíos en el siglo XXI*. El derecho deportivo desde una perspectiva comparada, México, Editorial Flores.
- Pachot Zambrana, K. et al. (2017). *El Derecho del deporte en Iberoamérica. Desafíos y experiencias nacionales en el siglo XXI*, La Habana, Editorial UNIJURIS.
- Pascual Medrano, A. (2003). *El Derecho fundamental a la propia imagen. Fundamento, contenido, titularidad y límites*, España, Editorial Aranzadi.
- Prados Prados, S. (2002). *Las licencias deportivas*, España, Editorial Bosch.
- Piñeiro Salgeiro, J. Tesis doctorado: Responsabilidad Civil y Deporte, Universidad Pompeu Fabra, España (2008).
- Polo Maceira, E. y Pérez Urquiza, Y. (2005). El financiamiento del deporte en Cuba, Cuba, *Revista Arrancada*, no. 1.
- Perez Luño, A. (2010). *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 10ª edición, España, Editorial Tecnos.
- Ruiz Aguilera, R. (1991). *El Deporte de Hoy. Realidades y perspectivas*, La Habana, Editorial Científico-Técnica.

- Real Ferrer, G. (1991). *Derecho Público del Deporte*, España, Editorial Civitas.
- Rebollo Puig, M. (1999). La peculiaridad de la policía administrativa y su singular adaptación al principio de legalidad, España, *Revista Vasca de Administración Pública*, no. 54.
- Tobón, S. (2008). *La formación basada por competencias en la educación superior. El Enfoque Complejo*. México, Universidad Autónoma de Guadalajara.
- Tejedor Bielsa, J. (2003) *Público y privado en el deporte*, España, Editorial Bosch.
- Landaberea Unzueta, J. (2007). *Régimen civil de la violencia en el deporte*. La salud pública y las medidas que afectan a la misma para la lucha contra el dopaje. Comentarios a la Ley Antidopaje en el Deporte, España, Editorial Thomson Aranzadi.
- Lora-Tamayo Vallvé, M. (2003). *El Derecho deportivo: entre el servicio público y el mercado*, Colección Derecho Deportivo, España, Editorial Dykinson.
- Llanusa Gobel, J. (1990). *El deporte en Cuba. Análisis para debatir*, La Habana, Editorial José Martí.
- Infiesta, R. (1951). *Historia constitucional de Cuba*, La Habana, Editorial Cultural.
- Sanz Rubiales, I. (1994). Principio de legalidad y potestad sancionadora en la Administración Local, España, *Revista de estudios de Administración Local y Autonómica*, no. 264.
- Seoane Spiegelberg, J. (2003). *Responsabilidad civil en el deporte. La responsabilidad civil profesional*, España, Cuadernos de Derecho Judicial, pp. 433-603.
- Jiménez Soto, I. (1998). La disciplina deportiva. Sus relaciones con el procedimiento sancionador de la Administración y el Derecho Penal, España, *Revista Actualidad Administrativa*, no.12.
- Outerelo, N. (2009). *Justicia deportiva*, 1ª edición, Argentina, Editorial Ad-Hoc.
- Szymanski, S. y Zimbalist, A. (2005). *National Pastime. How Americans Play Baseball and the Rest of the World Plays Soccer*, Brookings Institution Press, Washington.
- Vicent Chuliá, F. (2010). *Introducción al Derecho Mercantil*, 22 edición, España, Editorial Tirant Lo Blanch.
- Vygotsky, Lev. S. (1989). *Obras completas*. La Habana, Editorial Pueblo y Educación.
- Zamora Galbán, Y. *Historia del deporte cubano: hasta Atenas 2004*, Disponible en http://www.bibliociencias.cu/gsd/collect/libros/import/Historia_deportecubano.pdf.



LA JURISPRUDENCIA

DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN MATERIA DE PROHIBICIÓN ABSOLUTA
DEL CONSUMO LÚDICO DE MARIHUANA

<http://dx.doi.org/10.20983/reij.2020.2.4>

CARLOS MARTÍN GÓMEZ MARINERO^{1*}

FECHA DE RECEPCIÓN: 11 de noviembre 2019

FECHA DE ACEPTACIÓN: 07 de enero de 2020

SUMARIO: I. Introducción. II. La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia. III. Consecuencias y alcances de la decisión. IV. Conclusión. V. Referencias.

Resumen

El 31 de octubre de 2018, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación integró jurisprudencia en relación con la inconstitucionalidad de la prohibición absoluta del consumo lúdico de marihuana prevista en la Ley General de Salud. La determinación de la Primera Sala implica, por una parte, la obligatoriedad de la jurisprudencia para los juzgadores mexicanos y, por otra, el inicio del procedimiento para que el órgano legislativo atienda el problema identificado por la jurisprudencia y, en caso de no hacerlo, el Pleno de la Corte podría eventualmente determinar, con efectos generales, la inconstitucionalidad de las disposiciones que prohíben el uso recreativo de marihuana. En este sentido, en el presente trabajo se plantea identificar el problema que resolvió la Primera Sala de la Corte y, enseguida, precisar los efectos y los alcances de la decisión para evaluar la manera en la que contribuye a avanzar hacia la protección de los derechos humanos.

¹ Licenciado en Derecho y Maestro en Derecho Constitucional y Administrativo por la Universidad Veracruzana. Alumno del doctorado en derecho de la Universidad Veracruzana. Correo electrónico: carlosgomezmarinero@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8433-8871>.

Palabras clave: consumo lúdico de la marihuana, política prohibicionista, Suprema Corte de Justicia de la Nación; jurisprudencia; declaraciones de inconstitucionalidad.

The jurisprudence of the Supreme Court of Justice of the Nation in the matter of absolute prohibition of marijuana's ludic consumption

Abstract

On October 31, 2018, the First Chamber of the Supreme Court of Justice of the Nation integrated jurisprudence about to the unconstitutionality of the absolute prohibition of the recreational use of marijuana in the General Health Law. The determination of the First Chamber implies, first, the binding precedent to Mexican judges and, second, the beginning of the procedure for the legislative branch to attend the problem identified by the jurisprudence, in case of not doing so, The Plenary of the Supreme Court could eventually determine, with general effects, the unconstitutionality of the provisions that prohibit the recreational use of marijuana. In this context, in this paper it is proposed to identify the problem that was resolved by the Supreme Court and, then, identify the effects and scope of the decision to evaluate the way in which contributes to improve the protection of the human rights.

Key words: recreational marijuana use, marijuana policy, Supreme Court of Justice of the Nation; jurisprudence (binding precedent), statements of unconstitutionality.

I. Introducción

El 31 de octubre de 2018, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación integró jurisprudencia en relación con la inconstitucionalidad de la prohibición absoluta del consumo lúdico de marihuana prevista en la Ley General de Salud. La determinación de la Primera Sala implica, por una parte, la obligatoriedad de la jurisprudencia para los juzgadores mexicanos y, por otra, el inicio de un procedimiento para que el órgano legislativo atienda el problema identificado por la jurisprudencia y, en caso de no hacerlo, el Pleno de la Corte podría eventualmente determinar, con efectos generales, la inconstitucionalidad de las disposiciones que prohíben el uso recreativo de marihuana. En este contexto, aquí se plantea, identificar el problema que resolvió la Primera Sala de la Corte y, enseguida, precisar los efectos y alcances de la decisión para evaluar la medida en que contribuye a avanzar hacia la protección de los derechos humanos.

II. La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia

Entre el 4 de noviembre de 2015 y el 31 de octubre de 2018, la Primera Sala de la Suprema Corte resolvió cinco amparos en revisión relacionados con la política prohibicionista del consumo individual de marihuana. En cada uno de los prece-

dentos² la Sala abordó tres cuestiones: 1) el marco regulatorio de los estupefacientes y psicotrópicos previsto en la Ley General de Salud; 2) la incidencia de la medida legislativa en el contenido del derecho fundamental en disputa (el libre desarrollo de la personalidad); y 3) el cumplimiento del *test* de proporcionalidad (si la medida persiguiera un fin constitucionalmente válido y si cumplía los parámetros de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto).

En las ejecutorias se precisó que, en los artículos 234 y 245 de la Ley General de Salud, el legislador determinó qué sustancias debían considerarse como estupefacientes y psicotrópicos; asimismo, que en los artículos 235 y 247 de la misma ley consideró que todo acto relacionado con estupefacientes o psicotrópicos requiere una “autorización” de la Secretaría de Salud y que solo puede otorgarse con fines médicos o científicos. La Sala advirtió que las normas correspondían al “sistema de prohibiciones administrativas” que constituían un obstáculo jurídico para poder realizar lícitamente todas las acciones necesarias para el autoconsumo de marihuana.³

2 Los amparos en revisión resueltos fueron: 1) 237/2014, de 4 de noviembre de 2015; 2) 1115/2017, de 11 de abril de 2018; 3) 623/2017, de 13 de junio de 2018; 4) 547/2018, de 31 de junio de 2018; y 5) 548/2018, de 31 de junio de 2018.

3 Debe puntualizarse que los precedentes de la Corte se refirieron al “sistema de prohibiciones administrativas” y no al “sistema punitivo” previsto en la Ley General de Salud y en el Código Penal Federal.

Una vez identificado el sistema de regulación administrativa, se analizó si las disposiciones impugnadas incidían en el ámbito de protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los quejosos.⁴ La respuesta fue afirmativa y consideró que la medida perseguía dos fines: la protección al derecho a la salud y el orden público, para procurar la salud de los consumidores de drogas y proteger la sociedad de consecuencias perniciosas derivadas de su empleo.

Al examinar el parámetro de idoneidad, la Sala identificó cuatro temas: 1) las afectaciones a la salud, en donde señaló que, si bien la evidencia empírica ha demostrado que el consumo de la marihuana podía ocasionar daños a la salud, se trata de afectaciones calificadas como no graves (siempre que no se trate de menores de edad); 2) el desarrollo de dependencia, se precisó que las implicaciones sobre la salud y consecuencias sociales por quienes buscan controlar su consumo serían menos severas a otras sustancias; 3) se consideró que la marihuana tiene un bajo grado de incidencia en el consumo de drogas más riesgosas; y 4) descartó que el consumo de la marihuana pudiera inducir a la comisión de otros delitos, incluso, si bien la tasa de consumo de marihuana es mayor entre personas que han delinquido

⁴ Desde la perspectiva del derecho a la elección libre y autónoma del proyecto de vida de cada individuo. En las ejecutorias se retomó el criterio del amparo directo 6/2008, de 6 de junio de 2009.

que entre las que no, ello probablemente se deba a que la comisión de delitos y el consumo de marihuana tienen como origen las mismas causas sociales; además, que los consumidores enfrentan cargos penales precisamente porque se penaliza su consumo.

En el análisis de la necesidad de la medida se verificó que existían otros medios con un grado de idoneidad igual o superior para lograr los fines que perseguía la normativa impugnada. Se consideraron dos referencias: primero, la regulación de sustancias como el alcohol y el tabaco⁵ advirtiendo que —en esos casos— se estableció un “régimen de permisión controlada” y, segundo, las alternativas a la prohibición del consumo de marihuana implementadas en el derecho comparado. En este sentido, se dedujo una serie de elementos que podrían constituir una medida alternativa a la prohibición absoluta y que son a la vez idóneos para evitar afectaciones a la salud y al orden público.

En cuanto al examen de proporcionalidad, se identificó el desequilibrio entre la intensa afectación al derecho al libre desarrollo de la personalidad frente al grado mínimo de protección a la salud y al orden

⁵ En el caso del tabaco se prohíbe la venta distribución y suministro a menores de edad, con un régimen administrativo en materia de producción, comercio y publicidad. En el caso de bebidas alcohólicas se establecen límites de alcohol en sangre y en aire expirado para conducir automotores y manejar mecanismos, instrumentos y aparatos o sustancias peligrosas.

público que alcanza la medida legislativa. Verificado el test de proporcionalidad, la Sala determinó la inconstitucionalidad de los artículos impugnados. En los primeros amparos (237/2014 y 1115/2017) se estimó la inconstitucionalidad de los artículos 235, último párrafo, 237, 245, fracción I, 247, último párrafo y 248 de la Ley General de Salud, en las porciones normativas que establecían una prohibición para que la Secretaría de Salud emitiera autorizaciones para realizar actividades relacionadas con el autoconsumo con fines lúdicos o recreativos del estupefaciente “cannabis” y del psicotrópico tetrahidrocannabinol y sus variantes estereoquímicas, conocido como marihuana. Por otra parte, en los restantes precedentes el efecto comprendió que la Secretaría de Salud emitiera autorizaciones para adquirir la semilla de cannabis.

III. Consecuencias y alcances de la decisión

El primer efecto de lo decidido por la Suprema Corte tiene que ver con la obligatoriedad de la jurisprudencia respecto del resto de jueces mexicanos. El artículo 217 de la Ley de Amparo vigente señala que la jurisprudencia establecida por las Salas de la Corte es obligatoria para los Plenos de Circuito, los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de las entidades federativas, y tribunales administrativos y del trabajo,

locales o federales. De esta manera, la prohibición se superaría, en un principio, si se solicita a la autoridad administrativa la autorización respectiva y ante la negativa se impugne para que, seguido un proceso judicial, se aplique la jurisprudencia de la Primera Sala.

Un segundo efecto de la decisión de la Suprema Corte tiene que ver con el inicio del procedimiento de declaratoria general de inconstitucionalidad con motivo de la notificación que se haga al órgano legislativo, emisor de la norma, de las jurisprudencias respectivas. De acuerdo con el artículo 107, fracción II de la Constitución Federal, una vez establecida jurisprudencia por reiteración, se inicia al procedimiento de declaratoria con el objetivo de que el órgano emisor de la norma supere el problema de inconstitucionalidad y si transcurrido el plazo de noventa días naturales el Pleno de la Corte podrá emitir la declaratoria general de inconstitucionalidad si fuere aprobada por mayoría de ocho votos.

El sistema de jurisprudencia por reiteración en esta clase de asuntos —relacionados con una política pública en materia de salud— tiene como límite el alcance de las impugnaciones de los casos concretos debido a la connotación subjetiva en que se configura el amparo y la falta de flexibilidad para modular los criterios que de estos derivan. Si bien el problema planteado en los distintos amparos tuvo que ver

con la adquisición, siembra, cultivo, etcétera, para el autoconsumo de la marihuana, lo cierto es que los fallos también debían haber precisado lineamientos generales que posibilitaran la protección a la salud de los consumidores y de terceros, como lo indicaron los ministros Cossío Díaz y Gutiérrez Ortiz Mena, en los respectivos votos concurrentes de los primeros precedentes.

En el voto particular, el ministro Cossío Díaz señalaba la necesidad de plantear diversas medidas exhortativas a las autoridades involucradas con el tema de la regulación de la marihuana; una medida así hubiere implicado un cambio importante en el amparo, vía interpretación de la Suprema Corte, para modificar los efectos tradicionales de la sentencia frente a una prohibición administrativa (que no se resuelve con ordenar la emisión de una autorización),⁶ lo que también hubiera contribuido a la participación de la Corte como órgano promotor del diálogo. Es decir, se pudieron redimensionar los alcances de la jurisprudencia y de la declaratoria para que la Suprema Corte no se limitara a la función, ya superada, de ser legislador negativo, sino de un ór-

gano protector de los derechos humanos a través de la modulación de sus fallos o del empleo de medidas exhortativas como ocurre en los tribunales y cortes constitucionales de Latinoamérica.⁷

IV. Conclusión

Los precedentes que originaron la jurisprudencia en materia de consumo lúdico de la marihuana partieron de la premisa del derecho al libre desarrollo de la personalidad, lo que implicó ordenar que se expidieran las autorizaciones para la adquisición, siembra, cultivo, cosecha, preparación, posesión y/o transporte para el autoconsumo de la marihuana, sin que se considerara la posibilidad de modificar los efectos tradicionales de la sentencia de amparo frente a una prohibición administrativa que requería considerar el respeto al derecho a la seguridad y a la salud de terceros o de los propios quejosos.

Si bien la sede idónea para atender omisiones legislativas, como la relacionada con la regulación del consumo de la marihuana, las decisiones de la Suprema Corte pueden ser útiles como punto de partida o parámetro que posibilite el diálogo con los órganos legislativos. La experiencia de este caso demuestra que los asuntos

6 En México, la Suprema Corte podría realizar los ajustes necesarios para rediseñar el amparo, incluso se ha cuestionado que las modificaciones en la materia no hubieren sido impulsadas por sentencias y criterios interpretativos, como sí lo habían hecho cortes de otros países con democracias en consolidación. Cfr. Castagnola, Andrea y López Noriega, Saúl, (2016), "La Suprema Corte y el juicio de amparo durante la hegemonía del PRI", *El rol de la Suprema Corte en la consolidación democrática de México*, México, Tirant lo Blanch, p. 146.

7 Véase, Celemín Caicedo, Andrea, (2016), "El exhorto al legislador: el análisis en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana", *Revista de Derecho Público*, Bogotá, número 36, pp. 9-15. y Castro, Karin, (2011), "El Tribunal constitucional y las exhortaciones al legislador: el caso peruano", *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, número 27, pp. 154-174.

del conocimiento de un Tribunal Constitucional pueden contribuir a la construcción dialógica en la que eventualmente se tome en cuenta —de mejor manera— la protección de los derechos humanos, lo que en el caso no ocurrió. No obstante, desde esta perspectiva se posibilitará un amplio debate que posicione a la Corte no solo como legislador negativo, sino como órgano participe en el rol que garantice la vigencia de los derechos; en este sentido, las fórmulas como la modulación de sus fallos y las exhortaciones al legislador son herramientas útiles para la congruencia de las funciones que debe desempeñar un Tribunal Constitucional.

V. Referencias

- Castagnola, A. y López Noriega, S. (2016). “La Suprema Corte y el juicio de amparo durante la hegemonía del PRI”, *El rol de la Suprema Corte en la consolidación democrática de México*, México, Tirant lo Blanch.
- Castro, K. (2011). “El Tribunal constitucional y las exhortaciones al legislador: el caso peruano”, *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, número 27.
- Celemín Caicedo, A. (2016). “El exhorto al legislador: el análisis en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana”, *Revista de Derecho Público*, Bogotá, número 36.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Versiones Taquigráficas (sesiones del Pleno)*,

disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/pleno/secretaria-general-de-acuerdos>.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Sentencias y datos de expedientes*, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/TematicaPub.aspx>.



EL DERECHO A UNA

MUERTE DIGNA, UNA ELECCIÓN LIBRE

<http://dx.doi.org/10.20983/reij.2020.2.5>

FECHA DE ENTREGA: 29 de marzo de 2019

FECHA DE ACEPTACIÓN: 03 de septiembre de 2019

SUMARIO: I. Introducción. II. Marco Conceptual. III. Metodología. IV. El problema de la muerte digna. V. Ponderación de Derechos. VI. Legislación sobre voluntad anticipada. VII. Cómo ve la sociedad una muerte digna. VIII. La religión y la psicología en la decisión del enfermo. IX. Conclusiones. X. Referencias.

Resumen

En este artículo se hará una breve ponderación de derechos relacionados con el tema de la llamada muerte digna. El objetivo principal es conocer la importancia de los derechos que intervienen en el proceso de elección de una persona para suscribirse una voluntad anticipada, y decidir sobre su propia vida, así como de las circunstancias que la llevan a tomar dicha decisión. Se tomarán en cuenta los aspectos que intervienen en este proceso para conocer la importancia que tienen y cómo influyen en la voluntad de las personas con enfermedades terminales. También se hará un análisis de la ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal, con el fin de conocer las ventajas o deficiencias que presenta en cuanto a los cuidados paliativos. Se concluye con una

¹ Valeria Escalante Martínez, Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, estudiante de posgrado en la Maestría en Investigación Jurídica, México. Correo electrónico: al183250@alumnos.uacj.mx. ORCID: 0000-0002-8433-8871.

postura frente al derecho de las personas a que les respeten su voluntad a decidir sobre su vida, asimismo, sobre su muerte.

Palabras clave: muerte digna, obstinación terapéutica, cuidados paliativos, voluntad anticipada, tanatología.

The right to a dignified death, a free choice

Abstract

In this article there will be a brief consideration of rights related to the theme of the so-called dignified death. The main objective is to know the importance of the rights that intervene in the process of choosing a person to subscribe an anticipated will, and decide on their own life, as well as the circumstances that lead them to make such a decision. The aspects that intervene in this process will be considered, to know the importance they have and how they influence the will of people with terminal illnesses. There will also be an analysis of the law of Advance Will for the Federal District, in order to know the advantages or deficiencies that this law presents in terms of palliative care. It ends by concluding with a position on the right of people to respect their will to decide about their lives, and about their death.

Key words: dignified death, therapeutic obstinacy, palliative care, anticipated will, thanatology.

I. Introducción

Hablar de la muerte siempre será un tema delicado, debido a que se involucran diversos aspectos y cada persona tiene un punto de vista diferente. Para algunos es un proceso natural y hay que aceptarlo tal y como llega, mientras que para otros es más un duelo y una pérdida irreparable. Sin embargo, cuando llega por una enfermedad terminal, se tiende a relacionarla con el dolor, el sufrimiento y la agonía.

Respecto a este tema, Humphry y Wickett (1989) mencionan que en los años sesenta la gente solía evitar hablar sobre la muerte y el proceso que implicaba. Solo algunos especialistas como abogados, médicos, moralistas y sobre todo miembros de asociaciones en favor de la eutanasia deseaban conocer acerca de la muerte y eran esos pocos quienes estudiaban sobre el tema. El público en general prefería ignorarlo y por lo tanto desconocían todas las implicaciones de la muerte y sus consecuencias.

Durante la segunda mitad del siglo XX hubo una revolución en los cuidados hacia el paciente crítico, lo que llevó a los expertos a tener que replantearse los criterios de definición de la muerte (Castellano Molera, 2008). Además, comenzaron a desarrollarse tecnologías nuevas en todo sentido, y una de las áreas más favoreci-

das con esto fue la medicina. Empezaron a practicarse los primeros trasplantes de órganos, se desarrollaron vacunas que ayudaban a prevenir ciertas enfermedades o curarlas. Por tal motivo, la gente comenzó a ver la muerte como algo muy lejano y su vida misma como algo que podían prolongar en la medida de sus posibilidades. En pocas palabras, la gente se preocupaba más por otros aspectos de su vida que por la muerte y las consecuencias de esta.

Wendell Swenson fue un psicólogo y profesor de la Clínica Mayo, una reconocida escuela de medicina, y su interés principal, como lo dice el periódico *Post Bulletin*, era la psicología del envejecimiento y todo el proceso mental por el que pasa la gente adulta (1994). En 1958 se interesó por conocer la actitud de las personas de la tercera edad ante la idea de la muerte, para lo cual realizó un estudio que fue publicado en 1961 con ocasión de un simposio sobre actitud frente a la muerte. Swenson entrevistó a 20 personas de 60 años de edad o más, de las cuales ninguna estaba muriendo ni se encontraba en situación de una enfermedad terminal. Este les pidió que expresaran en una palabra o una frase cómo era su actitud ante la muerte. Las respuestas fueron las siguientes:

- Felicidad
- No pienso en ello
- Agradable
- Tristeza
- Miedo a abandonar a los seres queridos
- Algo a lo que nos enfrentamos todos los días
- Dicha pacífica
- Tormentos infernales
- Liberación del dolor y las dificultades

Con esta información, y otras preguntas de temas relacionados con la religión, la educación, la personalidad, las condiciones de vida, el estado matrimonial, Swenson pudo concluir que se podían medir las actitudes de las personas ante la muerte de una forma estructurada. De sus conclusiones más importantes podemos destacar que los ancianos le temen a la muerte, aunque muchas veces por diversas razones no lo expresen; que la religión juega un papel muy importante frente a este tema, puesto que las personas religiosas tienden a ser más positivos; y los ancianos que viven en residencias suelen temer más a morir. Sin duda, la soledad que enfrentan incide en ello.

Posterior a este, y diversos estudios más, la gente comenzó a interesarse en el tema de la muerte. Se daban cuenta de que el hecho de morir implicaba muchos aspectos que muchas veces no eran contemplados. Un ejemplo es el caso de alguna enfermedad terminal; la gente se preguntaba si valía la pena prolongar la vida, sentir el dolor que muchas veces los tratamientos provocaban; parecía un tema que se debía analizar detenidamente. Pero, por otro lado, ¿quién se atrevería a dejar morir a una persona, solo porque padecía alguna enfermedad o simplemente había llegado su tiempo de morir?

Según Behar (2007), podemos darnos una idea del origen de la frase “buena muerte”. Esta fue utilizada por primera vez a finales del siglo XVI por Francis

Bacon, y el sentido o significado que se le daba en aquella época no es muy distinto a lo que entendemos actualmente.

A partir de esto comienzan a surgir diversos términos que actualmente conocemos como la eutanasia, la distancia y la ortotanasia, que es esta última a la que denominamos comúnmente como muerte digna. Es importante conocer el significado y la diferencia que existe entre estos conceptos, pues se piensa que cuando la gente decide tener una muerte digna es porque quiere terminar o interrumpir su vida.

Para entender mejor el tema del derecho a una muerte digna, a continuación se plantean algunos conceptos básicos que ayudan a ampliar la perspectiva y el razonamiento sobre lo que es la muerte digna.

II. Marco conceptual

Respecto a nuestro marco conceptual es importante dejar claros los conceptos involucrados y las diferencias entre ellos, pues podemos llegar a confundir, por ejemplo, la definición de eutanasia con lo que conocemos por muerte digna.

Cuidados paliativos. La Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal (2008) define a estos como aquel cuidado integral que de manera específica se proporciona a enfermos en etapa terminal, orientados a mantener o incrementar su calidad de vida en las áreas biológica, psicológica y social, e incluye las medidas mínimas ordinarias así como el tratamiento integral

del dolor con el apoyo y participación de un equipo interdisciplinario, conformado por personal médico, de enfermería de psicología, de trabajo social, de odontología, de rehabilitación y de tanatología.

Dignidad humana. En diversas leyes podemos encontrar este concepto que se define como la inviolabilidad de la persona humana. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su valor y lo que merece (Código Civil y Comercial de la Nación, 2014).

Eutanasia. Para la Asociación Médica Mundial es una práctica que va contra la ética y la define como el acto de terminar deliberadamente con la vida de un paciente, incluso ante la petición de este (Alvarez del Río, 2005).

La muerte digna. Para la Secretaría de Salud (2008) no existe un concepto preciso para definir una muerte digna, ya que cada persona tiene necesidades distintas a los demás y su forma de cubrirlas es diferente también. Sin embargo, nos menciona, que podemos entender que no solo es una cuestión de pretender morir lo más pronto posible, sino la necesidad de tener atención, cuidado, respeto, y como fin y bien supremos, reclamar la libertad, en tanto a que esta representa la dignidad de ser conteniente y contenido en la dimensión humana, un ser humano dentro de su propia tabla de valores.

Obstinación terapéutica. Según la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal (2008) es la adopción de métodos médicos desproporcionados o inútiles con el objeto de alargar la vida en situación de agonía.

Ortotanasia. Aquella postura que tiende a conocer y respetar el momento natural de la muerte de cada hombre y sus concretas circunstancias (Behar, 2007).

Tanatología. Ayuda médica, psicológica y el acompañamiento emocional brindados tanto al enfermo en etapa terminal como a sus familiares, con el objeto de que comprendan y acepten la posibilidad de la muerte cercana (Ley de Voluntad Anticipada Para el Distrito Federal, 2008).

Voluntad anticipada. Es la decisión que toma una persona de ser sometida o no a medios, tratamientos o procedimientos médicos que pretendan prolongar su vida cuando se encuentre en etapa terminal y, por razones médicas, sea imposible mantenerla de forma natural, protegiendo en todo momento la dignidad de la persona. Además, favorece la atención paliativa y los cuidados al final de la vida, el énfasis está en el acompañamiento del paciente durante esta etapa de su vida, según la Secretaría de Salud (2008).

III. Metodología

Este es un análisis cualitativo del tema de la muerte digna. Se utiliza un método inductivo en primer lugar, partiendo de la

cuestión sobre muerte digna para arribar a las cuestiones generales que esta conlleva. En segundo lugar, se realizará un método analítico, es decir, se atenderá al estudio de la muerte digna, pero observándolo desde varios puntos de vista que al final son las partes que conforman este concepto. Existen diversos escenarios desde los cuales podemos abordar el tema, y en todos entenderlo de diferente manera, sin embargo, todos nos llevan a reconocer la importancia de informarnos e investigar más sobre el mismo. Se analizará cada uno de estos puntos para tratar de llegar a una conclusión y saber si estos puntos influyen o no en la decisión de una persona de adherirse o no a una ley de voluntad anticipada (Behar, 2008).

Será, pues, un análisis que se lleve a cabo revisando y examinando detalladamente bibliografía acerca del tema. Se buscará también una correlación en los puntos de vista a tratar, para entender qué es lo que hace falta para que la muerte digna tenga más importancia en México.

IV. El problema de la muerte digna

La vida y la muerte se encuentran en la misma escala del ser; mas, por encima de ambas, hay ciertos valores. Es la presencia de la muerte lo que da sentido y aun contenido a la vida.

Además, no morimos, entonces, en un instante último, sino que la muerte es un elemento continuamente formado de nuestra existencia.

George Simmel

Una vez comprendidos estos términos, y adentrándonos previamente a los antecedentes de los conceptos, podemos analizar el problema que representa hablar de una muerte digna.

La Ciudad de México es la principal entidad de la República Mexicana en cuanto a leyes sobre muerte digna. Cuenta con la Ley de Voluntad Anticipada para el Distrito Federal (2008), la cual le da a un enfermo o una persona de edad avanzada, la posibilidad de expresarse por adelantado y decidir el tipo de tratamiento médico que quiere recibir ante enfermedades terminales o accidentes. Las personas pueden decidir ser sometidas o no a procedimientos médicos o tratamientos que puedan alargar su vida en la etapa terminal, cuando la vida misma ya no pueda mantenerse de forma natural. Hay que tener claro que existen los cuidados paliativos, los cuales ayudan a la persona a tener una mejor calidad de vida, atenuar el dolor y poder llegar dignamente hasta la muerte.

Sin embargo, existe una gran desventaja respecto a este tema. El problema es que no todas las entidades federativas cuentan con esta ley, o con alguna que regule sobre la muerte digna. Las personas desconocen lo que implica dar su voluntad para no prolongar su vida y temen que esto implique dejarlos sufrir hasta el momento de su muerte, pues no saben acerca de los cuidados paliativos que se les ofrecen.

Otro problema que destaca es la ética de los médicos que atienden a los pacientes con enfermedades terminales, puesto que, para ellos su prioridad debe ser siempre preservar la vida de cualquier persona, sin hacer ninguna distinción, pero ¿qué pasa cuando el paciente no quiere prolongar su vida?, ¿qué debe hacer el médico cuando el paciente solo quiere tener una muerte digna y en paz? Debemos comprender este tema tanto desde el punto de vista del médico como del paciente.

Por todo lo anterior, es importante analizar los aspectos que intervienen en el problema de la prohibición de la muerte digna en varios estados del país. Por otro lado, fomentar el acceso a la información para las personas que desean conocer sobre el tema y ayudarles a tomar la mejor decisión en cuanto a su muerte.

V. Ponderación de derechos

En este tema podemos encontrar diversos derechos fundamentales involucrados, y es necesario que los pongamos en una balanza, pues no se trata solo de promover el derecho de la persona a decidir sobre su persona, sino además respetar los otros derechos de esta persona.

Al hacer un análisis sobre derechos humanos debemos entender que son algo que le pertenece a cada ser humano, y no depende de otros su existencia, pero sí su respeto (Spaemann, 1988). Es importante dejar en claro que hay un problema en

cuanto a derechos humanos en el tema de la muerte digna, porque intervienen derechos fundamentales del hombre y no le podemos dar menos importancia a uno, es aquí donde hay un problema al ponderar derechos.

Surgen aquí interrogantes acerca de cuáles son los derechos que intervienen en la toma de decisión al aceptar la muerte digna. También cuál de ellos es el que debe prevalecer y ser inviolable en todo momento. Para ello hablaremos un poco más sobre esta ponderación.

Los que podemos poner en ponderación respecto al tema serían el derecho a la vida, el derecho a la salud y el derecho a la dignidad humana.

Primero debemos analizar cada uno de estos derechos por separado para comprender mejor sus principios fundamentales y darle el valor que tiene cada uno en cuanto a la decisión de la persona de una muerte digna.

El derecho a la vida es sin duda uno de los derechos más importantes en general, pues es aquel que tenemos por el simple hecho de existir. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) afirma que toda persona tiene derecho a que su vida sea respetada. Además, señala que es una limitación al actuar de los particulares, para que ninguna persona prive de la vida a otra. Aquí es notoria la última parte en la que nos dice claramente que no podemos privar de la vida a nadie, pero para algunas

personas, no darle los tratamientos necesarios a alguien con una enfermedad terminal, significa violentar su derecho a la vida. Sin embargo, respetar su voluntad de morir dignamente no es violentar su derecho a la vida, pues siempre y cuando esa persona tome una decisión libremente, se le aplicarán los cuidados paliativos para ayudar a atenuar el dolor o los malestares que la enfermedad pueda provocar, y de esta manera lograr que su vida sea lo más placentera posible, hasta el día de su muerte.

Por otro lado, tenemos el derecho a la salud, el cual se refiere a que toda persona si hace uso de los servicios de salud tienen el derecho de obtener prestaciones oportunas, profesionales, idóneas y responsables. El Estado otorgará servicios de salud a través de la federación, estados y municipios de acuerdo con lo establecido en la ley (CNDH). Por un lado, entendemos que todos tenemos derecho a los servicios de salud que otorga el Estado, pero en este punto es importante que dichos servicios puedan ofrecer los cuidados paliativos a las personas que desean una muerte digna. La salud no implica solo prolongar la vida, también hay que atender al bienestar de las personas, y el hecho de que no quieran prolongar su vida, a través de tratamientos o intervenciones médicas, no implica que deseen una mala calidad de vida o que quieran sufrir hasta el día de su muerte. Por eso es indispensable que estas personas reciban aquellos cuidados

que los ayuden tanto en lo médico como en lo psicológico y en lo sentimental, pues también necesitan sentirse apoyadas y apreciadas hasta el último momento.

Para García (2008), la dignidad humana es aquella que el hombre posee al momento que inicia su desarrollo vital, consolidándose al convertirse en persona. Por eso, le es exclusiva a cada persona, pero le corresponde a todo ser humano. Requiere que el hombre actúe según su conciencia y su libre elección. Es claro que cada persona es diferente y todos tendremos un concepto distinto de la realidad; lo que para unos puede ser algo digno para otras personas puede no serlo e incluso ir contra su dignidad. De aquí que cada persona debe tener la libertad de tomar sus propias decisiones y elegir lo que a su parecer pueda ser una muerte digna. No significa que para todas las personas una muerte digna será aquella sin tratamientos ni intervenciones, y por supuesto no implica obligar a cualquier persona enferma a no someterse a estos. Es darles a las personas que deciden no prolongar su vida, la libertad de decidir respecto a su muerte, darle los cuidados necesarios para que el tiempo que le quede sea lo más digno posible.

Habermas (2010) sostiene que la dignidad humana es uno de los derechos más violentados. Entonces se cumple con el derecho de la inviolabilidad a la dignidad por el simple hecho de ser humano. Debe haber especial atención en este tema, de-

bido a que los enfermos terminales son personas dignas, deben tener una libertad de decidir lo que es mejor para ellos.

Teniendo en cuenta los derechos involucrados, podemos observar que no hay derecho más o menos importante al hablar de la muerte digna, si no que debemos llevarlos de la mano para que no se violente ninguno de ellos.

Respecto al tema de la dignidad humana, la Suprema Corte de Justicia de la Nación publicó en febrero de 2019 una tesis, citada textualmente a continuación:

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. ES INADMISIBLE E INAPLICABLE TRATÁNDOSE DEL DELITO DE TORTURA, POR CONSTITUIR UNA VIOLACIÓN DIRECTA DE LA DIGNIDAD HUMANA.

La prohibición de la tortura constituye una norma imperativa e inderogable del derecho internacional público. Uno de los elementos que contribuyó a la consolidación de esta prohibición con el carácter de absoluta, fue el hecho de que la tortura constituye una ofensa directa a la dignidad humana, razón por la que se le considera una de las más graves violaciones de derechos humanos. Esta condición es la que ha llevado a la Primera Sala a sostener que existe una obligación especial de analizar los casos de tortura bajo los estándares nacionales e internacionales. A su vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha

sostenido desde su sentencia en el caso *Barrios Altos vs. Perú*, que, en casos de graves violaciones de derechos humanos, como lo es la tortura, los Estados deben abstenerse de recurrir a figuras como la prescripción, a fin de cumplir con sus obligaciones de investigar y sancionar este tipo de acciones. A la luz de lo anterior y en términos de la jurisprudencia P./J. 21/2014 (10a.), debe concluirse que a pesar de que la prescripción en materia penal es una garantía que debe ser observada para todo imputado de un delito, en aras de no permitir que graves violaciones de derechos humanos gocen de condiciones de impunidad, es inadmisibles e inaplicable respecto de la acción penal por el delito de tortura, con independencia del momento en que se alegue que se haya cometido ese delito.

De lo anterior, podemos notar la importancia de respetar el derecho a la dignidad humana, y si atendemos a los subprincipios de proporcionalidad, como lo sugieren Klatt y Meister (2017), podemos analizar cada uno para asegurarnos de que sea un derecho que debe prevalecer y ponderarse frente a otros.

Respecto a la idoneidad del derecho a la dignidad humana, cumple totalmente con esto, debido a que tiene un fin legítimo, que es la protección a la libertad para decidir de las personas, además es un derecho

adecuado para su realización, sin afectar los derechos de los demás.

En cuanto a la necesidad, es un derecho fundamental estrictamente indispensable para satisfacer las necesidades de aquellos a quienes se les respeta su derecho a tener una dignidad humana, es sumamente necesario para estas personas que se les respete la decisión que toman de prolongar o no su vida.

Por último, en cuanto a la proporcionalidad en sentido estricto, vemos que este derecho es totalmente proporcional, ya que existe una relación de conformidad entre el todo y cada una de las partes relacionadas. Es un derecho que debe ser debidamente aplicado y respetado para todas las personas, y en este caso, para las que deciden prolongar o no su vida, someterse a tratamientos o simplemente recibir cuidados paliativos.

De acuerdo con Quesada (2008), son deberes fundamentales del Estado respetar, proteger, cumplir y realizar los derechos de sus ciudadanos. No se debe menospreciar ni discriminar ningún derecho ante otro, además el Estado debe proporcionar las medidas necesarias para evitar la violación de dichos derechos, ya sea por una persona o por un grupo de personas.

Siempre habrá un debate en cuanto a derechos en temas como el de esta investigación, en cuestión de ética y de derecho, pues podemos creer que conocemos lo que la ley dicta, pero no alcanzamos a com-

prender lo que el paciente merece (Lorda, y otros, 2008). Es importante señalar, que los derechos de un enfermo no se anteponen por el hecho de que decida tener una muerte digna, es decir, no va a dejar de tener su derecho a la salud, a recibir un tratamiento digno o cuidados paliativos.

VI. Legislación sobre voluntad anticipada

Al abordar el tema del derecho a una muerte digna es importante hacerlo desde la perspectiva legal. Es decir, conocer lo que pasa con aquellas personas que rechazan algún tratamiento y se arriesgan a morir, y si las leyes garantizan de verdad la libertad de las personas a decidir sobre su muerte aun y cuando rechazan todo medio para prolongar la vida.

Si nos situamos en el punto de vista legal, no es lo mismo interrumpir la vida privando a la persona en forma abrupta de los tratamientos, o dejar de tratar la enfermedad emergente o secundaria, o incluso aplicar una inyección letal para terminar con su vida, que brindarle la elección de no recibir estos tratamientos que prolongan su vida, pero sí ofrecerle cuidados paliativos que ayuden a disminuir su dolor y sufrimiento, para que pueda tener una muerte digna.

Según el artículo 7º del Código Penal del Distrito Federal, los delitos pueden ser actos de acción o de omisión. Para muchos el no darles tratamiento a las personas es un acto de omisión que debe ser sancionado.

Sin embargo, esta omisión no es penada y tampoco implica responsabilidad penal para ninguna persona, siempre y cuando dicha omisión deriva de una decisión libre, juiciosa y prudente de la persona enferma. Además, no implica no poder ofrecer a estas personas los cuidados paliativos necesarios (Behar, 2007).

Actualmente en la Ciudad de México hay una ley específica de Voluntad Anticipada. Esta ley se adiciona al Código Penal para el Distrito Federal y a la Ley de Salud para el Distrito Federal. En su artículo 1º establece que

...el principal objetivo de esta Ley es establecer normas para regular el otorgamiento de la voluntad de una persona con capacidad de ejercicio, para que exprese su decisión de ser sometida o no a medios, tratamiento o procedimientos médicos que pretendan prolongar su vida cuando se encuentre en etapa terminal, y por razones médicas, sea imposible mantenerla de manera natural, protegiendo en todo momento la dignidad de la persona”.

Además, la persona que desea manifestar su libre petición, consciente, seria, inequívoca y reiterada de ser sometida o no a tratamientos, debe ser una persona con plena capacidad de ejercicio y estar en pleno uso de sus facultades mentales (Ley de

Voluntad Anticipada Para el Distrito Federal, 2008).

Esta ley sirve como recurso para todas aquellas personas que buscan que su voluntad de someterse o no a tratamientos será respetada. Además, esta ley hace hincapié en los cuidados paliativos, el cual lo manifiesta como un derecho de todos los habitantes de la Ciudad de México y de quienes reciben atención médica dentro de ella. El hecho de que se le dé tanta importancia a los cuidados paliativos se debe a que es un derecho indispensable para cualquier persona, desafortunadamente pocas personas lo saben y no exigen su derecho. Estos cuidados paliativos son vitales para proteger el derecho tanto a la vida, a la salud, como a la dignidad humana.

El órgano encargado de velar por el cumplimiento de esta ley es la Coordinación Especializada en Materia de Voluntad Anticipada. En su artículo 30 se mencionan textualmente las obligaciones de esta coordinación, las cuales son las siguientes:

- I. Supervisar que el personal de salud proporcione al otorgante información clara y oportuna, respecto de las condiciones de la enfermedad de que se trate, así como los tratamientos respectivos, a fin de fortalecer la autonomía de la voluntad del paciente y posibilitar que el otorgamiento del Formato o Documento de Voluntad Anticipada sea resultado de un análisis y deliberación

personal previa, sobre la base de dicha información, y

- II. Proporcionar información al personal de salud para que en los casos en que el otorgante del Documento de Voluntad Anticipada exprese en este su decisión de ser sometido a medios, tratamientos o procedimientos médicos que pretenden prolongar su vida, estos no sean contraindicados para la enfermedad de que se trate o vayan en contra de las prácticas médicas o la ética profesional.

El 24 de mayo de 2014 se realizó la 67ª Asamblea Mundial de la Salud en Ginebra, y uno de los puntos tratados fue el fortalecimiento de los cuidados paliativos como parte del tratamiento integral a lo largo de la vida. En dicha asamblea se estableció que los cuidados paliativos constituyen un planteamiento que permite mejorar la calidad de vida de los pacientes, y no solo de estos, sino también de sus allegados, pues le ayuda a afrontar de la mejor manera los problemas inherentes a la enfermedad. También se menciona cómo este tipo de cuidados refuerza la dignidad humana de la persona enferma, pues son servicios centrados específicamente para las personas y atienden sus necesidades, adaptándose a ellos y respetando su voluntad. Por otro lado, reconoce la necesidad de que los servicios de salud cuenten con una financiación y asignación de los

recursos necesarios para poder brindar los cuidados paliativos a cualquier persona que los requiera (OMS, 2014).

Respecto a esto último, la Organización Mundial de la Salud, en el año 2015 publicó una encuesta realizada con el fin de conocer quienes de sus Estados miembros tenían un financiamiento dedicado a los cuidados paliativos. El resultado fue positivo, pues el 64% de los Estados Miembros señaló que el Ministerio de Salud, o el órgano equivalente según el caso de cada Estado, disponía de algún tipo de financiación para los cuidados paliativos. No se dio más detalle respecto a la cantidad o porcentaje de dicha financiación, pero fue notorio que se le da importancia al tema. Sin embargo, la misma OMS reconoce la deficiencia del porcentaje de los Estados que no cuentan con este tipo de financiación e insiste en la necesidad de trabajar en ello (2016).

De lo anterior, podemos notar que a nivel mundial la OMS se preocupa y sigue trabajando para que se formulen, refuercen y apliquen las políticas de cuidados paliativos, así como de la asistencia paliativa, por parte de los sistemas de salud. Además de que los Estados deben buscar el financiamiento para los cuidados paliativos, para que sus prestadores de servicios de salud estén en la posibilidad de aumentar la disponibilidad y accesibilidad de los medicamentos o cuidados necesarios.

VII. Cómo ve la sociedad una muerte digna

Según datos de la Secretaría de Salud (2008), en México son más frecuentes las muertes en adultos mayores, lo cual representa un cambio respecto a lo sucedido en la historia del país. Ahora son más frecuentes las muertes por padecimientos de larga duración y más de la mitad de estas defunciones ocurren en el hogar. Estos cambios han favorecido al pensamiento que tiene la sociedad respecto a la muerte y sus implicaciones.

Si bien la muerte es un hecho universal, ya que todos llegaremos a ese momento en la vida, cada cultura vive este proceso y lo asume de formas muy distintas. Oviedo, Parra y Marquina afirman que la muerte y su proceso no se puede modificar, lo que cambia con el tiempo es las conductas, las actitudes, las creencias y la forma en que la sociedad entiende la muerte (2009).

En tiempos antiguos la sociedad tendía a ver como algo malo y desalmado el hecho de que una persona pidiera que se le ayudara a no prolongar su vida para evitar dolor o sufrimiento (Behar, 2007). Pensábamos que era un acto antiético por parte del doctor o la persona que ayudaba al enfermo. Afortunadamente la sociedad, como todo, ha ido evolucionando y ha cambiado en gran medida su forma de pensar.

En general se considera que las situaciones de urgencia a las que deben enfren-

tarse los médicos que toman decisiones sobre la vida de los pacientes, se basan en la relación que existe entre la gravedad de la situación del paciente y el pronóstico emitido (Elster, 2000). Pero si pensamos en los casos en los que una persona que es diagnosticada con una enfermedad grave y debe atenderse de urgencia, aun en contra de la voluntad de la persona, no estaríamos respetando su derecho a la dignidad humana.

También debemos analizar que, como menciona Vélez (1987), el hecho de que la muerte, aun y cuando es un acto sumamente personal, tiene implicaciones familiares y sociales, y esto puede llegar a transformar el entorno del paciente. Muchas veces la decisión que toma el paciente se ve afectada por la familia o su entorno social, se reprime la voluntad de la persona y se le reprocha que quiera someterse o no a tratamientos para prolongar su vida. Es importante que, si se quiere dar una mejor calidad de vida para para las personas, podamos adaptarnos a los cambios y ver objetivamente las decisiones que las personas enfermas toman. No es malo no querer tomar un tratamiento, como tampoco lo es el querer tomarlo. El problema está en la influencia y la participación que la sociedad quiere tener en una decisión que es sumamente personal.

Otro punto importante que hace que la sociedad vea como algo malo esta toma de decisiones es la notoria falta de informa-

ción. Repudiamos el aceptar una Voluntad Anticipada sobre la muerte porque no sabemos lo que significa.

En el año 2005, como lo menciona Carrillo (2013), fue publicada en Francia la Ley de Voluntad Anticipada, pero a la gente parecía no interesarle. Se realizó un estudio en donde se entrevistó a 186 personas de edad adulta (75 años o más) y todas tenían una condición de salud distinta. Se les cuestiono, entre otras cosas, su opinión acerca de la Ley de Voluntad Anticipada y su postura o pensamiento frente a esta. El 90% de las personas dijo que nunca habían oído hablar de dicha Ley, y que por lo tanto no podían dar una opinión a favor o en contra, pues desconocían totalmente de que se trataba o sus implicaciones. El 83% de las personas dijeron no estar interesados en la Ley, pues para ellos la decisión recaen en los médicos, y son ellos quienes eligen en el momento de la enfermedad. Del total de entrevistados solo el 17% aceptó y se interesó en acogerse a la Ley de Voluntad anticipada, habiendo escuchado antes esta ley y sabiendo lo que implica. Estas personas tenían personalidades y características muy distintas entre sí, pero podemos ver que es muy notorio el hecho de que la falta de información genera desconfianza en la ley y por lo tanto el rechazo por adherirse a ella.

En el caso de la Ciudad de México, hasta el año 2012, según la Coordinación Especializada en Materia de Voluntad An-

tipada (2012), se tenían registrados 887 documentos suscritos ante notario que se relacionaban con la Ley de Voluntad Anticipada. Del total de estos casos, la mayor parte (273 casos) se encontraba dentro de los 61 a los 70 años. La mayoría de los casos (551) eran registros hechos por mujeres y la mayoría de ellas (425) manifestó su voluntad de donar órganos. El número de casos registrados por hombres es menor al de los registrados por mujeres (336). La delegación que en ese entonces había llevado el mayor número de registros de Ley de Voluntad Anticipada era la Miguel Hidalgo. Es curioso que de estos casos la gran mayoría solicitó realizar el trámite ante un notario antes de siquiera tener un diagnóstico que le revelara una enfermedad terminal. El número de personas que solicitaron el documento directamente en instituciones hospitalarias fue realmente muy bajo (62).

Podemos ver que la sociedad mexicana cada vez se informa más sobre las cuestiones de salud y su muerte, se preocupa más por dejar las cosas en orden y, en este caso, expresar su voluntad adhiriéndose a la Ley de Voluntad Anticipada, para que esta sea respetada en todo momento. Aún falta mucho por reforzar en esta materia, pero con la ayuda del Estado se puede llegar a tener una muerte digna para cualquier persona.

VIII. La religión y la psicología en la de-

cisión del enfermo

Dos aspectos muy importantes en la decisión de la persona sobre su muerte son la religión y la psicología. Son temas que, aunque pensamos que pasan a segundo plano, para mucha gente son primordiales, pues basan sus decisiones en estos puntos.

En el plano de la religión, cualquier acto que atente contra la vida de una persona es pecado, si bien la mayoría de las creencias valoran el aliviar los sufrimientos del enfermo, sobre todo en la fase terminal y agónica, incluso por encima de la capacidad para prepararse para la muerte. Sin embargo, no permiten eliminar el dolor y el sufrimiento a costa de la propia vida. Para ellos, por más mínima que sea la posibilidad de aliviarse de un paciente, o incluso si no la hay, es primordial el uso de cualquier recurso que impida que la persona muera, y en el caso de que alguien no sea tratado o intervenido medicamente, se considera como homicidio (Behar, 2007).

Es claro que en todo momento debemos respetar las creencias y la ideología de las personas, pues este también es un derecho fundamental de todo individuo. Pero no debemos negar a las personas su derecho a decidir sobre su propia vida solo por seguir un dogma. Mucha gente siente que al adherirse a la Voluntad Anticipada cometerá un pecado, y por tal motivo se reusa a hacerlo. De aquí, nuevamente la

importancia de informar a la gente sobre lo que es una muerte digna, sobre la Voluntad Anticipada y lo que esta ley es realmente. No se trata de hacer que las personas dejen de un lado su religión, sino de hacerles ver que una muerte digna no es contraponerse a esta, pues la prioridad de cualquier religión debería ser la vida plena de las personas.

En cuanto al aspecto psicológico, como nos menciona la Secretaría de Salud (2008), influyen variados aspectos sobre el tema de la muerte. Desde el hecho de pensar en la muerte, muchas personas se ponen tristes, otras lo ven como un suceso inevitable en la vida del hombre y otras incluso pueden llegar a deprimirse cuando piensan en ello. Por otro lado, las personas con enfermedades terminales enfrentan un proceso más difícil de aceptación, en primer lugar, de su enfermedad; y en segundo, de las consecuencias de dicha enfermedad, como el dolor o los tratamientos a los que deberá someterse, y por último aceptar su propia muerte.

Es evidente que no se le puede preparar a nadie para aceptar la muerte, ni la propia ni la de los individuos que lo rodean. Aunque para algunas personas sea algo muy normal y algo que inevitablemente va a suceder, sin que lo admitas, están pasando por un proceso psicológico de aceptación. Y es precisamente este proceso psicológico el que, entre otros factores que ya mencionamos, puede afectar la libre voluntad y

la decisión de las personas. Es por eso que los servicios que prestan los cuidados paliativos se interesan no solo en un servicio médico para sus pacientes, sino también en ayuda psicológica y acompañamiento para el enfermo, para que este proceso sea más fácil y menos agresivo.

IX. Conclusiones

Hay una gran diferencia entre un hombre que prolonga su vida o su muerte. Si el cuerpo ya no sirve para nada, ¿Por qué no debería liberarse al alma atormentada? Quizá sería mejor hacerlo un poco antes, ya que cuando llegue ese momento es posible que no se pueda actuar.

Séneca

Las conclusiones que derivan de este artículo son muy claras y de gran importancia para el tema. Podemos ver que, aunque se haya estudiado mucho, aún existen aspectos de los cuales podemos seguir abordando y extraer más información.

En cuanto a la ponderación de derechos, concluimos en que, si bien no hay derechos más o menos importantes, en este tema en especial prevalece la relación del derecho a la dignidad humana. La persona debe poder decidir en todo momento sobre su vida y su muerte, cómo quiere que sea esta última, y si esa voluntad debe ser la prioridad a respetar.

Sobre la legislación, actualmente en la Ciudad de México se cuenta con la Ley de Voluntad Anticipada, lo cual es un avance

significativo, pues brinda una mayor certeza a las personas de que su voluntad será respetada. Sin embargo, esta ley debería aplicarse en más estados del país, para que más personas pudieran tomar fácilmente la decisión de adherirse o no a ella. Es evidente la necesidad de crear más políticas nacionales en materia de servicios de cuidados paliativos para los enfermos en etapa terminal y, del mismo modo, buscar un financiamiento adecuado para poder brindar dichos servicios y que estos sean de calidad.

En lo que respecta a la sociedad, debemos comenzar a tratar a los enfermos en fase terminal como personas, y no como cosas. Quizá de esta forma se podría aceptar más fácilmente la decisión de las personas de someterse o no a tratamientos para prolongar su vida. Asimismo, hay una necesidad de informar a la sociedad sobre sus derechos; sobre lo que implica que tomen una decisión respecto a su muerte; darles a conocer que tienen herramientas como la Ley de Voluntad Anticipada, que respaldará y protegerá su decisión, aun en contra de la opinión de otros. Debe demostrársele a la gente que el morir dignamente no significa algo malo, por el contrario, es una decisión que se hace conscientemente y atendiendo a las necesidades de quien la toma.

De los temas más controversiales podemos notar a la religión, y por otra parte a la psicología. Si bien, se deben respetar

las creencias de cualquier persona, también debemos ayudar a que estas personas comprendan que la voluntad de tener una muerte digna no es algo que atente contra su religión. Las religiones son un tema muy subjetivo, pero su principal preocupación debería ser el bien de las personas, que tengan una vida placentera, y si esto implica no prolongar su muerte, que esto sea respetable y en ningún momento sea juzgada su decisión. La psicología también es un tema subjetivo, ya que cada persona ve la muerte de un modo distinto y, por lo tanto, el proceso de aceptar la muerte es algo diferente desde cada individuo. Es importante atender las necesidades psicológicas de las personas que atraviesan un proceso de aceptación de la muerte. De esta manera nos aseguramos de que se cumpla el fin de morir dignamente.

Por último, la postura de la sociedad, del Estado y de las personas como individuos, debería ser a favor de la voluntad de un enfermo de tomar o no tratamientos.

X. Referencias

- Aguirre Bonilla, O. (2013). *Reflexiones jurídicas sobre las realidades y las consecuencias derivadas de la subrogación materna*. (U. P. Facultad de Derecho, Ed.) Obtenido de Letras Jurídicas, n. 16: <http://www.edkpublicaciones.com/up/index.php/indice-2/reflexiones-juridicas-sobre-las-realidades-y-las-consecuen->
- cias-derivadas-de-la-subrogacion-materna
- Álvarez del Río, A. (2005). *Práctiya y ética de la eutanasia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Anticipada, C. E. (29 de marzo de 2012). Ley de Voluntad Anticipada.
- Barajas Languren, E., Torres Santiago, G. J., & Palma Ramírez, P. B. (2015). La reinserción social como fin de la pena privativa de la libertad en México. *Letras Jurídicas*.
- Bashur, A. E. (2008). *Comments: Whose Baby Is It Anyway? The Current and Future Status of Surrogacy Contracts in Maryland*. (U. o. Law, Ed.) Obtenido de University of Baltimore Law Review, v. 38, issue 1: <https://scholarworks.law.ubalt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1843&context=ublr>
- Behar, D. (2007). *Cuando la vida ya no es vida*. México, D.F.: Pax México .
- Behar, D. (2008). *Introducción a la Metodología de la Investigación*. Shalom.
- Burgoa Orihuela, I. (2013). *Las garantías individuales*. México: Porrúa.
- Caminos, P. A. (2014). El principio de proporcionalidad ¿una nueva garantía de los derechos constitucionales? *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gojia"*, 51-74.
- Carrillo Esper, R. (2013). Ley de Voluntad Anticipada. *Rev. Invest. Med. Sur. Mex.*, 154-160.

- Castellano Molera, L. (2008). Donación y trasplante de órganos: aspectos éticos. Córdoba.
- Castilla Juárez, K. (2013). Igualdad ante la ley. En E. Ferrer Mac-Gregor, J. L. Caballero Ochoa, & C. Steiner, *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana* (Vol. I, pág. 421). México: SCJN / UNAM / Konrad Adenauer Stiftung.
- CNDH. (s.f.). *Comisión Nacional de los Derechos Humanos*. Obtenido de http://www.cndh.org.mx/Cuales_son_derechos_humanos
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos. (2015). *Manual para la calificación de hechos violatorios de los derechos humanos*. México: Porrúa.
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos. (28 de Agosto de 2016). *Pronunciamiento sobre antecedentes penales (2016)*. Obtenido de Página Web de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos: http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/informes/especiales/pronunciamiento_20160828.pdf
- Consejo de la Judicatura Federal. (2015 de Febrero de 2015). *Nota Informativa*. Obtenido de Página Web del Consejo de la Judicatura Federal: <https://www.cjf.gob.mx/documentos/notasInformativas/docsNotasInformativas/2015/notaInformativa19.pdf>
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (28 de Marzo de 2019).
- Corte IDH. Caso Flor Freire vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315. (s.f.).
- Código Civil y Comercial de la Nación. (2014). Argentina .
- Código Civil para el Estado de Tabasco, Diario Oficial de la Federación (Ciudad de México, México 05 de julio de 2017).
- Código Familiar de Sinaloa, Diario Oficial de la Federación (Ciudad de México, México 24 de mayo de 2017).
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre . (28 de Marzo de 2019).
- Declaración Universal de Derechos Humanos. (s.f.).
- Díaz de León, M. A. (2004). *Diccionario de Derecho Procesal Penal, Tomo I*. México: Porrúa.
- Díaz García, L. I. (2011). La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 167-206.
- Diez, X. (2016). *Historia de la gestación subrogada*. Obtenido de Cascara Amarga peridismo y diversidad: <http://www.cascaraamarga.es/opinion/68-opinion/13061-historia-de-la-gestacion-subrogada.html>
- Dr. Wendell Swenson, once of clinic, dies. (13 de Junio de 1994). *Post Bulletin*.

- Elster, J. y. (2000). *La ética de las decisiones médicas*. Barcelona: Editorial Gedisa.
- Espinoza Mavila, O., & Martínez Mercado, F. (2007). Políticas de reinserción post penitenciaria. Eliminación de antecedentes penales en Chile. *Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, 117-134.
- Facio, A. (2007). *Los derechos reproductivos son derechos humanos*. (s. e. IIDH, Ed.). Obtenido de Instituto Interamericano de Derechos Humanos: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/24841.pdf>
- Ferrajoli, L. (2019). Igualdad, desarrollo económico y democracia. En L. E. Orozco Torres, C. Gutiérrez Casas, C. Villegas Delgado, & J. L. López Ulloa, *100 Años de Constitución, Estudios Multidisciplinarios* (págs. 31-47). México: Tirant lo Blanch.
- Fiscalía General de la República. (28 de marzo de 2019). *Constancia de datos registrales*. Obtenido de Página Web de la Fiscalía General de la República: <https://www.gob.mx/fgr/acciones-y-programas/constancia-de-datos-registrales>
- García González, A. (2008). La dignidad humana: núcleo duro de los derechos humanos. *Revista Jurídica*.
- Habermas, J. (2010). El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. *Scielo*, 3-25.
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, P. (2014). Definición del alcance de la investigación que se realizará: exploratorio, descriptivo, correlacional o explicativo. En R. Hernández Sampieri, C. Fernández Collado, & P. Baptista Lucio, *Metodología de la Investigación* (págs. 88-101). México: McGraw-Hill.
- Humphry, D. y. (1989). *El derecho a morir*. Barcelona: Tusquets Editores.
- Jacobs, J. B., & Larrauri, E. (2010). ¿Son las sentencias públicas? ¿Son los antecedentes penales privados? Una comparación de la cultura jurídica de los Estados Unidos y España. *InDret Revista para el análisis del derecho*, 36-38.
- Jouve De la Barreda, N. (2017). *Perspectiva biomédica de la maternidad subrogada*. (U. d. Alcalá, Ed.) Obtenido de Cuadernos de Bioética, XXXVIII 2017/2: <http://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/153.pdf>
- Justicia Electoral. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Suplemento 6, Año 2003, páginas 10 y 11. (s.f.).
- Klatt, M., & Meister, M. (2017). *La proporcionalidad como principio constitucional universal*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Larrauri, E., & Jacobs, J. B. (2011). Reinserción laboral y antecedentes penales. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 09:1-09:25.
- Ley de Voluntad Anticipada Para el Distrito Federal. (07 de Enero de 2008). Distrito Federal, México.
- Ley Federal del Trabajo. (28 de Marzo de 2019).
- Ley Federal para Prevenir y Erradicar la Discriminación. (2019 de Marzo de 28).

- Lorda, P., Barrio, I., Alarcos, F., Barbero, J., Couceiro, A., & Robles, P. (2008). Ética y muerte digna: propuesta de consenso sobre un uso correcto de las palabras. *Revista de Calidad Asistencial*, 271-285.
- Martínez Martínez, V. L. (2015). *Maternidad subrogada. Una mirada a su regulación en México*. (U. A. México, Ed.) Obtenido de Revista Diakiaion, vol. 24 no. 2 Chia JuLIO/dic.: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-894
- Martínez Morales, R. I. (2011). *Derecho Administrativo 1er. curso*. México: Oxford.
- Ojeda Velázquez, J. (2012). Reinserción social y función de la pena. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Olavarría, M. E. (2018). *La gestante sustituta en México, Vol. 4, epub 15-ene*. (P. I. El Colegio de México A.C., Ed.) doi:10.24201/eg.v4i0.144.
- OMS, O. M. (2014). *67a. Asamblea Mundial de la Salud*. Ginebra.
- Oviedo, S., Parra, F., & Marquina, M. (2009). La muerte y el duelo. *Enfermería Global*, 1-9.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (28 de Marzo de 2019).
- Pande, A. (2010). *Commercial Surrogacy in India: Manufacturing a Perfect Mother Worker*. Obtenido de The University of Chicago Press Journals: <https://www.journals.uchicago.edu/doi/pdfplus/10.1086/651043>
- Programa de Prevención y Reinserción Social 1995-2000. (s.f.). Obtenido de http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4892994&fecha=19/07/1996
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 23.1, de la Declaración Universal de Derechos Humanos. (28 de Marzo de 2019).
- Quesada Tristán, L. (2008). Derechos humanos y cuidados paliativos. *Revista médica hondureña*, 39-43.
- Reglamento Interior de la Fiscalía General del Estado de Chihuahua. (28 de Marzo de 2019).
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela). (2019 de Marzo de 28).
- Reynoso Dávila, R. (2015). *Penología*. México: Porrúa.
- Rodrigo, A. (2015). *El caso Buzzanca contra Buzzanca*. Obtenido de Babygest revista online de gestación subrogada: <https://www.babygest.es/el-caso-buzzanca-contra-buzzanca/>
- Rozée Gomez, V. &. (2014). *Surrogacy from a reproductive rights perspective: the case of India*. doi:10.3917/autr.070.0185.
- Sánchez Vázquez, R. (2014). Ensayo dogmático sobre el método sistemático jurídico. En R. Sánchez Vázquez, *Metodología de la Ciencia del Derecho* (págs. 197-214). México: Porrúa.

- Salud, E. M. (2016). Cuidados paliativos para pacientes de enfermedades no transmisibles: instantánea sobre la situación mundial en 2015. (OMS, Entrevistador).
- Salud, S. d. (Enero de 2008). *Gobierno de la Ciudad de México*. Obtenido de <https://www.salud.cdmx.gob.mx/>
- Salud, S. d. (2008). *Muerte Digna. Una oportunidad real*. México: Comisión Nacional de Bioética.
- Spaemann, R. (1988). Sobre el concepto de dignidad humana. *Revista Persona y Derecho* .
- Stark, B. (2012). *Transnational Surrogacy and International Human Rights*. Obtenido de ILSA Journal of International & Comparative Law: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2118077##
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (2010). *Introducción a la retórica y la argumentación: elementos de retórica y argumentación para perfeccionar y optimizar el ejercicio de la función jurisdiccional*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación y Oficina en México del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2012). *Compilación de Instrumentos Internacionales sobre Protección de la Persona Aplicables en México, Derecho Internacional del Trabajo* (Vol. VI y VII). México: Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Tena Suck, R., & Ítalo Morales, H. (2013). *Manual de Derecho Laboral*. México: Trillas.
- Tesis: 1a./J. 80/2013 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 1, Diciembre de 2013, Tomo I, Pag. 353. (s.f.).
- Tesis: P./J. 31/2013 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 1, Diciembre de 2013, Tomo I, Pag. 124. (s.f.). (s.f.).
- Tesis: PC.IV.A. J/3 A (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 34, Septiembre de 2016, Tomo III, Pag. 2255. (s.f.).
- Tesis: XXX.3o.3 P (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 60, Noviembre de 2018, Tomo III, Pag. 2196. (s.f.).
- Tosca, E. A. (2016). *La maternidad subrogada y sustituta en el marco jurídico de Tabasco*. (I. d. Jurídicas, Ed.) Obtenido de Hechos y Derechos, Revistas jurídicas UNAM, No. 33 mayo-junio.: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/10480/1264>.
- Vélez Correa, L. A. (1987). *Ética médica. interrogantes acerca de la medicina, la vida y la muerte*. Colombia: Corporación para Investigaciones Biológicas.



INCOMPATIBILIDAD

DEL SISTEMA DE ANTECEDENTES PENALES EN MÉXICO CON LOS DERECHOS HUMANOS

<http://dx.doi.org/10.20983/reij.2020.2.6>

FECHA DE RECEPCIÓN: 28 de marzo 2019

FECHA DE ACEPTACIÓN: 03 de septiembre 2019

SUMARIO: I. Introducción. II. Los antecedentes penales y sus constancias. III. Metodología. IV. El problema V. Los derechos afectados. VI. Ponderación. VII. Conclusión. VIII. Referencias.

Resumen

En el presente artículo se explican algunos de los problemas jurídicos que se presentan como consecuencia del sistema mexicano de registro de antecedentes penales y su constancia escrita. Asimismo, se exponen las manifestaciones más claras de las incompatibilidades existentes entre el orden jurídico y dicho sistema, proponiendo una alternativa que concilie las necesidades que sustentan la existencia del registro y los derechos humanos. Para el estudio de la situación actual, se presentan las formas en que la expedición de la carta de no antecedentes penales contraviene la normativa nacional y los tratados internacionales en materia de derechos humanos de los que México es parte. Se hace una investigación descriptiva, analítica, analógica y comparativa de los hechos y derechos en contraposición. Una vez presentadas las disposiciones jurídicas que deriven de cada supuesto real de afectación de derechos, se hace la ponderación de principios de Robert Alexy para de-

¹ Héctor Alfredo Arce Aragón es estudiante de segundo semestre de la Maestría en Investigación Jurídica de la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez (México). Correo electrónico: harcearagon@gmail.com; ORCID: 0000-0003-1213-8579.

terminar la necesidad, proporcionalidad e idoneidad de la permanencia del sistema o su modificación. Se comparten hallazgos con el pronunciamiento que hace la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) sobre los antecedentes penales. Se establece como conclusión la necesidad de modificar el sistema, de modo que solo se aplique como último recurso en los casos en que sea indispensable para fines de garantizar la seguridad de la ciudadanía y cuando se justifique, objetivamente, en razón de trabajos especiales.

Palabras clave: antecedentes penales, discriminación, derecho al trabajo, constancia de no antecedentes penales, derechos humanos.

Incompatibility of the criminal record system in Mexico with the constitutional and conventional human rights framework

Abstract

This article explains some of the legal problems derived from the Mexican system of criminal records and the issue of its certificates. It dedicates to exhibit the clearest manifestations of the incompatibilities between our legal system and the criminal record, proposing an alternative which conciliates the needs that originated the registry and human rights. To study the current situation, it presents the ways in which the issue of a certificate of inexistent criminal record contravenes

national laws and international human rights treaties ratified by Mexico. It continues with a descriptive, analytic, analogical and comparative research of the facts and rights in conflict. Once the applicable law provisions to the cases and assumptions are presented, Robert Alexy's weight formula for weighing and balancing is applied to determine the necessity, proportionality and suitability of preserving the current system or, as this article proposes, modify it. It shares some findings with the pronouncement made by the National Human Rights Commission about criminal records. It concludes with the need of modify the system so that the issue of criminal record certificates becomes the last option and only in the cases where, previous justification, there is no other way to guarantee population's security and in certain special jobs.

Key words: criminal record, criminal record certificate, discrimination, labor right, human rights.

I. Introducción

El estudio de los alcances jurídicos que tiene la existencia del documento conocido como "carta de no antecedentes penales" implica, en términos generales, un repaso de disposiciones fundamentales en el derecho penal, laboral, civil y constitucional. Afortunadamente, el marco protector más amplio al que pueden acceder las personas que se ven afectadas por esta figu-

ra es el que ofrecen los derechos humanos, mismos que permiten abarcar toda la materialidad jurídica antes descrita e, incluso, ampliar la base argumentativa para su estudio.

En este artículo se expone la incompatibilidad que existe entre el sistema mexicano de registro de antecedentes penales, así como la emisión de los documentos que acreditan su existencia o ausencia, con el marco jurídico constitucional, convencional y legal. Asimismo, se demuestra que no subsisten razones de peso para mantener dicho sistema de registro y expedición y que, por el contrario, las condiciones jurídicas predominantes en el país son propicias para modificarlo y limitar sus perniciosos alcances. Todo lo anterior mediante el análisis de los principales instrumentos jurídicos tanto del orden jurídico interno como el convencional, y tomando los derechos humanos como eje conductor de las diferentes materias y disciplinas del derecho que resulten aplicables. Por último, se realiza un ejercicio de ponderación de principios como argumento definitivo para determinar si es conveniente la permanencia del sistema actual o, como aquí se propone, su modificación.

II. Los antecedentes penales y sus constancias

En los Estados Unidos Mexicanos las entidades federativas (en el ámbito de su competencia penal) llevan su registro de los antecedentes judiciales que, en materia penal, se han dictado mediante sentencias firmes por sus juzgados y tribunales. A diferencia de la federación, que no expide cartas de antecedentes penales (Fiscalía General de la República, 2019), las entidades sí lo hacen a petición de cualquier persona plenamente identificada, misma que recibirá una constancia de existencia o inexistencia (según el caso) respecto de sus propios antecedentes, nunca de terceros. Es precisamente en la

expedición de dicho documento donde encontramos el inicio de toda una serie de situaciones abusivas y violatorias de los derechos humanos de las personas.

Debido a la posibilidad, antes mencionada, que todos tenemos de solicitar la constancia que se expida con relación al registro de antecedentes penales, se ha vuelto una práctica común que los patrones, a la hora de buscar candidatos a contratar en sus centros de trabajo, soliciten este documento como un requisito indispensable para procesar su solicitud. Es el caso que aquellos que cuentan con un antecedente penal, lo cual queda plasmado en la constancia que entregan al potencial patrón o reclutador, no solo exponen una parte de su pasado que puede, y en múltiples ocasiones lo hace, atentar contra su reputación y buen nombre, sino que además sufre directamente una discriminación laboral traducida en su no contratación.

De modo similar actúan las instancias públicas cuando fungen como patrones o, en otros casos, cuando solicitan dicho documento para acreditar la no existencia de antecedentes penales en el caso de particulares que deseen dedicarse, de forma independiente y por su cuenta, a ciertas actividades económicas, productivas o de cualquier índole, pero cuyo funcionamiento y operación tiene un cierto control estatal. El alcance discriminatorio de estas solicitudes no se ve en lo más mínimo reducido en los casos en que la administra-

ción pública solicita dicha información sin intermediación del gobernado, pues los efectos siguen siendo los mismos.

Ahora bien, es pertinente entender qué es un “antecedente penal”. Díaz de León lo define en su *Diccionario de derecho procesal penal* como “datos y notas que constan en el registro oficial de delincuentes [...]” (2004). Si esta definición parece anticuada y extrema en su demarcación discriminatoria, hay que tomar en consideración que en el Reglamento Interior de la Fiscalía General del Estado de Chihuahua (solo por dar un ejemplo) se menciona doce veces “antecedentes penales” (estableciendo competencias y atribuciones sobre su registro y expedición de documentos acreditadores), pero nunca se les define. Este reglamento hace, en su artículo sexto transitorio, una referencia a la Ley Nacional de Ejecución Penal, misma que tampoco define qué son exactamente esos antecedentes penales. Sin embargo, la tesis de jurisprudencia 80/2013 (10a.), aprobada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión de fecha 14 de agosto de 2013 a letra dice: “[l]os antecedentes penales son aquellos registros que efectúa la autoridad administrativa con el propósito de llevar un control de los procesos que se instruyen contra las personas, o bien, de las condenas recaídas a los sentenciados [...]”. Al no especificar qué autoridad administrativa en particular es a la que se refiere la Primera Sala, se entenderá en

los términos en que lo hace Martínez Morales: “toda persona investida de potestad de mando frente a los administrados o internamente dentro de un órgano público” (Derecho Administrativo 1er. curso, 2011).

Ahora, bajo el tenor de la última definición del párrafo que antecede, ¿por qué habría de tener algún tipo de responsabilidad la autoridad estatal que, por la más amplia variedad de razones que pueda aducir, expida un documento a las personas que le soliciten tener por escrito una constancia de la existencia o no de antecedentes penales? Si esta solicitud solo la pueden atender las autoridades legalmente facultadas para ello y los individuos a que directamente se refieren dichos antecedentes, ¿no será más bien que los estados cumplen con un servicio público, dotado del mérito de otorgar certeza jurídica a los gobernados, al expedir dichas constancias? El problema no radica en el registro y la expedición de constancias, sino en la compleja maraña de violaciones a los más fundamentales derechos de todo gobernado por parte de aquellos que, aprovechándose de lo anterior, se valen del contenido de estas constancias (o la carencia del documento) para impedir y negar el acceso a los mismos derechos y oportunidades.

III. Metodología

Para la presente investigación, la metodología (en su enfoque más general) revestirá un alcance descriptivo (Hernández

Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio, 2014), pues se centrará en exponer a detalle la normatividad vigente y aplicable al fenómeno derivado del registro y expedición de constancias de antecedentes penales, describiendo las consecuencias y alcances jurídicos de las disposiciones y criterios en estudio.

De acuerdo con la metodología jurídica, el método sistemático jurídico, en su más amplia interpretación, será el que regirá la ilación de premisas y conclusiones para sustentar la necesidad jurídica que prevalece —y debe atenderse— cuando se contraponen hechos jurídicos (en sentido amplio) que la autoridad respalda en contravención al orden jurídico aplicable al caso y en detrimento de la coherencia y unidad del derecho (Sánchez Vázquez, 2014).

Asimismo, la investigación de las disposiciones se desarrolla en términos analíticos, analógicos y, en menor medida, comparativos; por lo que se entrevé la argumentación *a simili*, sistemática, *sedes materiae*, *a cohaerentia*, equitativo, teleológica, *a fortiori* y apagógico (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010). El método de exposición es coincidente con la argumentación, con excepción de la parte analítica: se expone mediante el método sintético.

Para terminar —y tal como se expuso en las primeras líneas de este apartado introductorio—, el criterio examinador y verificador de las conclusiones que arroje

esta metodología será el sistema de ponderación de principios que, partiendo de los postulados de Robert Alexy, se ha desarrollado en el contexto del derecho constitucional-convencional y encuentra particular importancia de aplicación en el ámbito de los derechos humanos.

IV. El problema

En este artículo no se trata de exponer la necesidad de una eliminación absoluta del sistema de registro de antecedentes penales como tal, sino de modificar su operación y funcionamiento para que no se tergiverse su teleología y pueda cumplir sus fines sin fomentar, en el acto, las violaciones sistemáticas a los derechos humanos de cada individuo que se coloque en las hipótesis que más adelante serán escritas. Por otra parte, la omisión que comete el Estado al no abordar esta situación directamente y hacer efectiva la protección constitucional y convencional de que gozan sus gobernados es, ahora sí de manera directa, la forma en que atropella los derechos humanos y sus garantías.

Otra de las consideraciones que se deben abordar, es el explicar por qué se requiere una transformación de fondo al sistema jurídico que es aplicable al registro de antecedentes penales. Una de las posibles observaciones que pudiera hacer el lector crítico y con formación en derecho, es que el juicio de amparo es un mecanismo efectivo, adecuado y, sobre todo, ya existente

para poder dejar sin efectos las disposiciones y actos relacionados con el referido registro que en efecto violen los derechos humanos. De la misma forma, se podría argumentar que solicitar esta específica protección federal permitirá que el órgano jurisdiccional analice el caso concreto y no se hagan generalizaciones que pudieran afectar otros derechos conflictuados con los del individuo que cuenta con antecedentes penales en su haber.

Para comprender la complejidad del tema y el por qué no ha resultado ser viable (al menos no en todos los casos) la propuesta del párrafo anterior, un precedente importante es el amparo 1158/2013, en donde el Juzgado Segundo de Distrito en Materia Administrativa en el Estado de Nuevo León, con sede en Monterrey, consideró inconstitucional una disposición de la Ley de Transporte para la Movilidad Sustentable en el Estado de Nuevo León, al impedir a una persona ejercer el oficio de taxista por el solo hecho de contar con antecedentes penales. La resolución fue dictada en razón de considerar que dicha ley violenta la libertad de trabajo que consagra el art. 5 constitucional (Consejo de la Judicatura Federal, 2015). Hasta este punto no parece refutarse la postura del amparo como el medio efectivo para alcanzar los fines de esta investigación.

Sin embargo, en contradicción al antesmencionado criterio, la Contradicción de Tesis 7/2015, resuelta por el Pleno en Ma-

teria Administrativa del Cuarto Circuito y que versa sobre esa misma controversia, resolvió que la disposición neoleonesa “[...] no transgrede los derechos a la igualdad y a la no discriminación, así como a la libertad de ocupación o trabajo [...]”, y al hacer su propia ponderación —la cual se desprende tácitamente de su lectura— consideró que no había otro medio más idóneo para dar la tranquilidad a los usuarios de transporte público que el asegurarles que los operadores no cuentan con antecedentes penales; que este era proporcional al no ser excesivo en la restricción de derechos de los choferes con antecedentes penales; y que es necesario para que el estado cumpla su función de “asegurar la paz social”.

Una vez expuestas las contradicciones a que da lugar la facultad discrecional de los órganos jurisdiccionales, específicamente órganos dedicados al control de la constitucionalidad y convencionalidad de leyes y actos de autoridad, en adición a un orden jurídico antinómico e insuficiente, es posible considerar seriamente la modificación del orden normativo y su operación.

V. Los derechos afectados

5.1 Derecho al trabajo

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en su manual para la calificación de hechos violatorios de los derechos humanos, enumera los siguientes instrumentos jurídicos como fundamento del derecho del trabajo: art. 5, párrafo prime-

ro; 25, párrafo primero y 123, párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 6.1, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 6, del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 23.1, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y XIV, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (CNDH, 2015).

De los fundamentos constitucionales antes citados, se rescata del art. 18 la finalidad del sistema penitenciario de respetar el derecho al trabajo y su capacitación, buscando la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurando que no vuelva a delinquir. Se destaca de este artículo no solo su directa referencia al derecho del trabajo y la reinserción, sino también el procurar que el sentenciado no delinca de nuevo, lo cual se vuelve extremadamente difícil si se le niegan las oportunidades laborales necesarias para satisfacer sus más básicas necesidades. Por su parte, el art. 5 constitucional consagra la libertad de profesión, industria o comercio (siempre y cuando sean lícitos y no ataque derechos de terceros), mientras que el art. 25 constitucional hace del trabajo la base para alcanzar la libertad y dignidad de los individuos.

Por su parte, el art. 123 constitucional, base de todo nuestro sistema de derecho

laboral, dice a la letra que “[t]oda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social de trabajo, conforme a la ley”. Pero no solo hace eso, sino que de su apartado “A” deriva la Ley Federal del Trabajo, uno de los instrumentos jurídicos mexicanos que más ha incorporado en su texto el nuevo *corpus* de derechos humanos para integrarlos, de lleno, a las relaciones laborales. No alcanzarían las líneas de este trabajo para exponer todo el articulado que prohíbe expresa e indirectamente las discriminaciones laborales basadas, entre muchos otros factores, por los antecedentes penales de un individuo. Igualmente, es amplio su contenido prescriptivo en cuanto a la necesidad social de promover el empleo y hacerlo accesible para toda la población.

Al respecto, el art. 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, extiende un derecho que va más allá de solo “trabajar”, pues lo traduce en oportunidades de sostenerse mediante el trabajo que sea de su elección o aceptación, y con la obligación de los Estados Partes de tomar las medidas encaminadas a garantizarlo. Asimismo, el art. 6 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reitera lo anterior agregando algunos detalles, de entre los cuales hay que anotar el “pleno empleo” (objetivo

truncado cuando se amplían los criterios para rechazar, injustificadamente, a un candidato).

Ahora bien, en la misma línea de ir acumulando los derechos que, sin repetir lo establecido por los instrumentos ya mencionados con anterioridad, se incorporan a nuestro sistema jurídico por ser del orden convencional vinculante en México, el art. 23.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos menciona que la libertad de trabajo debe darse en “condiciones equitativas”, en clara referencia a las discriminaciones que no vienen sustentadas por razones objetivas al trabajo que se ha desempeñar. Reiterando la prohibición implícita a esas formas de discriminación, el art. XIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre exige que las condiciones de trabajo deben ser dignas, por lo que se colige que no pueden formar parte de las relaciones laborales aquellas circunstancias o exigencias que atenten contra la dignidad del individuo, tal y como lo hace el requerirle que exponga una parte de su vida personal como lo son sus antecedentes penales.

Por último, resulta interesante el texto de la regla 98 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Mandela), el cual estipula que “[...] el trabajo contribuirá, por su naturaleza, a mantener o aumentar la capacidad del recluso para ganarse la vida honradamente tras su puesta en libertad”.

La razón por la que este artículo toma como ejemplo central de violación a los derechos humanos, derivada de la expedición de cartas de no antecedentes penales, la discriminación laboral de que son víctimas aquellas personas que no presentan dicho documento o que, habiéndolo presentado, el mismo no certifica la inexistencia de ellos, es debido a que en el medio laboral veremos con mayor frecuencia y claridad la forma en que se discrimina a las personas que cuentan con antecedentes condenatorios.

Conforme se avanza en el estudio de las violaciones a los derechos humanos relacionadas con el registro y expedición de constancias de antecedentes penales, salen a relucir derechos tales como los de libertad de trabajo y de empresa, directamente vinculados a los derechos sociales y económicos más importantes para los individuos y la sociedad; el respeto a los derechos de igualdad; de dignidad y vida privada; derecho a la reinserción social; así como otros derechos que nacen en el seno del derecho penal y que son incompatibles con los efectos que se le dan a estas constancias.

Si correlacionamos la libertad de trabajo, de profesión, de empresa e industria, entendiéndola como la no limitación de las decisiones individuales para decidir la forma en que uno se ha de ganar la vida, siempre y cuando esta sea lícita y no afecte derechos de terceros, debe confrontarse

directamente con los derechos sociales (de los cuales el derecho del trabajo es uno de esos pilares fundamentales) y los derechos económicos necesarios que cada individuo necesita para realizar sus proyectos de vida. Esto implica no solo la ausencia de limitaciones para que podamos dedicarnos a lo que podamos y queramos, logrando a través de ellos la obtención de los recursos necesarios para poder satisfacer nuestras múltiples necesidades; implica a su vez que el Estado, garantizando la efectiva realización y cumplimiento de este derecho, combata toda acción u omisión que pueda provocar el menoscabo de estos derechos, o que prácticas discriminatorias limiten sin causa justificada, el acceso en igualdad de condiciones a estas oportunidades para todas las personas.

Remitiéndonos a la definición de antecedentes penales que nos daba la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por la cual se entendía a los mismos como registros de procesos que se están siguiendo en contra de una persona o de condenas recaídas en procesos ya concluidos, se puede concluir que si el individuo está en la primera hipótesis —enfrentando un proceso penal— aún no existe sentencia firme por la cual nosotros podamos dar por hecho que esa persona es o no es penalmente responsable de una conducta (sin embargo la presunción de inocencia nos obliga a considerar que no lo es hasta que se demuestre lo contrario).

En la segunda hipótesis tenemos el caso de una persona que ya ha cumplido una pena y que, por lo tanto, ya ha cumplido con la sanción y las medidas que la legislación, así como los órganos jurisdiccionales mexicanos, consideraron necesarios y suficientes para pagar una determinada deuda social. Sin embargo, no existe razón justificada por la cual pueda una persona —externa a estos órganos jurisdiccionales y autoridades administrativas— pedir o exigir dicha información para tomar decisiones que, al ser de derecho social, no pertenecen al ámbito de lo privado sino a la esfera del interés público.

De lo antes expuesto, una primera conclusión que es imprescindible resaltar es que la llamada libertad contractual que tienen los particulares que actúan como patrones (o incluso las autoridades públicas que actúan como patrones al iniciar relaciones de trabajo) no es una libertad contractual civil sino que es de naturaleza laboral y por lo tanto tiene esa referida esencia de derecho social, debiendo acompañarse de un control de orden público (Ferrajoli, 2019). Si ya de por sí los actos discriminatorios son prohibidos y castigados por las leyes penales, así como otras aplicables según el caso concreto, más lo son cuando estas se llevan a cabo dentro del contexto del derecho laboral que, en sus diferentes fuentes formales, ha establecido firmemente y prohibido en toda

su extensión cualquier forma de discriminación no justificada.

Desgraciadamente, un problema innegable son los contextos de desempleo en condiciones en que no hay suficientes vacantes disponibles para toda la población económicamente activa, por lo que es inevitable que se descarte a ciertos candidatos a ocupar un determinado puesto de trabajo sin lograr alcanzar el pleno empleo. Por ello, no es sorprendente que en investigaciones previas sobre este tema, se haya concluido que los intereses de las personas que no cuentan con antecedentes penales en su haber les permiten válidamente discriminar en el proceso de contratación a quien sí los tiene, pues este aspecto se convertiría en solo un elemento más de los muchos a evaluar durante un proceso de reclutamiento y selección de trabajadores (sobre todo si la investigación se realiza en un país con problemas de desempleo de la magnitud de España en la década actual) (Larrauri & Jacobs, 2011).

Por otra parte, todavía más innegable es el hecho de que —por todas las razones antes expuestas— el negar el acceso a un derecho social como lo es el trabajo, basado en consideraciones atinentes al pasado judicial de una persona y distinguiéndolo negativamente, solo por esa característica, es un acto violatorio de los derechos humanos y discriminatorio. Sería excepcional que esa discriminación pudiese sostenerse por razones objetivas

y directamente relacionadas con las actividades en particular que deba desempeñar el trabajador, así como a las circunstancias que lo deban rodear. No hay que confundir: en México tienen superioridad jerárquica las disposiciones en materia de derechos humanos y derecho social cuando se trata del trabajo, no es un sistema en que prevalezcan los derechos contractuales privatistas como en los Estados Unidos de América, donde pudiesen sostenerse más esos argumentos discriminatorios (Jacobs & Larrauri, 2010).

5.2 Derecho a la reinserción social

El Programa de Prevención y Reinserción Social 1995-2000 definía a la reinserción social como “el conjunto de acciones que llevan a cabo los gobiernos federal (sic) y estatales con la colaboración y participación de la sociedad, para reingresar a los liberados y externados de los centros de reclusión y de tratamiento de menores infractores, al núcleo familiar, laboral, educativo y social, en forma productiva y armónica.” Por su parte, Ojeda Velázquez lo simplificaba diciendo que esta es “volver a encausar al hombre delincuente dentro de la sociedad que lo vio cometer un delito” (2012). De ambas definiciones se comprende que la reinserción social implica mucho más que la simple libertad corporal del que ha terminado de compurgar una pena privativa de la libertad.

El verdadero alcance de la reinserción social probablemente lo den las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (Reglas Nelson Mandela), que en su art. 90 a letra dice que:

El deber de la sociedad no termina con la puesta en libertad del recluso. Por consiguiente, se habrá de disponer de los servicios de organismos gubernamentales o privados capaces de prestar al ex recluso una ayuda pospenitenciaria eficaz que contribuya a disminuir los prejuicios contra él y le permita reinsertarse en la sociedad

A su vez, es menester aclarar que la reinserción social y el derecho al trabajo están íntimamente ligados, siendo en ocasiones un derecho el presupuesto del otro. Ya la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto sobre este tema, y es particularmente ilustrativa la Tesis Jurisprudencial 31/2013 (10^a), aprobada el siete de noviembre de 2013, y la cual no solo distingue la simple readaptación de la reinserción (implicando esta última la naturaleza social, no individual, de la delincuencia), sino que aclara que la reinserción no es posible “sin una instrucción previa, creadora o revitalizadora de habilidades y hábitos laborales, así como la atención de la salud, la educación y el deporte”.

Por su parte, la Ley Nacional de Ejecución Penal dispone —paradójica, o incluso antinómicamente— en su art. 4 la prohibición de discriminación contra las personas sujetas a esa norma, entre otras razones por sus “antecedentes penales o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y con el objeto de anular o menoscabar los derechos y las libertades de las personas”. No obstante, el art. 27 pareciera que contradice toda esa protección contra la discriminación cuando, supuestamente, protege la privacidad de la información que obra en los registros de antecedentes penales, pero, a su vez, permite la expedición de constancias y manejo de información que permiten (como sucede comúnmente) el mal manejo de esa información y la violación a la privacidad y dignidad de las personas. Del mismo modo, da criterios ambiguos sobre las excepciones a los principios que garantizan la privacidad de los antecedentes y a los derechos que, supuestamente, se pueden sobreponer a la privacidad de esa información.

Es precisamente la discriminación el punto que conecta el sistema mexicano de registro y expedición de constancias de antecedentes penales con el tema del derecho al trabajo, a la reinserción, y con otra serie de derechos que se ven igualmente afectados. Por lo mismo, y continuando con las referencias a la Ley Nacional de ejecución Penal, es

conveniente leer la Tesis Aislada (constitucional) XXX.3o.3 P (10a), del Tercer Tribunal Colegiado del Trigésimo Circuito, que prevé la posibilidad de que las autoridades penitenciarias cometan actos de discriminación al emitir constancias de antecedentes penales; todo lo anterior dentro del marco del art. 27, fracción V, inciso g), de la Ley Nacional de Ejecución Penal.

5.3 Otros derechos y principios afectados

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) emitió, en el año 2016, un Pronunciamiento Sobre los Antecedentes Penales, mismo que hace el estudio amplio del funcionamiento y operación de estos en México. Entre muchas otras consideraciones, la CNDH expresa en su pronunciamiento que la discriminación derivada de estos registros, atenta contra la prohibición que hace el último párrafo del art. 1 constitucional. Igualmente, que las limitaciones que se imponen a las personas en razón de sus antecedentes penales van en contra del texto de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, misma que solo limita el acceso a derechos y libertades que atenten contra el acceso que pueda gozar la sociedad a esos mismos derechos.

Del mismo modo, encuadra la protección que contra la discriminación hace la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 en

su artículo 7, con el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; disposiciones ambas que no solo prohíben la discriminación, sino que exigen el reconocimiento de la igualdad jurídica de todas las personas.

Igualmente estudia la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación en sus artículos 1, fracción III, que expresamente menciona a los antecedentes penales como uno de los motivos de la discriminación que busca prohibir, siempre y cuando “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”; y el art. 4 que a la letra dice: “[q]ueda prohibida toda práctica discriminatoria que tenga por objeto o efecto impedir o anular el reconocimiento o ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades en términos del artículo 1º constitucional y el artículo 1, párrafo segundo, fracción III de esta ley”.

Ahora bien, en estudio a las violaciones a la vida privada, el pronunciamiento de la CNDH fundamenta este derecho con el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (que limita el acceso por parte de terceros y la intromisión por parte del Estado a la información de una persona que no sea conocida públicamente). Ese fundamento puede reforzarse con la definición que de “datos personales sen-

sibles” hace la Ley Federal de Datos Personales en Posesión de los Particulares, art. 3, mismo que a la letra dice que son:

Aquellos datos personales que afecten a la esfera más íntima de su titular, o cuya utilización indebida pueda dar origen a discriminación o conlleve un riesgo grave para éste. En particular, se consideran sensibles aquellos que puedan revelar aspectos como origen racial o étnico, estado de salud presente y futuro, información genética, creencias religiosas, filosóficas y morales, afiliación sindical, opiniones políticas, preferencia sexual.

Asimismo, la más reciente Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados, en su art. 3 define “datos personales sensibles” como:

Aquellos que se refieran a la esfera más íntima de su titular, o cuya utilización indebida pueda dar origen a discriminación o conlleve un riesgo grave para éste. De manera enunciativa más no limitativa, se consideran sensibles los datos personales que puedan revelar aspectos como origen racial o étnico, estado de salud presente o futuro, información genética, creencias religiosas, filosóficas y morales, opiniones políticas y preferencia sexual.

De esta última definición es particularmente importante que, tras referirse a la utilización que “pueda dar origen a discriminación”, la ley menciona algunos casos “de manera enunciativa más no limitativa”. Esto permite que la interpretación gramatical no se vuelva un obstáculo por el simple hecho de no mencionar, a la letra, los antecedentes penales.

En refuerzo de lo anterior, está la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Flor Freire vs. Ecuador*, el 31 de agosto de 2016, gracias a la cual se puede obtener una perspectiva más amplia de cómo el manejo de la información, cuando atenta contra la honra y la reputación, puede derivar en violaciones a los derechos humanos. Una parte de la sentencia hace referencia al art. 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mismo que consagra el derecho que tiene toda persona al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. En específico, el párrafo 153 de la sentencia menciona que:

La Corte ha señalado que el artículo 11 de la Convención reconoce que toda persona tiene derecho al respeto de su honra, prohíbe todo ataque ilegal contra la honra o reputación e impone a los Estados el deber de brindar la protección de la ley contra tales ataques. En términos generales, este Tribunal ha indicado que el derecho a la honra se relaciona con la

estima y valía propia, mientras que la reputación se refiere a la opinión que otros tienen de una persona.

Por último, quizá una de las observaciones más interesantes que hace el pronunciamiento de la CNDH es el relativo a la trascendencia de penas que deriva de las consecuencias que llega a tener, por ejemplo —al menos en México— en los llamados exámenes de control de confianza aplicados a servidores públicos (sobre todo en el ámbito de la seguridad pública y procuración de justicia), cuando una persona se ve afectada por los antecedentes penales de un familiar. Esta afectación, que puede llevar a la no contratación o despido del sujeto, se presenta en ocasiones por no manifestar los antecedentes penales de un familiar —en ocasiones sin tomar en consideración que por su privacidad el sujeto puede desconocerlos—, o por el simple hecho de que ese familiar tenga los antecedentes (se extiende la presunción discriminatoria hacia el sujeto sometido a examen).

Ignacio Burgoa explicaba que una pena es trascendental “cuando no solo comprende o afecta al autor del hecho delictivo por ella sancionado, sino que su efecto sancionador se extiende a los familiares del delincuente que no participaron en la comisión del delito” (Burgoa Orihuela, 2013). Así, es posible entender el art. 5 de la Convención Americana sobre Derechos

Humanos al prohibir que la pena trascienda del delincuente, y el art. 16.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que hace una especial protección a la familia.

VI. Ponderación

Para realizar el ejercicio de ponderación de principios y derechos en conflicto, y evitando duplicar la extensión de este artículo solo para hacer dicha ponderación en todas sus consideraciones e implicaciones, lo primero será compactar y sintetizar a dos figuras jurídicas en conflicto para ponderar su necesidad, proporcionalidad y su idoneidad.

Por una parte se evaluarán los derechos de seguridad de terceros, concepto que incluye a la ciudadanía en general; a aquellos vinculados con el sujeto que tiene antecedentes penales en una relacional laboral, económica o de cualquier otra índole (por ejemplo educativa o familiar); así como aquellas personas que por alguna razón en particular requieren depositar cierta confianza (particularmente más elevada que la que se tiene con cualquier otra persona en general) en el sujeto que posea estos antecedentes.

Por otra parte se tendrá en consideración los derechos fundamentales del sujeto que cuenta con antecedentes penales y los cuales son —enunciativa pero no limitativamente— los derechos sociales (con particular énfasis en el derecho al trabajo); los

derechos económicos encaminados a alcanzar una vida digna y la realización del proyecto individual de la persona, altamente apegado al derecho al libre desarrollo de la personalidad; derecho a la vida privada e íntima y el derecho a la reinserción social. Si bien es cierto que pareciera que estamos incluyendo muchas figuras jurídicas en este apartado, para los alcances pragmáticos y generales de esta investigación resulta factible y, de hecho, es la forma más didáctica de hacer este ejercicio.

En lo que respecta a la idoneidad, se someterá a prueba la legitimidad y adecuación de las medidas para promover el fin al que aluden. Para la necesidad, se estudiará si la medida es la única idónea para el fin perseguido y si es la que menos afecta los derechos humanos (Díaz García, 2011). Para atender a la proporcionalidad, y aclarando que se trata de proporcionalidad en sentido estricto, se derivará de la idoneidad y necesidad de las medidas en colisión para determinar la aplicación que más proteja los derechos humanos, sin excederse en sus permisividades y restricciones para evitar, con ello, que se afecte o limite el acceso a otros derechos (Caminos, 2014).

En primer lugar, con relación a la idoneidad de reajustar el orden jurídico con el fin de adaptarlo al marco normativo de derechos humanos, es necesario adicionar medidas para que la actividad del Estado —acciones y omisiones— garantice

el acceso efectivo a los derechos humanos y sus garantías. Esto aplica tanto para las personas que se encuentran enfrentando un proceso, y por lo cual se les debe presumir inocentes, como para las que ya han cumplido una pena y por lo tanto merecen ser tratados como iguales y reinser-tados en la sociedad.

La antemencionada idoneidad viene derivada de todo el marco normativo presentado en apartados anteriores de este artículo, en virtud del cual se expone que no es una propuesta o sugerencia al Estado mexicano el hacer realidad lo que ya la norma estipula, así como todo lo ya prescrito por las más altas jerarquías normativas que rigen nuestro país. El orden jurídico ya tiene sobradas bases y fundamentos para considerar legítima la idoneidad de acabar con las prácticas discriminatorias y violatorias (en general) de los derechos humanos, violaciones derivadas del registro de antecedentes penales. Esto implica, también, que el Poder Judicial de la Federación emita nueva jurisprudencia que sea acorde con este orden normativo que debe comenzar a operar.

La idoneidad, ya no en términos jurídicos sino prácticos para ver su adecuación a la realidad, radica en el profundo interés social de garantizar no solamente la erradicación de la pobreza y la mejora de las condiciones de vida de toda la población; también viene dado por la exigencia de seguridad que requiere la población y que

no se va a alcanzar mientras existan personas que tienen limitado su acceso al trabajo y otras libertades económicas por el hecho de contar con antecedentes penales. ¿Cómo se podría garantizar la seguridad pública existiendo personas que necesitan de recursos para sobrevivir, pero a las que se les restringe el acceso al trabajo?

Si pasáramos por este mismo estándar de ponderación la idoneidad de conservar el sistema de registro de antecedentes penales, solo tiene esa legitimación un registro de acceso limitado, con amplias posibilidades legales de solicitar su eliminación sin importar la gravedad de los antecedentes, y cuya conservación observe los posibles intereses del gobernado. Asimismo, que incluya las restricciones jurídicas necesarias para impedir que se haga mal uso de su existencia y documentación, ampliando las facultades investigativas y punitivas de toda autoridad para la eliminación de prácticas que tergiversen los fines de seguridad y certeza que persigue este registro.

En este tenor, solo pasa la prueba de la idoneidad práctica la expedición de la constancia de antecedentes penales para los fines que realmente nazcan del interés del sujeto titular de la información, y que no vengan impuestos por alguien más. Del mismo modo, se deberán considerar cuáles actividades y contextos realmente justifican la necesidad de acreditar la no existencia de ciertos y específicos antece-

dentes penales, todo bajo control de las autoridades competentes según la materia de que se trate.

Para calificar la necesidad de las medidas, puede preguntarse en primer lugar: ¿Es el sistema actual la única medida capaz de garantizar la seguridad de terceros o existe otra alternativa? No basta el estudio de la legitimidad jurídica y adecuación que se hace en el estudio de la idoneidad; es necesario ver si no hay otra que resuelva, en igual o mayor medida, el fin perseguido. Afortunadamente, la seguridad de terceros como fin unitario para todas las personas que se pueden llegar a vincular con el sujeto en estudio (el que tiene antecedentes penales), puede abstraerse de modo tal que se puede afirmar que el derecho a la seguridad, así como las garantías a la misma, viene determinado por circunstancias objetivas, de modo que las amenazas a la misma deben ser acreditadas como tales. Si la presunción de amenaza a la seguridad implica la violación de los derechos humanos de una persona, debe privilegiarse la presunción de inocencia. Asimismo, no debe confundirse el acceso a la información sobre el pasado judicial de una persona, tomándosele como si fuera un acceso a predicciones futuras sobre peligrosidad y riesgo.

Siendo así, las únicas hipótesis en que se mantiene la necesidad de mantener la expedición de constancias de antecedentes penales, será en los casos en que indivi-

duos o grupos demuestren que se encuentran en un estado tal de vulnerabilidad que requieran de todas las garantías posibles, o aproximadas, para que el Estado les proporcione cierto grado de seguridad. Del mismo modo, las autoridades administrativas y judiciales tienen que verificar los casos de controversia en que se dispute si cierta actividad, por casusas propias a la misma y no a las personas involucradas, requieren también de la acreditación de no contar con ciertos y particulares antecedentes penales.

En todas las otras hipótesis expuestas, existe la ventaja argumentativa de que, al determinar la mayor o menor afectación a los derechos humanos, el orden jurídico que se ha venido citando y referenciando en el cuerpo del presente trabajo goza de la vigencia, validez, vinculación y peso dogmático para sustentar que sus disposiciones reflejan la teleología de los derechos humanos. Con esto quedan descartadas las normas y prácticas, tanto privadas como públicas, que operan ante las supuestas lagunas y contradicciones jurídicas violentando derechos humanos impunemente, protegidas por normas deficientes (argumentativamente derogables) y autoridades apáticas.

Por lo anterior, los estándares de idoneidad y necesidad quedan cubiertos a favor de la modificación del sistema. Queda el estudio de la proporcionalidad de las medidas en disputa. Para ello, cabe resaltar

que el estudio de la necesidad ha establecido que los derechos humanos de las personas que cuentan con antecedentes penales, mismos que atienden a la libertad de trabajo, de empresa, a los derechos sociales, derechos económicos, el respeto a los derechos de dignidad, derecho a la vida privada, entre otros, gozan de cierta predominancia por sobre las restricciones y limitaciones que buscan (y solo en contados casos se justifica su observancia) la seguridad pública.

Dicho lo anterior, se manifiestan como sumamente desproporcionadas aquellas acciones y omisiones de las autoridades y particulares que atentan directamente contra todos los derechos que recién enunciamos, en comparación a la medida en que efectivamente logran otorgar y garantizar dicha seguridad. Esto significa que el sistema actual viola de formas muy agresivas los derechos humanos sin realmente brindar la protección que dice ofrecer a terceros.

En cambio, la preservación del sistema de registro de antecedentes penales y expedición de constancias que atienda a los intereses y derechos del titular; a los casos muy particulares de individuos y grupos en especial posición de vulnerabilidad o peligro; a las circunstancias de prestación de servicios laborales o actividades independientes que demuestren, bajo control y calificación de la autoridad, revestir especial necesidad de seguridad; la consi-

deración de los antecedentes penales, en los excepcionales casos en que proceda, de acuerdo al antecedente en particular; son los únicos que resultan proporcionalmente equilibrados en cuanto a la protección de los derechos de seguridad de todas las personas, y los derechos humanos de quienes cuentan con un antecedente penal.

VII. Conclusiones

Reiterando la premisa con la que partió este artículo de investigación, en la cual se expuso el por qué existe una clara y difícilmente refutable incompatibilidad entre el funcionamiento en general del sistema mexicano de registro y expedición de constancias de antecedentes penales (por las razones y argumentos antes expuestos) y el orden jurídico mexicano, queda la necesidad teórica de proponer el esquema simplificado de subsistencia de dicho registro pero, ante todo, erradicando los caracteres que lo vuelven tan vulnerante de los derechos humanos.

Todos aquellos derechos humanos que se vinculaban con la discriminación laboral por antecedentes penales (libertad de trabajo, de empresa, derechos sociales, derechos económicos, el respeto a los derechos de dignidad y a la vida privada) se demostraron violentados por el sistema mexicano de antecedentes judiciales en materia penal. Es por ello que se confrontaron las disposiciones normativas en materia de derechos humanos que tienen fuerza apli-

catoria en México, con aquellas disposiciones o prácticas que son incompatibles con las mismas. Se demostró supremacía jurídica de los derechos humanos en todos los casos expuestos y la necesidad de adaptar el sistema a este orden.

En las líneas que anteceden ha quedado en claro la responsabilidad en que incurren particulares y autoridades al ser parte de estas prácticas. Sin embargo, también se le asigna su cuota de responsabilidad al Poder Judicial de la Federación. Por su parte, también es evidente que los legisladores deben redactar las normas de un modo tal en que, como propone Castilla Juárez: “[justifique] de manera clara en todos casos las distinciones que haga, las cuales solo estarán basadas en causas objetivas y razonables [...]”, y lo resume en la validez constitucional de finalidades objetivas; que las medidas sean razonables, útiles y adecuadas y “ser proporcional al objetivo legítimo que se busca” (Castilla Juárez, 2013).

A pesar de todo lo anterior, no se puede obviar que una de las razones más importantes para abordar esta problemática, y comenzar a trabajar en el tema, es el hecho de que no puede México considerarse un Estado de derecho, protector de los derechos humanos, mientras siga solapando formas de discriminación injustificadas e irracionales en contra de un segmento de la población que, aunque parezca lo contrario, es particularmente vulnerable.

En ninguna definición de antecedentes penales se desprende que estos sean una forma de acreditar el modo que actualmente tiene una persona de vivir, su probidad, honestidad, su peligrosidad o su disposición a cometer una u otra conducta ilícita. Del mismo modo, el que una persona no cuente con antecedentes penales no significa que no haya, en alguna ocasión, cometido alguna conducta antisocial (no judicializada) o que en su defecto vaya a cometerla en algún momento. Tan absurdo como sería el discriminar a una persona por su potencial delictivo, basándose en la consideración de que es un ser humano y son los humanos quienes pueden llegar a delinquir, es el discriminar a alguien atribuyéndole conductas futuras por su pasado. Por el contrario, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (en sesión celebrada el 20 de mayo de 2002) aprobó por unanimidad de seis votos la jurisprudencia cuyo rubro transcribo por ser ampliamente explicativo sobre su contenido: **“Antecedentes penales.** Su existencia no acredita, por sí sola, carencia de probidad y de un modo honesto de vivir”. En el caso de que una persona se nos aproxime para solicitar trabajo, solo nos queda presumir que su única intención es ganarse la vida de un modo honesto.

VIII. Referencias*Libros*

Burgoa Orihuela, I. (2013). *Las garantías individuales*. México: Porrúa.

Castilla Juárez, K. (2013). Igualdad ante la ley. En E. Ferrer Mac-Gregor, J. L. Caballero Ochoa, & C. Steiner, *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana* (Vol. I, pág. 421). México: SCJN / UNAM / Konrad Adenauer Stiftung.

Comisión Nacional de los Derechos Humanos. (2015). *Manual para la calificación de hechos violatorios de los derechos humanos*. México: Porrúa.

Díaz de León, M. A. (2004). *Diccionario de Derecho Procesal Penal, Tomo I*. México: Porrúa.

Ferrajoli, L. (2019). Igualdad, desarrollo económico y democracia. En L. E. Orozco Torres, C. Gutiérrez Casas, C. Villegas Delgado, & J. L. López Ulloa, *100 Años de Constitución, Estudios Multidisciplinarios* (págs. 31-47). México: Tirant lo Blanch.

Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, P. (2014). Definición del alcance de la investigación que se realizará: exploratorio, descriptivo, correlacional o explicativo. En R. Hernández Sampieri, C. Fernández Collado, & P. Baptista Lucio, *Metodología de la Investigación* (págs. 88-101). México: McGraw-Hill.

Martínez Morales, R. I. (2011). *Derecho Administrativo 1er. curso*. México: Oxford.

Reynoso Dávila, R. (2015). *Penología*. México: Porrúa.

Sánchez Vázquez, R. (2014). Ensayo dogmático sobre el método sistemático jurídico. En R. Sánchez Vázquez, *Metodología de la Ciencia del Derecho* (págs. 197-214). México: Porrúa.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2010). *Introducción a la retórica y la argumentación: elementos de retórica y argumentación para perfeccionar y optimizar el ejercicio de la función jurisdiccional*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis.

Suprema Corte de Justicia de la Nación y Oficina en México del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2012). *Compilación de Instrumentos Internacionales sobre Protección de la Persona Aplicables en México, Derecho Internacional del Trabajo* (Vol. VI y VII). México: Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Tena Suck, R., & Ítalo Morales, H. (2013). *Manual de Derecho Laboral*. México: Trillas.

Revistas

Barajas Languren, E., Torres Santiago, G. J., & Palma Ramírez, P. B. (2015). La reinser-

- ción social como fin de la pena privativa de la libertad en México. *Letras Jurídicas*.
- Caminos, P. A. (2014). El principio de proporcionalidad ¿una nueva garantía de los derechos constitucionales? *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gojia”*, 51-74.
- Díaz García, L. I. (2011). La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 167-206.
- Espinoza Mavila, O., & Martínez Mercado, F. (2007). Políticas de reinserción post penitenciaria. Eliminación de antecedentes penales en Chile. *Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, 117-134.
- Jacobs, J. B., & Larrauri, E. (2010). ¿Son las sentencias públicas? ¿Son los antecedentes penales privados? Una comparación de la cultura jurídica de los Estados Unidos y España. *InDret Revista para el análisis del derecho*, 36-38.
- Larrauri, E., & Jacobs, J. B. (2011). Reinserción laboral y antecedentes penales. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 09:1-09:25.
- Ojeda Velázquez, J. (2012). Reinserción social y función de la pena. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Documentos electrónicos
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos. (28 de agosto de 2016). *Pronunciamiento sobre antecedentes penales (2016)*. Obtenido de Página Web de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos: http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/informes/especiales/pronunciamiento_20160828.pdf
- Consejo de la Judicatura Federal. (2015 de febrero de 2015). *Nota Informativa*. Obtenido de Página Web del Consejo de la Judicatura Federal: <https://www.cjf.gob.mx/documentos/notasInformativas/docsNotasInformativas/2015/notaInformativa19.pdf>
- Fiscalía General de la República. (28 de marzo de 2019). *Constancia de datos registrales*. Obtenido de Página Web de la Fiscalía General de la República: <https://www.gob.mx/fgr/acciones-y-programas/constancia-de-datos-registrales>
- Programa de Prevención y Reinserción Social 1995-2000 . (s.f.). Obtenido de la Página Web del Diario Oficial de la Federación: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4892994&fecha=19/07/1996.
- Normatividad nacional e internacional
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (consultada el 28 de marzo de 2019).
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (consultada el 28 de marzo de 2019).
- Declaración Universal de Derechos Humanos (consultada el 28 de marzo de 2019).
- Ley Federal del trabajo (consultada el 28 de marzo de 2019).

- Ley Federal para Prevenir y Erradicar la Discriminación (consultada el 28 de marzo de 2019).
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (consultado el 28 de marzo de 2019).
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (consultado el 28 de marzo de 2019).
- Reglamento Interior de la Fiscalía General del Estado de Chihuahua (consultado el 28 de marzo de 2019).
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela) (consultadas el 28 de marzo de 2019).
- Criterios jurisprudenciales
- Corte IDH. Caso Flor Freire vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315.
- Justicia Electoral. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Suplemento 6, Año 2003, páginas 10 y 11. (s.f.).
- Tesis: 1a./J. 80/2013 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 1, Diciembre de 2013, Tomo I, Pag. 353. (s.f.).
- Tesis: P./J. 31/2013 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 1, Diciembre de 2013, Tomo I, Pag. 124. (s.f.). (s.f.).
- Tesis: PC.IV.A. J/3 A (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 34, Septiembre de 2016, Tomo III, Pag. 2255. (s.f.).
- Tesis: XXX.3o.3 P (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 60, Noviembre de 2018, Tomo III, Pag. 2196. (s.f.).
- Aguirre Bonilla, O. (2013). *Reflexiones jurídicas sobre las realidades y las consecuencias derivadas de la subrogación materna*. (U. P. Facultad de Derecho, Ed.) Obtenido de Letras Jurídicas, n. 16: <http://www.edkpublicaciones.com/up/index.php/indice-2/reflexiones-juridicas-sobre-las-realidades-y-las-consecuencias-derivadas-de-la-subrogacion-materna>
- Alvarez del Río, A. (2005). *Práctica y ética de la eutanasia*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Anticipada, C. E. (29 de Marzo de 2012). Ley de Voluntad Anticipada.
- Barajas Languren, E., Torres Santiago, G. J., & Palma Ramírez, P. B. (2015). La reinserción social como fin de la pena privativa de la libertad en México. *Letras Jurídicas*.
- Bashur, A. E. (2008). *Comments: Whose Baby Is It Anyway? The Current and Future Status of Surrogacy Contracts in Maryland*. (U. o. Law, Ed.) Obtenido de University of Baltimore Law Review, v. 38, issue 1: <https://scholarworks.law.ubalt.edu/cgi/view-content.cgi?article=1843&context=ublr>

- Behar, D. (2007). *Cuando la vida ya no es vida*. México, D.F.: Pax México .
- Behar, D. (2008). *Introducción a la Metodología de la Investigación*. Shalom.
- Burgoa Orihuela, I. (2013). *Las Garantías Individuales*. México: Porrúa.
- Caminos, P. A. (2014). El principio de proporcionalidad ¿una nueva garantía de los derechos constitucionales? *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gojia”*, 51-74.
- Carrillo Esper, R. (2013). Ley de Voluntad Anticipada. *Rev Invest Med Sur Mex*, 154-160.
- Castellano Molera, L. (2008). Donación y trasplante de órganos: aspectos éticos. Córdoba.
- Castilla Juárez, K. (2013). Igualdad ante la ley. En E. Ferrer Mac-Gregor, J. L. Caballero Ochoa, & C. Steiner, *Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana* (Vol. I, pág. 421). México: SCJN / UNAM / Konrad Adenauer Stiftung.
- CNDH. (s.f.). *Comisión Nacional de los Derechos Humanos*. Obtenido de http://www.cndh.org.mx/Cuales_son_derechos_humanos
- Código Civil y Comercial de la Nación. (2014). Argentina .
- Código Civil para el Estado de Tabasco, Diario Oficial de la Federación (Ciudad de México, México 05 de julio de 2017).
- Código Familiar de Sinaloa, Diario Oficial de la Federación (Ciudad de México, México 24 de mayo de 2017).
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos. (2015). *Manual para la calificación de hechos violatorios de los derechos humanos*. México: Porrúa.
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos. (28 de Agosto de 2016). *Pronunciamiento sobre antecedentes penales (2016)*. Obtenido de Página Web de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos: http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/informes/especiales/pronunciamiento_20160828.pdf
- Consejo de la Judicatura Federal. (2015 de Febrero de 2015). *Nota Informativa*. Obtenido de Página Web del Consejo de la Judicatura Federal: <https://www.cjf.gob.mx/documentos/notasInformativas/docsNotasInformativas/2015/notaInformativa19.pdf>
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (28 de Marzo de 2019).
- Corte IDH. Caso Flor Freire vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315. (s.f.).
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre . (28 de Marzo de 2019).
- Declaración Universal de Derechos Humanos. (s.f.).
- Díaz de León, M. A. (2004). *Diccionario de Derecho Procesal Penal, Tomo I*. México: Porrúa.
- Díaz García, L. I. (2011). La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a

- juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 167-206.
- Diez, X. (2016). *Historia de la gestación subrogada*. Obtenido de Cascara Amarga peridismo y diversidad: <http://www.cascaraamarga.es/opinion/68-opinion/13061-historia-de-la-gestacion-subrogada.html>
- Dr. Wendell Swenson, once of clinic, dies. (13 de Junio de 1994). *Post Bulletin*.
- Elster, J. y. (2000). *La ética de las desiciones médicas*. Barcelona : Editorial Gedisa .
- Espinoza Mavila, O., & Martínez Mercado, F. (2007). Políticas de reinserción post penitenciaria. Eliminación de antecedentes penales en Chile. *Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, 117-134.
- Facio, A. (2007). *los derechos reproductivos son derechos humanos*. (s. e. IIDH, Ed.) Obtenido de Instituto Interamericano de Derechos Humanos: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/24841.pdf>
- Ferrajoli, L. (2019). Igualdad, desarrollo económico y democracia. En L. E. Orozco Torres, C. Gutiérrez Casas, C. Villegas Delgado, & J. L. López Ulloa, *100 Años de Constitución, Estudios Multidisciplinarios* (págs. 31-47). México: Tirant lo Blanch.
- Fiscalía General de la República. (28 de Marzo de 2019). *Constancia de datos registrales*. Obtenido de Página Web de la Fiscalía General de la República: <https://www.gob.mx/fgr/acciones-y-programas/constancia-de-datos-registrales>
- García González, A. (2008). La Dignidad Humana: Núcleo Duro de los Derechos Humanos. *Revista Jurídica*.
- Habermas, J. (2010). El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos . *Scielo*, 3-25.
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, P. (2014). Definición del alcance de la investigación que se realizará: exploratorio, descriptivo, correlacional o explicativo. En R. Hernández Sampieri, C. Fernández Collado, & P. Baptista Lucio, *Metodología de la Investigación* (págs. 88-101). México: McGRAW-HILL.
- Humphry, D. y. (1989). *El derecho a morir*. Barcelona: Tusquets Editores.
- Jacobs, J. B., & Larrauri, E. (2010). ¿Son las sentencias públicas? ¿Son los antecedentes penales privados? Una comparación de la cultura jurídica de los Estados Unidos y España. *InDret Revista para el análisis del derecho*, 36-38.
- Jouve De La Barreda, N. (2017). *Perspectivas biomédica de la maternidad subrogada*. (U. d. Alcalá, Ed.) Obtenido de Cuadernos de Bietica, XXXVIII 2017/2: <http://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/153.pdf>
- Justicia Electoral. *Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Suplemento 6, Año 2003, páginas 10 y 11.* (s.f.).

- Klatt, M., & Meister, M. (2017). *La proporcionalidad como principio constitucional universal*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México .
- Larrauri, E., & Jacobs, J. B. (2011). Reinserción laboral y antecedentes penales. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 09:1-09:25.
- Ley de Voluntad Anticipada Para el Distrito Federal . (07 de Enero de 2008). Distrito Federal , México .
- Ley Federal del trabajo. (28 de Marzo de 2019).
- Ley Federal para Prevenir y Erradicar la Discriminación. (2019 de Marzo de 28).
- Lorda, P., Barrio, I., Alarcos, F., Barbero, J., Couceiro, A., & Robles, P. (2008). Ética y muerte digna: propuesta de consenso sobre un uso correcto de las palabras. *Revista de Calidad Asistencial*, 271-285.
- Martínez Martínez, V. L. (2015). *Maternidad subrogada. Una mirada a su regulación en México*. (U. A. MEXICO, Ed.) Obtenido de Revista Diakakon, vol 24 n.2 Chia JuLIO/dic.: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-894
- Martínez Morales, R. I. (2011). *Derecho Administrativo 1er. curso*. México: Oxford.
- Ojeda Velázquez, J. (2012). Reinserción Social y Función de la Pena. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Olavarría, M. E. (2018). *La gestante sustituta en México, Vol. 4, epub 15-ene*. (P. I. El Colegio de México A.C., Ed.) doi:10.24201/eg.v4i0.144
- O.M.S., O. M. (2014). *67a. Asamblea Mundial de la Salud*. Ginebra.
- Oviedo, S., Parra, F., & Marquina, M. (2009). La muerte y el duelo. *Enfermería Global*, 1-9.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (28 de Marzo de 2019).
- Pande, A. (2010). *Commercial Surrogacy in India: Manufacturing a Perfect Mother Worker*. Obtenido de The University of Chicago Press Journals: <https://www.journals.uchicago.edu/doi/pdfplus/10.1086/651043>
- Programa de Prevención y Reinserción Social 1995-2000. (s.f.). Obtenido de http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4892994&fecha=19/07/1996
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 23.1, de la Declaración Universal de Derechos Humanos. (28 de Marzo de 2019).
- Quesada Tristán, L. (2008). Derechos humanos y cuidados paliativos. *Revista médica hondureña*, 39-43.
- Reglamento Interior de la Fiscalía General del Estado de Chihuahua. (28 de Marzo de 2019).
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos (Reglas Nelson Mandela). (2019 de Marzo de 28).
- Reynoso Dávila, R. (2015). *Penología*. México: Porrúa.

- Rodrigo, A. (2015). *El caso Buzzanca contra Buzzanca*. Obtenido de Babygest revista online de gestación subrogada: <https://www.babygest.es/el-caso-buzzanca-contrabuzzanca/>
- Rozée Gomez, V. &. (2014). *Surrogacy from a reproductive rights perspective : the case of India*. doi:10.3917/autr.070.0185.
- Salud, E. M. (2016). Cuidados paliativos para pacientes de enfermedades no transmisibles: instantánea sobre la situación mundial en 2015. (O. M. Salud, Entrevistador)
- Salud, S. d. (Enero de 2008). *Gobierno de la Ciudad de México*. Obtenido de <https://www.salud.cdmx.gob.mx/>
- Salud, S. d. (2008). *Muerte Digna. Una oportunidad real*. México: Comisión Nacional de Bioética.
- Sánchez Vázquez, R. (2014). Ensayo dogmático sobre el método sistemático jurídico. En R. Sánchez Vázquez, *Metodología de la Ciencia del Derecho* (págs. 197-214). México: Porrúa.
- Spaemann, R. (1988). Sobre el concepto de dignidad humana . *Revista Persona y Derecho* .
- Stark, B. (2012). *Transnational Surrogacy and International Human Rights*. Obtenido de ILSA Journal of International & Comparative Law: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2118077##
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2010). *Introducción a la retórica y la argumentación: elementos de retórica y argumentación para perfeccionar y optimizar el ejercicio de la función jurisdiccional*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación y Oficina en México del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2012). *Compilación de Instrumentos Internacionales sobre Protección de la Persona Aplicables en México, Derecho Internacional del Trabajo* (Vol. VI y VII). México: Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Tena Suck, R., & Ítalo Morales, H. (2013). *Manual de Derecho Laboral*. México: Trillas.
- Tesis: 1a./J. 80/2013 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 1, Diciembre de 2013, Tomo I, Pag. 353. (s.f.).
- Tesis: P./J. 31/2013 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 1, Diciembre de 2013, Tomo I, Pag. 124. (s.f.). (s.f.).
- Tesis: PC.IV.A. J/3 A (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 34, Septiembre de 2016, Tomo III, Pag. 2255. (s.f.).
- Tesis: XXX.3o.3 P (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 60, Noviembre de 2018, Tomo III, Pag. 2196. (s.f.).

Tosca, E. A. (2016). *La maternidad subrogada y sustituta en el marco jurídico de Tabasco*. (I. d. Jurídicas, Ed.) Obtenido de Hechos y Derechos, Revistas jurídicas UNAM, Numero 33 mayo-junio,: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/10480/1264>

Vélez Correa, L. A. (1987). *Ética médica. interrogantes acerca de la medicina, la vida y la muerte*. Colombia: Corporación para Investigaciones Biológicas.



LA DESPENALIZACIÓN

DEL ABORTO EN EL MÉXICO ACTUAL: ELEMENTOS PARA UN DEBATE

<http://dx.doi.org/10.20983/reij.2020.2.7>

NOLBERTO TLACAELEL ACOSTA PÉREZ*¹

FECHA DE RECEPCIÓN: 20 de marzo 2019

FECHA DE ACEPTACIÓN: 4 de septiembre 2019

SUMARIO: I. Introducción, II. Antecedentes, III. Visiones y actores a favor de la despenalización del aborto y en contra. IV. Tendencias actuales en México. V. Resultados y discusión. VI. Conclusiones. VII. Referencias.

Resumen

En el presente estudio se busca argumentar jurídicamente sobre la despenalización del aborto en los albores del siglo XXI. Realizando especial énfasis en el fenómeno aterrizado al caso mexicano, se contrastan las visiones en contra y a favor, los actores que influyen en cada una de las posiciones, una comparación de la situación jurídica en los países americanos, el estatuto jurídico actual en México, y finalmente, la ponderación entre los derechos humanos relativos al caso concreto en esta problemática. El abordaje se realiza utilizando un método comparativo y la investigación atiende a la descripción. Se advierten dos posiciones antagónicas: la defensa del derecho de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo con base en la razón jurídica del derecho internacional público de los derechos humanos, y por el otro lado, la concepción de la defensa de la vida fundamentada en los preceptos morales y religiosos de la fe católica.

¹ *Nolberto Tlacael el Acosta Pérez es egresado de la Licenciatura en Ciencia Política de la Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Iztapalapa. Actualmente cursa la Maestría en Investigación Jurídica en la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez. México, Chihuahua, Ciudad Juárez; al182846@alumnos.uacj.mx. ORCID: 000-0003-2846-7107.

Palabras clave: despenalización, aborto, México, derechos humanos.

Abortion decriminalization in Mexico: elements for a debate

Abstract

The aim of the present article is to argue juridically about abortion decriminalization in the XXI century. Making special emphasis in the phenomenon focused in the Mexican case, visions in favor and against abortion, players that influence any of the positions, a comparison of the juridical status of the different American countries, current juridical status in Mexico, and finally, weighing between human rights present in the problematic, are explained. The approach is made from a comparative focus and research itself attends description. Two opposing positions are being shown: women's right to choose over her own body sustained by legal reason of public international law of human rights perspective and on the other side, the conception of life's defense grounded in moral and religious catholic faith.

Key words: decriminalization, abortion, Mexico, human rights.

I. Introducción

La interrupción legal del embarazo o despenalización del aborto no solo es un tema actualmente en boga, sino parte fundamental de la nueva agenda internacional de la lucha por los derechos humanos. Por lo mismo, es polémico; mientras para algunos es un problema de salud pública, para otros representa una problemática de índole moral y religiosa, de ahí que el fenómeno ha sido tildado como una “guerra de absolutos” (Lawrence, 2012). Como consecuencia de las propias valoraciones contrapuestas, el diálogo y el debate público entre ambas partes se torna con frecuencia difícil al situarse en planos diametralmente opuestos. Si para los primeros la despenalización del aborto representaría una conquista de las mujeres para decidir sobre su propio cuerpo sin la interferencia de un tercero (libertad de elección), para los segundos el aborto es un asesinato (violación al derecho a la vida) que debe ser sancionado de acuerdo con lo establecido en el Código Penal. Lo cierto es que el aborto puede ser visto como 1) un problema de salud pública, 2) un problema político, 3) un problema moral, 4) un asunto jurídico, 5) uno de los derechos humanos de las mujeres y 5) como parte de la experiencia colectiva de las mujeres (Castañeda, 2003). El objetivo de la presente investigación busca describir las diversas interpretaciones del fenómeno y mostrar

que a partir de ellas se configuran dos posiciones antagónicas que se matizan en grupos de presión.

El *aborto*, según la terminología médica mínima, se comprende como la pérdida del producto de la concepción antes de alcanzar la viabilidad extrauterina (Clínica Universidad de Navarra, 2019). Adicionalmente, se precisa que existen diferentes tipos de aborto, como el *aborto complicado*, *aborto completo*, *aborto incompleto*, *aborto diferido*, *aborto incipiente*, *aborto retenido*, *aborto tardío*, *aborto tubárico*, *aborto inducido*, *aborto provocado*, entre otros más. Estos dos últimos cobran relevancia, pues el aborto inducido es visto como un aborto criminal,² es decir, ilegal, y el segundo posee algunas variantes que pueden ser legales o no. *Aborto provocado* es aquel que consiste en una intervención, generalmente realizada por medios médicos, encaminada a la eliminación del feto, sea por destrucción y posterior expulsión, sea por expulsión prematura con muerte posterior (Clínica Universidad de Navarra, 2019).

Asimismo, el *aborto provocado ético* es el que se realiza en un embarazo debido a la violación de la madre; por *aborto provocado eugenésico* se entiende el que se realiza cuando hay sospecha o certeza de que el feto sufre una enfermedad seria; *aborto provocado legal* es el que se realiza dentro de las condiciones previstas por las leyes para no cometer delitos; es el *aborto provocado libre* la figura legal del aborto por la cual su realización no es delictiva, en cualquier circunstancia, siempre que se realice a petición de la madre; y finalmente, *aborto provocado por*

2 El concepto de aborto inducido es utilizado frecuentemente como sinónimo de “aborto incompleto”, y también se usa análogamente al concepto de “interrupción voluntaria del embarazo”, aunque desde la perspectiva de la ilegalidad-clandestinidad. Esta práctica se efectúa en hospitales donde se recurre a técnicas quirúrgicas inadecuadas, como el legrado uterino instrumental y esquemas de tratamiento médico ineficaces, a pesar de las recomendaciones internacionales y de los lineamientos nacionales (World Health Organization, 2012).

peligro para la salud de la madre es el que se realiza para evitar que el embarazo perjudique la salud de la madre, en caso de que agrave una enfermedad previa o provoque la aparición de alguna.

Se realizan estas aclaraciones conceptuales para advertir que el aborto posee diferentes dimensiones, muchas de las cuales están tipificadas en los distintos códigos penales de las entidades federativas, aunque en el debate público se use la expresión “aborto criminal” por quienes están en contra de la despenalización, y por quienes apoyan su legalización como “aborto provocado legal”.

A continuación se expondrá el panorama general sobre el fenómeno de la legalización del aborto, sus antecedentes en materia de derechos humanos, las instituciones, organizaciones, agrupaciones, organismos internacionales que intervienen directamente en el proceso, la bipolaridad entre actores a favor y en contra, las tendencias más actuales a nivel internacional en específico en el continente americano, la situación jurídica actual en México y las principales fuentes normativas, la ponderación entre derechos humanos aplicada al caso, y finalmente, la propia posición del autor respecto al tema.

II. Antecedentes

Aunque la despenalización del aborto parece ser una demanda relativamente nueva, la evidencia en México demuestra que

incluso antes de la legalización del derecho al voto de la mujer (1953), ya existían expresiones sociales organizadas que pugaban por dotar a la mujer el derecho a decidir sobre su propio cuerpo. El primer hallazgo del que se tiene registro es la presentación del documento “El aborto por causas sociales y económicas” en 1936 por parte de un grupo de feministas marxistas lideradas por la doctora Ofelia Domínguez Navarro. Dicha propuesta, presentada ante el Frente Socialista de Abogados en la Ciudad de México, *propone, a partir de un análisis sociológico y jurídico, que se derogue la legislación que penaliza la práctica del aborto* (capítulo VI del Título Decimonoveno del Código Penal del D.F.). Por supuesto que la propuesta ni siquiera fue considerada y no fue de ella más que un texto dejado para el análisis social. Sin embargo, décadas después, iniciados los años setenta, la movilización nacional en favor de este derecho comienza a tomar notoriedad, al suscitarse eventos como el inicio de la primera jornada para que las mujeres pudieran acudir a cualquier institución pública de salud a realizarse un aborto seguro exigiendo información y recomendación de métodos anticonceptivos a toda la población femenina, la primera marcha fúnebre en memoria de todas las muertas por abortos clandestinos, el reconocimiento del 10 de mayo como el día de la maternidad libre y voluntaria, y la declaración del 28 de mayo como Día

Mundial contra la Mortalidad Materna (Lamas, 2009).

Es en la década de los noventa cuando el cúmulo de estas experiencias en favor del aborto comienza a discutirse en los cenáculos de los congresos de las entidades federativas, y también, cuando las primeras victorias se materializan. Por ejemplo, Chiapas se adelanta a los demás estados de la república, al aprobarse en el congreso local modificaciones al código penal del estado, para despenalizar el aborto solo por “razones de planificación familiar, de común acuerdo con la pareja” o en el caso de decisión de madres solteras, “siempre que tales decisiones se tomen en los primeros 90 días de gestación” (*Proceso*, 1990). No obstante, a la brevedad sería suspendida debido a la presión ejercida por la Iglesia Católica, Partido Acción Nacional y otras organizaciones “provida”.

El hito ocurrió en el 2007, cuando se logró la despenalización del aborto en la Ciudad de México: con el voto de una amplia mayoría el 24 de abril, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal (ALDF) despenalizó el aborto a petición de la mujer, dentro de las primeras 12 semanas de gestación. (Gire, 2008: 7). Diversas disposiciones de la Ley de Salud y el Código Penal del Distrito Federal serían modificadas para dar inicio a la interrupción voluntaria del embarazo bajo condiciones como las siguientes: 1. Cuando el embarazo es producto de una violación; 2. Cuando hay peligro de muer-

te para la madre; 3. Inseminación artificial no deseada; 4. Grave daño de la salud de la mujer; y 5. A libre petición de la mujer antes de las 12 semanas de gestación.

Desde entonces, la Ciudad de México es la única entidad federativa en todo el país donde el aborto se puede realizar bajo cualquiera de las cinco causales previamente expuestas. En los demás estados la interrupción legal del embarazo no se puede hacer por la causal número cinco, y dependiendo de los códigos penales estatales, el aborto por las causales uno a cuatro varía.

III. Visiones y actores a favor de la despenalización del aborto y en contra

3.1 A favor de la despenalización

Entre los actores que participan activamente por legalizar la interrupción del embarazo encontramos partidos políticos, organizaciones de la sociedad civil, colectivos feministas y organismos internacionales. Los partidos políticos nacionales que impulsan la agenda en favor de la despenalización del aborto son el Partido de la Revolución Democrática (PRD) (*El Informador*, 2019), Movimiento Ciudadano (MC) (Domínguez, 2019) y parcialmente, Movimiento Regeneración Nacional (Morena), y Partido del Trabajo (PT) (Arellano, 2019). Entre el conglomerado de organizaciones de la sociedad civil —como colectivos— se pueden mencionar Rosas Rojas, Pan y Rosas México, Casa Gaviota AC, aun-

que recientemente, se ha dado una agrupación del conjunto de estas organizaciones en torno al movimiento internacional *Marea Verde* (Mariel Ochoa, 2018). Entre los organismos internacionales más prominentes que apoyan la interrupción legal del embarazo está a la Organización de las Naciones Unidas (ONU) (CELS, 2018).

Para los actores mencionados, la despenalización del aborto constituye un derecho fundamental para la mujer incluso equiparable al derecho al voto, alcanzado en distintos momentos del siglo XX dependiendo del país. Además de ser en sí un problema de salud pública, que va inmerso a nivel global dentro de la agenda para la disminución de la tasa de mortalidad materna, como lo señala la Organización Mundial de la Salud (OMS) en su *Agenda de Salud Sostenible para las Américas 2018-2030* (Organización Mundial de la Salud, 2017), la despenalización del aborto implicaría un empoderamiento social de la mujer, que acercaría al género femenino a la equidad anhelada. Con respecto a ello, en el 2007 se sentó precedente al declararse que el aborto no podía calificarse como homicidio culposo si no se comprobaba que el producto había tenido vida extrauterina, es decir, que haya nacido vivo:

[...] Ahora bien, para tener por acreditado el homicidio culposo tratándose de la muerte del producto de la concepción durante el trabajo de parto, es necesari-

rio que el órgano técnico de acusación acredite que tuvo vida extrauterina, toda vez que esta figura jurídica supone la existencia previa de un ser nacido vivo, circunstancia que puede acreditarse mediante prueba histórica y directa, por ejemplo, por medio de testigos que afirmen haber visto al niño moverse por sí mismo después de salir del claustro materno, o escuchado sus vagidos; o con la pericial respectiva, en la que, por los métodos correspondientes, se justifique que el infante tuvo vida fuera del útero. En esa tesitura, si de las constancias de autos se advierte que el producto de la concepción estaba muerto al ser expulsado parcialmente, y no existe prueba científica que demuestre lo contrario, se entenderá que el deceso ocurrió intrauterinamente y, por tanto, se actualiza el delito de aborto culposo previsto en el artículo 329, en relación con el 60, ambos del Código Penal Federal y no el diverso de homicidio (Segundo Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito, 2007).

3.2 *En contra de la despenalización*

La oposición al derecho a la elección de la mujer la constituyen también un número amplísimo de instituciones y organizaciones que, aunque evidentemente asumen posiciones abiertamente conservadoras —religiosas y morales—, argumentan desde un plano jurídico que cuando se permite la interrupción del embarazo an-

tes de las doce semanas se discrimina al embrión de manera injusta y se violan sus derechos (Ortiz, 2009: 70).

Defensores de esta posición son los partidos políticos como Partido Acción Nacional (PAN) (Andres, 2018) y el Partido Revolucionario Institucional (PRI) (Espinoza, 2015). Ello puede comprobarse con la postura fijada por los distintos grupos parlamentarios tanto de los congresos locales como del Congreso Federal, así como de los gobiernos estatales y municipales presididos por alguno de estos partidos. Adicionalmente, otra institución de gran peso cultural para el mexicano que aboga directamente por la defensa de la vida humana desde el momento de su concepción y hasta su muerte natural (Jaqueline, 2019) es la Iglesia Católica. Esta posición, sin embargo, no es privativa de la Iglesia Católica mexicana, ni tampoco del guadalupanismo nacional, sino un conjunto de creencias sociales (morales y religiosas) que son aceptadas dogmáticamente por grupos sociales que se adhieren a la fe católica. El argumento parte de la premisa de que el aborto es una perversión de la verdadera y única función del sexo: la reproducción. La relación sexual solo se considera moral si se practica con fines de procreación dentro del matrimonio. El aborto es un pecado porque transgrede ese propósito, al margen de la suerte corrida por el embrión o el feto (Faundes y Barzelatto, 2011: 125).

No obstante, en cuanto a la muerte del producto en su etapa fetal existe jurisprudencia que ha emitido en México la Suprema Corte de Justicia de la Nación desde los años noventa; realiza diferenciaciones entre lo que sería un homicidio y un *feticidio*:

Por propia definición y sin acudir a la analogía o mayoría de razón, no puede tenerse por cometido el delito de homicidio si el producto de la preñez nace muerto; en efecto, no es lógico que se prive de la vida a quien no la tuvo; las periciales serán las que determinen el hecho, por lo que no obsta la opinión, aun pericial, de que si por actos culposos o dolosos se hubiera podido concluir que el referido producto debió haber nacido vivo (Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, 1992).

La Unión Nacional de Padres de Familia (UNPF), Confederación Nacional de Escuelas Particulares (CNEP), Mexicanos Primero, entre otras organizaciones de la sociedad civil, replican a la Iglesia Católica en su posición anteriormente descrita.

IV. Tendencias actuales en América

4.1 América del Norte y América Central

Para evaluar los avances y retrocesos en la materia, se debe de observar forzosamente hacia las otras naciones americanas con el objetivo de determinar si la tradición jurídica, u algún otro criterio juris-

Figura 1. Despenalización del aborto en Norteamérica y Centroamérica (Benavides, 2018).

prudencial, sociopolítico o moral, ha sido vital para favorecer el cambio constitucional. De esta manera, se presenta a continuación un mapeo panorámico (figuras 1 y 2) donde se indica en qué países pertenecientes a América del Norte y América Central el aborto está *prohibido con excepciones* (color amarillo), *legalizado* (color verde), *totalmente prohibido* (color rojo), y *solo legalizado en la Ciudad de México* (color azul) (Benavides, 2018). Asimismo, se plasma una serie de tablas con señalamientos específicos en los países que está legalizado el aborto y en los que está prohibido, de acuerdo con las figuras mencionadas.

Como se puede observar de forma gráfica, mientras en América del Norte la

situación en favor del aborto legal es esencialmente favorable —la práctica se encuentra despenalizada en todo Estados Unidos y las provincias de Canadá—, en América Central es todo lo contrario salvo el caso de Puerto Rico y Cuba. En la mayoría de las naciones centroamericanas el aborto es una práctica aún tipificada como delito a excepción de cuando la vida de la madre corre peligro. En México también es muy particular el fenómeno, pues como ya se indicó con anterioridad, solo en la capital del país está despenalizada esta práctica. Aquí se expresa con mayor detalle el caso por país:

Tabla 1.- Situación legal por país en América del Norte y América Central.

Canadá: se realiza a petición de la mujer, sin límite en relación con las semanas de gestación del feto. Es legal desde el año de 1988 (aborto despenalizado).
Estados Unidos de Norteamérica: el aborto es legal en todos los estados desde la sentencia de la Suprema Corte en el caso Roe contra Wade, el 22 de enero de 1973. En 2016, la Corte volvió a ratificar el derecho al aborto ante un intento de imponer restricciones en Texas (aborto despenalizado).
Cuba: la legislación rige desde el año de 1965 y establece que después de la semana 10, solo está permitido en caso de riesgo de vida para la madre (aborto despenalizado).
Puerto Rico: en el país rige la legislación estadounidense sobre el tema basada en el fallo Roe contra Wade del Tribunal Supremo. Por eso la disposición legal de carácter local que establecía que la práctica solo estaba permitida cuando estaba en riesgo la vida de la madre, se interpreta usualmente en sentido amplio. Se considera que si el embarazo vulnera la salud mental y emocional de la madre, a pedido de ella misma, está permitido (aborto despenalizado).
Bahamas: solo puede realizarse el aborto en caso de que corra riesgo la vida de la madre (prohibido con excepciones).
Jamaica: se permiten los abortos en caso de riesgo de vida para la madre (prohibido con excepciones).
República Dominicana: el riesgo de vida para la madre es la única causal de la práctica del aborto. (prohibido con excepciones).
Trinidad y Tobago: solo está permitido el aborto en los casos en los que corre el riesgo la vida de la madre (prohibido con excepciones).
Guatemala: solo se permite realizar el aborto cuando está en riesgo la vida de la madre (prohibido con excepciones).
Costa Rica: el Estado solo reconoce el derecho a la práctica en los casos en los que corre riesgo la vida de la madre. La ONU elevó un pedido en el año 2016 para que se habiliten los casos en los que el embarazo fue producto de una violación (prohibido con excepciones).
Belice: está permitido abortar en caso de que esté en peligro la vida de la madre o el feto sufra malformaciones que pongan en riesgo su vida (prohibido con excepciones).
Panamá: la legislación vigente prohíbe el aborto salvo en los casos en los que corra riesgo la vida de la madre o cuando el embarazo es producto de una violación (prohibido con excepciones).
Haití: se trata de un país donde el aborto está criminalizado, en cualquier caso (totalmente penalizado).
El Salvador: es uno de los siete países de la región en los que el aborto está totalmente prohibido, de acuerdo con el Código Penal vigente desde el año 1998. Recientemente un grupo de parlamentarios presentó una propuesta para aumentar las penas hasta los 50 años de prisión para las mujeres que aborten. Sin embargo, la presidente del Congreso, Lorena Peña, presentó un proyecto para despenalizar la práctica en casos de violaciones, riesgo de vida de la madre y malformación del feto (totalmente penalizado).
Honduras: el aborto está penado por ley en todas las circunstancias desde que en 1997 fue derogada una serie de artículos que lo habilitaban por razones terapéuticas, eugenésicas y jurídicas (totalmente penalizado).
Nicaragua: la legislación del país centroamericano mantiene el aborto prohibido en todos los casos desde que en el año 2007 su Asamblea Nacional votó eliminar las excepciones en los casos en los que corre riesgo la vida de la madre. Las penas alcanzan hasta los ocho años de prisión (totalmente penalizado).
México: la Asamblea General del Distrito Federal legalizó la práctica en el año 2007 a petición de la mujer, mientras que en el resto de los estados del país las legislaciones se han mantenido iguales o se han endurecido (solo despenalizado en la Ciudad de México).

Nota: Situación legal del aborto en Norteamérica y Centroamérica (Elaboración propia).

4.2 América del Sur

En el cono sur la situación en torno a la despenalización del aborto no es mejor que en el contexto centroamericano, aunque tampoco llega al extremo de la prohibición total —bajo cualquier causa— de la práctica referida. Como se podrá observar en la siguiente figura y

Figura 2. Despenalización del aborto en América del Sur (Benavides, 2018).



en las tablas 2 y 3, casi todas las naciones latinoamericanas del mapa se caracterizan por prohibir el aborto, salvo en caso de malformación genética del feto, violación de la madre o riesgo de muerte de la madre. Solo en las dos Guyanas, francesa y holandesa, como en Uruguay, el aborto se encuentra despenalizado.

Tabla 2.- Situación legal por país en América del Sur

Guyana: en el año de 1995, la ex colonia británica adoptó una ley que habilitaba la práctica, sin tener que dar ningún tipo de argumento o explicación. Sin embargo, distintas organizaciones denuncian que, incluso con la legislación vigente, es muy complicado para las mujeres acceder a la práctica en hospitales públicos (aborto despenalizado).
Guyana Francesa: en la colonia francesa rige actualmente la ley del país europeo, que contempla el permiso para abortar hasta la semana 12 de gestación del feto (aborto despenalizado).
Uruguay: la práctica se realiza de forma gratuita, pero para acceder es necesario cumplir con una serie de pasos que incluye la entrevista con un tribunal médico y cinco días de “reflexión”. El aborto se practica a través de las pastillas de Misoprostol, no mediante una intervención médica (aborto despenalizado).
Colombia: en el año 2006 la Corte Constitucional colombiana avaló la interrupción del embarazo en caso de violaciones, cuando la salud de la madre corre peligro o cuando el feto sufre alguna malformación. Antes de eso, la práctica estaba prohibida por completo (prohibido con excepciones).
Venezuela: solo está contemplado en los casos en los que corre riesgo la vida de la madre. En 2014, las Naciones Unidas elevaron un pedido a Venezuela para que contemple ampliar las excepciones a la prohibición, con el objetivo de reducir la que es una de las tasas más altas de embarazo adolescente y de mortalidad materna (prohibido con excepciones).
Surinam: el único caso en el que está permitida la práctica es en aquel en el que hay que proteger la vida de la madre (prohibido con excepciones).
Ecuador: desde el año 2014 Ecuador incorporó al Código Penal la posibilidad de practicar un aborto en casos de violaciones, pero solo cuando la mujer padece alguna discapacidad mental y en casos de riesgo de vida para la madre (prohibido con excepciones).
Perú: la legislación peruana solo permite el aborto en casos en los que está en riesgo la vida de la madre, es decir, en casos de aborto terapéutico. Recientemente se presentó un proyecto de ley para incluir entre las excepciones los casos de violaciones (prohibido con excepciones).
Brasil: el riesgo para la vida de madre y los embarazos producto de violaciones son atenuantes de acuerdo con la legislación vigente, y existe a su vez un fallo de la Corte que contempla la práctica en caso de que el feto padezca microcefalia. A principios de 2016, en el marco del brote de Zika, el país atravesó un duro debate sobre el tema, aunque finalmente no se llevó adelante ninguna modificación (prohibido con excepciones).
Bolivia: el Código Penal contempla la práctica en los casos en los que corra riesgo la vida de la madre o el embarazo haya sido consecuencia de una violación (prohibido con excepciones).
Paraguay: solo en los casos de riesgos graves para la vida de la madre se habilita la práctica. Además, en el país existe un alto índice de embarazo adolescente: unas 600 mil niñas y jóvenes de menos de 16 años se convierten en madres cada año en Paraguay y 3 o 4 niñas, niños y adolescentes son sometidos a abusos sexuales por día (prohibido con excepciones).
Chile: después de 28 años en los que el aborto estuvo prohibido en todos los casos gracias a un decreto de Augusto Pinochet, en agosto de 2017 fue aprobada la despenalización en tres causales, lo que equiparó al país con la mayoría de las legislaciones vigentes en la región. Las tres causales son cuando hay peligro de vida para la madre, cuando el feto es inviable y cuando el embarazo fue producto de una violación (prohibido con excepciones).
Argentina: el aborto está prohibido, aunque el artículo 86 del Código Penal lo permite en tres casos: riesgo de vida para la madre, malformación del feto y cuando el embarazo es producto de una violación. Actualmente el Congreso debate la legalización, lo que podría inaugurar una nueva era en América Latina (prohibido con excepciones).

Nota: Situación legal del aborto en América del Sur (elaboración propia).

Puede verse que la mayoría de los países de la región posee un sistema de despenalización por causales, generalmente tres, reconocidas en los códigos penales: cuando el embarazo es producto de una violación, cuando la continuación del embarazo pone en riesgo la vida de la madre y cuando el feto no tiene posibilidades de sobrevivir. Si bien han existido avances en las últimas décadas, la prohibición con excepciones sigue predominando en la región; la interrupción voluntaria del embarazo aún es una agenda pendiente en la mayoría de las naciones latinoamericanas. La comparación entre lo que se estipula en el derecho positivo penal de cada nación americana indica en qué países existen avances y retrocesos en relación con sus iguales.

V. Resultados y discusión

5.1 Estatus jurídico actual y ley de ponderación de los Derechos Humanos

Como ya se ha hecho mención de ello, la interrupción voluntaria del embarazo en México se encuentra prohibida en todos los estados, salvo en la Ciudad de México. Así por mencionar algunos en donde se encuentra prohibido, tenemos que en el título decimonoveno “delitos contra la vida y la integridad corporal”, capítulo VI, del Código Penal Federal, se especifica lo siguiente:

Artículo 329.- Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento de la preñez.

Artículo 330.- Al que hiciere abortar a una mujer, se le aplicarán de uno a tres años de prisión, sea cual fuere el medio que empleare, siempre que lo haga con consentimiento de ella. Cuando falte el consentimiento, la prisión será de tres a seis años y si mediare violencia física o moral se impondrán al delincuente de seis a ocho años de prisión.

Artículo 331.- Si el aborto lo causare un médico, cirujano, comadrón o partera, además de las sanciones que le correspondan conforme al anterior artículo, se le suspenderá de dos a cinco años en el ejercicio de su profesión.

Artículo 332.- Se impondrán de seis meses a un año de prisión, a la madre que voluntariamente procure su aborto o consienta en que otro la haga abortar, si concurren estas tres circunstancias:

- I.- Que no tenga mala fama;
- II.- Que haya logrado ocultar su embarazo, y
- III.- Que éste sea fruto de una unión ilegítima.

Faltando alguna de las circunstancias mencionadas, se le aplicarán de uno a cinco años de prisión.

Artículo 333.- No es punible el aborto causado sólo por imprudencia de la mujer embarazada, o cuando el embarazo sea resultado de una violación.

Artículo 334.- No se aplicará sanción: cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada o el producto corran peligro de muerte, a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuera posible y no sea peligrosa la demora. (Codigo Penal Federal , 2018).

A imitación de este código, los distintos códigos penales de cada una de las 32 entidades replican el contenido. Por ejemplo, en el Código Penal del estado de Chihuahua, en el libro segundo, título primero “delitos contra la vida y la integridad corporal”, capítulo V “aborto” a letra dice:

Artículo 143.

Aborto es la muerte del producto de la concepción en cualquier momento del embarazo.

A quien hiciere abortar a una mujer, se le impondrá de seis meses a tres años de prisión, sea cual fuere el medio que empleare, siempre que lo haga con consentimiento de ella.

Cuando falte el consentimiento, la prisión será de tres a seis años. Si mediare violencia física o moral se impondrá de seis a ocho años de prisión.

Artículo 144.

Si el aborto lo causare un médico cirujano, comadrona o partero, enfermero o practicante, además de las sanciones que le correspondan conforme al artículo

anterior, se le suspenderá por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta en el ejercicio de su profesión u oficio.

Artículo 145.

Se impondrá de seis meses a tres años de prisión a la mujer que voluntariamente practique su aborto o consienta en que otro la haga abortar. En este caso, el delito de aborto sólo se sancionará cuando se haya consumado.

Artículo 146.

Se consideran como excluyentes de responsabilidad penal en el delito de aborto:

I. Cuando el embarazo sea resultado de una violación, siempre que se practique dentro de los primeros noventa días de gestación o de una inseminación artificial a que se refiere el artículo 148 de este Código;

II. Cuando de no provocarse el aborto, la mujer embarazada corra peligro de afectación grave a su salud a juicio del médico que la asista, oyendo éste el dictamen de otro médico, siempre que esto fuere posible y no sea peligrosa la demora;

III. Que sea resultado de una conducta imprudencial de la mujer embarazada. (Codigo Penal del Estado de Chihuahua, 2018).

Otras declaraciones importantes que surten efecto en el plano internacional, relacionadas con el fenómeno de la interrupción legal del embarazo, encontramos la *Declaración sobre la eliminación de*

la violencia contra la mujer (1993), adoptada por la Asamblea General de la ONU. En dicha Declaración hay inmersos algunos principios y derechos como los siguientes:

Artículo 3

La mujer tiene derecho, en condiciones de igualdad, al goce y la protección de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural, civil y de cualquier otra índole. Entre estos derechos figuran:

- El derecho a la vida;
- El derecho a la igualdad;
- El derecho a la libertad y la seguridad de la persona;
- El derecho a igual protección ante la ley;
- El derecho a verse libre de todas las formas de discriminación;
- El derecho al mayor grado de salud física y mental que se pueda alcanzar;
- El derecho a condiciones de trabajo justas y favorables;
- El derecho a no ser sometida a tortura, ni otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Artículo 4

Los Estados deben condenar la violencia contra la mujer y no invocar ninguna costumbre, tradición o consideración religiosa para eludir su obligación de procurar eliminarla. Los Estados deben aplicar por todos los medios apropiados y sin demora una política encaminada a

eliminar la violencia contra la mujer [...] (Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, 1993).

Como se observa, se reconoce claramente el derecho de la mujer a la libertad (donde tiene cabida la libertad de elegir, así como de conciencia), y el derecho a no ser sometida a penas crueles, como lo son las estipuladas en los códigos penales —nacional y estatal— por haber decidido practicar un aborto. También, como se observa en el artículo 4, del citado instrumento, *los Estados deben condenar la violencia contra la mujer y no invocar ninguna costumbre, tradición o consideración religiosa para eludir su obligación de procurar eliminarla*, lo cual llama la atención sobre la injerencia de la Iglesia y la razón religiosa en el debate público sobre temas de aborto.

5.2 *La ley de la ponderación*

Al ver en concreto qué normas y principios jurídicos son los óptimos para promover una defensa real del derecho de la mujer a decidir sobre su propio cuerpo, pero también en cualquier otro escenario en el que existan contradicciones entre principios y normas sobre una situación jurídica en particular, se deben tener en cuenta los siguientes subprincipios:

1. Idoneidad: toda intervención en los derechos fundamentales debe ser idónea

- para contribuir a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo.
2. Necesidad: toda intervención en los derechos fundamentales debe realizarse con la medida más favorable para el derecho intervenido de entre todas las medidas que revistan la misma idoneidad para alcanzar su objetivo.
 3. Proporcionalidad en sentido estricto: la importancia del objetivo que persigue la intervención en el derecho fundamental debe estar en una relación adecuada con el significado del dere-

cho intervenido. En otras palabras, las ventajas que se obtengan mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ello implica para su titular y para la sociedad en general (Ponderación entre derechos fundamentales, SCJN, 5-6).

Para ponderar sobre qué derechos son los más idóneos, necesarios y proporcionales en cuanto a la despenalización del aborto en México, se propone la siguiente tabla:

Tabla 3.- Derechos ponderados a favor y en contra de la despenalización del aborto.

A favor de la despenalización	En contra de la despenalización
<p>Derecho a la vida El aborto voluntario antes de la semana número doce de la gestación no es ningún asesinato, pues es hasta después de este periodo cuando comienza a formarse el sistema nervioso del feto, y además este no cuenta con una corteza cerebral aún; no es un ser humano todavía (Smok, Roa, Prieto, Rojas, 2018).</p>	<p>Derecho a la vida El producto desde la fecundación del óvulo por el espermatozoide se convierte en una persona independiente —de la madre—, con derechos humanos propios. El aborto es un asesinato de otro ser, y por ende, una violación al derecho a la vida.</p>
<p>Los marcos normativos más importantes que regulan <i>el derecho a la vida</i> con sus respectivos artículos son los siguientes:</p>	
<p>Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), artículo 3. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917), artículo 14.</p>	
<p>Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión Las mujeres tienen derecho a manifestar tanto individualmente como en lo colectivo, su desaprobación a la penalización del aborto, y también pueden realizar acciones para cambiar la situación jurídica.</p>	<p>Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión Según la religión católica, predominante en México, el aborto es un pecado grave contra la vida humana. Cualquier mujer que cometa un aborto está asesinando a su propio hijo o hija.</p>
<p>Los subsecuentes son los documentos más relevantes que regulan <i>la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión</i>:</p>	
<p>Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), artículo 18. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917), artículo 6.</p>	
<p>Derecho a la libre elección o decisión La libertad de decisión de una mujer respecto si quiere o no realizarse un aborto voluntario, es parte de sus derechos sexuales y reproductivos.</p>	<p>Derecho a la libre elección o decisión La mujer no tiene derecho a efectuar una interrupción voluntaria del embarazo porque estaría decidiendo sobre el cuerpo de otra persona.</p>
<p>Son en los siguientes marcos normativos con sus respectivas disposiciones donde se encuentra lo más notorio respecto al <i>Derecho a la libre elección o decisión</i>:</p>	
<p>Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917), artículo 4. Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (1994), párrafo 7.3.</p>	

Fuente: elaboración propia.

Aunque cada derecho es interpretado de manera distinta —y hasta antitética— por cada una de las partes, realizando un juicio de ponderación llegamos a la siguiente conclusión:

Si bien el *derecho a la vida* es el primer derecho subjetivo que se reconoce a los individuos de un Estado, *cronológicamente es anterior a cualquier otro derecho*, la vida misma sin un efectivo derecho a la *libre decisión* adolece de significado. Si la *libertad de pensamiento, de conciencia, y de religión* socavan directa o indirectamente el derecho a la *libre decisión*, el Estado de intervenir en favor de este último bajo el principio de proporcionalidad para la libre decisión de la mujer. Es decir, el derecho a la vida y el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia, y de religión preceden al derecho de la libre decisión, no son ni idóneos, ni necesarios, ni proporcionales frente al último. Los dos primeros deben de servir como base para el ejercicio del tercero, no como limitante. El Estado mexicano además de ver velar por la completa separación entre Iglesia-Estado, debe secularizar el debate público, es decir, promover y defender la razón jurídica sobre los juicios morales-religiosos; debe acatar las disposiciones suscritas en las convenciones y tratados internacionales de los que forma parte, como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, donde se propone en su artículo segundo, inciso g), *derogar todas*

las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer (Organización de las Naciones Unidas, 1979). Afortunadamente, existen precedentes producto de acciones de inconstitucionalidad promovidos por diputados, como es el caso del interpuesto en el 2002 en la Asamblea Legislativa del Distrito Federal:

Del análisis de lo previsto en el citado numeral, se desprende que en su fracción III se contempla una disposición que no guarda relación con el principio de certeza jurídica en materia penal, consistente en la prohibición de imponer por simple analogía, y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata, toda vez que lo único que determina es que, cuando se reúnan los requisitos ahí especificados, no se impondrá la pena señalada en las disposiciones relacionadas con el delito de aborto, por lo que es claro que no transgrede dicho principio (Aborto. El artículo 334, fracción III, del Código Penal para el Distrito Federal, no autoriza la imposición de una pena por analogía o mayoría de razón, 2002).

El derecho a la libre decisión de la mujer en cuanto a lo que atañe a su propio cuerpo, posee mayor preferencia circunstancial (es idóneo, proporcional y necesario) frente a los otros derechos, los cuales

se encuentran impregnados de juicios de valor y máximas teológicas que discriminan abiertamente a la mujer y limitan su gradual empoderamiento en el contexto actual.

VI. Conclusiones

La despenalización del aborto es una tendencia mundial que avanza rápidamente a la par del creciente empoderamiento del movimiento feminista por la equidad de género. Esta batalla que se está dando en los terrenos jurídico, político, económico, social y cultural, ha generado por lo mismo férreas oposiciones y críticas. Como se observó a lo largo de la investigación, la mayoría de estas posiciones en contra provienen de sectores sociales conservadores ligados al clero, y también en algunos casos, a grupos políticos que inciden directamente en el ejercicio del poder (político, económico y financiero).

Es correcta la apreciación de que durante los años noventa se produjo una ofensiva conservadora y fundamentalista sobre la autonomía y el derecho a la autodeterminación de las mujeres que trajo consigo el crecimiento de las violaciones de los derechos reproductivos de las mujeres (Faria, 2004). Ante la razón religiosa no queda más alternativa que unir esfuerzos para agilizar el proceso de legalización de la interrupción voluntaria del embarazo. Los derechos nunca se han negociado, sino que se ha luchado constantemente

por conseguirlos; de esta manera los esfuerzos encaminados en incorporar y hacer valer los derechos reproductivos de la mujer a los derechos fundamentales de toda persona se deben de multiplicar. En México están dadas las condiciones para promover en el Congreso de la Unión y los congresos de los estados la derogación en el Código Penal Federal y estatal las disposiciones punitivas y discriminatorias contra la mujer. Ante todo, mientras esto sucede, se deben interponer recursos de amparo y controversias constitucionales fundadas en el derecho internacional de los derechos humanos para garantizar íntegramente que quien decida abortar no sea condenada por el Estado.

VII. Referencias

Libros

- H. Tribe, L. (2012). *El aborto: guerra de absolutos*, México, Fondo de Cultura Económica, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 603 pp.
- Castañeda Salgado, M. P. (coord.) (2003). *Interrupción voluntaria del embarazo. Reflexiones teóricas, filosóficas y políticas*, México, Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, UNAM, Plaza y Valdés, 258 pp.
- Faria, N. (2004). *Derechos reproductivos en el contexto de la globalización*, en García Adela, (ed.) *Género y Ciudadanía*, Barcelona, Icaria editorial, 103 pp.

Faundes, A. y Barzelatto, J. (2011). *El drama del aborto. En busca de un consenso*, Buenos Aires, Paidós, 272 pp.

Ortiz Millán, G. (2009). *La moralidad del aborto*, México, Siglo XXI editores, 129 pp.

Marcos normativos, tratados y convenciones
Código Penal Federal, (2018), http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/9_051118.pdf

Código Penal del Estado de Chihuahua, (2018), <http://www.congresochoihuahua2.gob.mx/biblioteca/codigos/archivosCodigos/64.pdf>

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, (2019), http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_260319.pdf

Declaración Universal de los Derechos Humanos, (2015), http://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, (1981), http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/100039.pdf

Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, (1994), https://www.unfpa.org/sites/default/files/event-pdf/icpd_spa_2.pdf

Agenda de Salud Sostenible para las Américas 2018-2030. Un llamado a la acción para la salud y bienestar de la región, (2017), <http://iris.paho.org/xmlui/bitstream/>

[handle/123456789/49169/CSP296-spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://iris.paho.org/xmlui/bitstream/handle/123456789/49169/CSP296-spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y).

Jurisprudencia

1. Época: Octava Época, Registro: 219540, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo IX, Abril de 1992, Materia(s): Penal, Tesis: Aislada (penal), Página: 398.

2. Época: Novena Época, Registro: 187887, Instancia: Pleno, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XV, Febrero de 2002, Materia(s): Constitucional, Penal, Tesis: P. VIII/2002, Página: 415.

3. Época: Novena Época, Registro: 173636, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXV, Enero de 2007, Materia(s): Penal, Tesis: XX.2o.60 P, Página: 2179.

Documentos electrónicos

Cano, Gabriela, (s/a), “Una perspectiva del aborto en los años treinta: la propuesta marxista”, Memoria, p. 371-381, http://www.debatefeminista.cieg.unam.mx/wpcontent/uploads/2016/03/articulos/002_32.pdf

Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Ponderación entre derechos fundamentales”, 15 pp. <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/transparencia/docu->

mentos/becarios/195carmen-vergara-lopez.pdf

Smok, Gabriela; Roa, Ignacio; Prieto, Ruth; Rojas, Mariana. “Transitando de Embrión a Feto: La metamorfosis de los Cordados”, *Int. J. Morphol.*, 36(2): 709-715, 2018.

Sitios Web

Infobae

Proceso

Informador.mx

Horacero

El Heraldo de Tabasco

Milenio

El Sol de México

SDP noticias

20 minutos

La izquierda diario

Regeneración

Diccionarios

Diccionario Médico, Clínica Universidad de Navarra, <https://www.cun.es/diccionario-medico>.



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons
Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional.
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

DERECHOS FUNDAMENTALES

Y SUBROGACIÓN MATERNA EN MÉXICO: LA REGULACIÓN EN TABASCO,
SINALOA Y CIUDAD DE MÉXICO

<http://dx.doi.org/10.20983/reij.2020.2.8>

AMEYALLI GONZÁLEZ PARADA¹

FECHA DE RECEPCIÓN: 28 de marzo 2019

FECHA DE ACEPTACIÓN: 04 de septiembre 2019

SUMARIO: I. Introducción. II. Metodología. III. Conceptos generales. IV. Contexto histórico. V. Maternidad subrogada en México. VI. Resultados y discusión. VII. Conclusiones. VIII. Referencias.

Resumen

En esta investigación se tiene el objetivo de analizar la regulación de la maternidad subrogada en la legislación mexicana, y para ello se revisarán el Código Civil de Tabasco, el Código de Sinaloa y la Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal. Como parte del análisis se tomarán en cuenta las consecuencias de las lagunas que presenta cada legislación, poniendo un énfasis especial en cómo cada una garantiza la protección de los derechos humanos de las partes involucradas en la subrogación, para lo cual se incluirá una breve revisión de precedentes judiciales de otros países más avanzados en la materia. Para finalizar, se concluirá con una ponderación entre los derechos que entran en juego como lo son los derechos reproductivos de los padres comitentes, el derecho a una identidad del menor y los derechos reproductivos de las mujeres referentes a la madre subrogada, con la intención de identificar a cuál de las partes las legislaciones mexicanas deben brindar una mayor protección legal.

¹ Ameyalli González Parada; Universidad Autónoma de Ciudad Juárez; México; al183063@alumnos.uacj.mx. ORCID: 000-0002-5015-3516.

Palabras clave: subrogación materna en México, contrato de subrogación, derechos fundamentales, derechos reproductivos.

Fundamental rights and maternal surrogation in Mexico: the regulation in Tabasco, Sinaloa and Mexico City

Abstract

This research analyzes the regulatory norms of surrogacy in Mexico, for this purpose, an examination of the Civil Code of Tabasco, the Familiar Code of Sinaloa and the initiative of the law project of surrogacy for the Distrito Federal will be made. Part of this analysis it will be take in consideration the consequences and risks that the legal loopholes of each legislation have, making an emphasis on how the law guarantees the respect of the human rights to each of the parts who take part in the surrogacy process, with this purpose, the research will include a brief revision of some of the most emblematic judicial precedents from countries more advanced in the surrogacy. This research will conclude with a ponderation exercise between the reproductive rights of the intended parents, the right of a legal identity of the minor product of the surrogacy and the reproductive rights of the women concerning the surrogate mother, all this to identify to whom the Mexican laws must give an especial legal protection.

Key words: surrogacy in Mexico, surrogacy contract, fundamental rights, reproductive rights.

I. Introducción

La subrogación materna sigue siendo una técnica de reproducción asistida bastante polémica y al mismo tiempo popular a nivel mundial. A través de internet gran cantidad de agencias ofrecen este servicio en Estados Unidos, Europa y Asia. El alquiler de un vientre femenino con motivos reproductivos supone una oportunidad para las parejas con problemas de infertilidad para poder tener hijos genéticamente emparentados a ellos sin la necesidad de pasar por costosos procedimientos de fertilización que pudieran no dar resultado. La subrogación puede parecer una práctica sencilla, pero que genera diversos problemas legales bastante difíciles de abordar en un solo artículo, pues son múltiples los conflictos que se suscitan en torno a esta materia. Por este motivo, este artículo se concentrará en hacer una revisión de las legislaciones y proyectos de ley en México que reconozcan la subrogación materna; de la misma manera, se abordará el tema de la colisión de derechos fundamentales que se suscita entre las partes involucradas, tales como los derechos de paternidad de los padres comitentes, los derechos de maternidad de la madre, y los derechos del menor objeto del contrato.

II. Metodología

Para la elaboración de este trabajo se utilizó primeramente una metodología con alcance descriptivo (Hernández, Fernández, & Baptista, 2014), debido a que se expondrán legislaciones vigentes como lo son el Código Civil de Tabasco, el Código Familiar de Sinaloa y el Proyecto de Iniciativa de Ley de Subrogación materna para el Distrito Federal, así como precedentes jurídicos nacionales e internacionales aplicables la materia en cuestión con el fin de describir con precisión el fenómeno estudiado.

Por otra parte, el método analítico ayudará a dividir los elementos integrantes del fenómeno (Fernández, 2011) con el fin de identificar los derechos fundamentales involucrados y el efecto que cada uno de ellos tiene en relación con el problema.

Del mismo modo, la investigación se desarrolla en términos analógicos a partir de una comparación normativa de cada uno de los instrumentos jurídicos anteriormente mencionados, ejercicio necesario para identificar la importancia de una regulación más estricta en materia de la subrogación materna como un medio de protección a los derechos fundamentales de las personas y que nos permitirá la ponderación a partir de la técnica desarrollada por Robert Alexy, la cual ayudará a sustentar las conclusiones de la presente investigación.

III. Conceptos generales

Por maternidad subrogada entendemos un acto voluntario nacido como consecuencia de la posibilidad de la práctica de inseminación artificial o una fecundación *in vitro* y se caracteriza por el empleo del vientre de una mujer ajena al de la que lo desea. Este acto puede darse debido a que la pareja que lo solicita sufra de infertilidad, alguna anomalía producida por una enfermedad o

factor genético que les impida procrear o de una enfermedad grave que desaconseje el embarazo, así como tratándose de parejas homosexuales o personas solteras que deseen ser padres (Martínez, 2015).

En esta práctica se involucran los padres comitentes, que son aquellas parejas con problemas de infertilidad, que contratan la gestación y después adoptarán al niño a cambio de una remuneración económica para la madre subrogada, y que pueden incluir otros modelos de familia como la homoparental (Jouve De La Barreda, 2017). A su vez, se le llama gestante por sustitución o madre subrogada a la mujer que por razones altruistas o económicas ofrece su capacidad genésica (Olavarría, 2018).

Desde una perspectiva legal, dependiendo de la aportación del material genético, podemos dividir a la subrogación materna en *subrogación total o plena*, cuando la gestante por sustitución aporta sus propios óvulos; *subrogación parcial o gestacional*, si los gametos de la madre se implantan directamente a la gestante por sustitución por medio de una fertilización in vitro, siendo el esperma aportado por el padre comitente o un donante.

De acuerdo con su fin, podemos encontrarnos con la *subrogación altruista*, si la madre subrogada acepta llevar el procedimiento gratuitamente, ya sea por altruismo o por compartir lazos familiares o de amistad con los padres comitentes o con la *subrogación onerosa*, en caso de que los pa-

dres comitentes den una retribución económica a la madre subrogada a cambio de llevar el proceso del embarazo y entregar el producto de la concepción al nacer.

Esta práctica implica, como todo acto jurídico de compra-venta y alquiler, un contrato de subrogación en el que la gestante por sustitución acuerda quedar embarazada mediante un procedimiento de inseminación artificial, para luego de que nazca el bebé entregarlo al donante del material genético y a su pareja, al mismo tiempo que renuncia a todos los derechos que pueda tener sobre el menor a cambio de una compensación económica consistente generalmente en una suma de dinero en caso de que el acuerdo sea oneroso (Rodríguez y Martínez, 2012).

IV. Contexto histórico

Antes de abordar el tema de la subrogación materna en México es necesario ubicarse en el contexto histórico de cómo comenzó el auge legal en esta materia y en cómo se resolvieron los casos que las colocó en el mapa. La importancia de esta revisión histórica radica en el valor jurídico que cada precedente legal aportó en la construcción de una base común de las reglas y conceptos de la subrogación y que, como veremos más adelante, pueden verse reflejadas en nuestras legislaciones.

Se piensa erróneamente en la subrogación materna como una técnica de reproducción asistida producto del mundo mo-

dermo, nacida de las nuevas tecnologías de asistencia reproductiva, sin embargo, podemos encontrar que en épocas antiguas la utilización de la subrogación era una práctica socialmente aceptada. Hay vestigios de madres sustitutas en diferentes civilizaciones antiguas que eran requeridas para proporcionar descendientes a hombres de familias privilegiadas, comúnmente por la incapacidad de la esposa de proporcionar uno. En el Antiguo Testamento, Génesis 16, encontramos un ejemplo de subrogación total, cuando Sara, la esposa infértil de Abraham, le ofrece a su esposo a su esclava Agar para que engendre un hijo para ambos (Diez, 2016).

Asimismo, tenemos las tabillas mesopotámicas de Kültepe-Kanesh, que contienen un contrato de matrimonio, en el que una de las cláusulas estipula que en caso de que la esposa legítima no pueda darle hijos a su marido, este podrá recurrir a una *hieródula* (prostituta sagrada) para concebir a su descendiente que conservaría un estatus de hijo legítimo, a cambio de una suma de dinero o a libertad de la esclava. Este tipo de acuerdos estaban permitidos por el Código de Hammurabi (1750 a. C.) como un procedimiento en caso de infertilidad de la esposa, y también contemplaba una medida de protección a la madre gestante, impidiendo su venta a otro dueño una vez que haya tenido los hijos de su amo (Álvarez, 2017).

Con la llegada de la modernidad y el cambio sociocultural provocado por la multiculturalidad consecuencia de las conquistas y del auge migratorio producido por las guerras, la subrogación pasó de ser un contrato privado regulado jurídicamente en las antiguas culturas, a ser una práctica privada en la que el Estado tenía una nula intervención, ya que los contratos se celebraban comúnmente de forma verbal y por el simple acuerdo de las partes sin tener un marco normativo específico para su regulación.

El siglo XX se sitúa como la época en que la subrogación dejó de ser una práctica clandestina entre particulares a convertirse, nuevamente, en una figura jurídica de gran importancia, pues el descubrimiento de nuevas técnicas de reproducción asistida hizo que la subrogación evolucionara a nuevas variantes de la misma práctica, que a su vez derivaron en nuevos dilemas jurídicos por resolver y que irían sentando las bases no solo de una legislación en la materia localmente en varios países, sino que darían visibilidad a la importancia del reconocimiento de los derechos reproductivos.

Son varios casos emblemáticos los que colocaron a la subrogación materna en la mira del mundo, el primero de ellos fue el caso Kane en Estados Unidos. Elizabeth Kane se convirtió en la primera madre subrogada legal en este país (Barry, 2012), al suscitarse un conflicto jurídico después de que esta se negara a entregar al bebé que

había gestado como parte de un contrato de subrogación con los padres comitentes, donde se estipulaba el intercambio del bebé por una determinada suma de dinero (Banerjee, s/f.). La importancia del caso Kane radica principalmente en que plantea la legalidad de un contrato de compra-venta sobre un futuro ser humano, así como el debate sobre la filiación que ese ser humano tendrá tanto con la madre gestante como con los padres comitentes.

Mientras el caso Kane sentó el precedente de la legalidad de un contrato de subrogación, los casos de *Baby M* de 1987 y el caso *Buzzanca vs Buzzanca* establecieron las normas que regirían un contrato de subrogación y establecieron los principios de filiación rectores en caso de duda del parentesco del menor. En el primer caso, la pareja Stern había decidido acceder a una madre subrogada debido a que la señora Stern sufría de esclerosis múltiple y embarazarse supondría un riesgo de salud muy grande. Deciden entonces contratar a Mary Beth Withead para llevar el embarazo, inseminándola con el esperma del señor Stern, pactando que Mary Beth renunciaría a sus derechos sobre la maternidad del bebé a favor de la señora Stern. La madre subrogada, arrepentida de tener que entregar al bebé, decide reclamar los derechos sobre “su hija”. La Suprema Corte de Justicia se pronunció en este caso a favor de los Stern, reconociendo que, atendiendo al interés superior del menor, era

más conveniente que este se quedara con sus padres adoptivos, pero dándole a la madre subrogada derechos de visita.

El caso de *Baby M* generó que Estados Unidos elaborara proyectos de ley para regular y evitar que casos parecidos surgieran nuevamente (Briseño y Jurado, 2018). Asimismo, representó el punto de inflexión que hizo que los contratos de subrogación tradicional fueran reemplazados por los acuerdos de subrogación total modernos en los que ambos padres comitentes aportan un óvulo y esperma, evitando de esta manera que la madre gestante aporte material genético al feto y con ello disputas legales sobre la custodia del menor (Diez, 2016).

Por otro lado, en *Buzzanca vs Buzzanca*, se discute la responsabilidad legal de los padres comitentes una vez firmado el contrato. El conflicto se suscita cuando los Buzzanca deciden someterse a un procedimiento de subrogación, debido a que John Buzzanca tenía una baja concentración de espermatozoides y su esposa Luanne padecía endometriosis, haciendo casi imposible que concibieran de forma natural. Decidieron entonces buscar un donante de semen, una donante de óvulo y a una mujer que gestara al bebé, y que los dos primeros fueran anónimos para evitar los problemas del caso *Baby M*, mientras que la madre gestante sería alguien conocida por ambos.

Un mes antes del nacimiento, los Buzzanca se divorciaron. Luanne se hace cargo de la bebé —a quien nombra Jaycee—, pero John se niega a reconocer la custodia y a cumplir con sus obligaciones legales, es entonces que Luanne lleva el caso a los tribunales. El tribunal de primera instancia determina que la niña es legalmente huérfana, siendo esta la primera vez en la que un bebé nacido de este procedimiento quedaba sin padres legales. Al final de una larga batalla legal, el juez determinó que los Buzzanca eran los padres porque la intención de ser padre era la que generaba las obligaciones para con el bebé, no su aportación genética (Rodrigo, 2015). Sin embargo, es hasta el caso Johnson V. Calvert en que se crea un precedente que aclara definitivamente que la paternidad se da por la intención de la procreación, no por la aportación genética o de quien lo haya gestado o parido (Bashur, 2008).

V. Maternidad subrogada en México

Como hemos revisado en el apartado anterior, la regulación sobre la subrogación materna tiene bastantes antecedentes a nivel mundial, siendo desarrollada comúnmente en sistemas del Common Law anglosajón. Este desarrollo se debe principalmente a su sistema de precedentes judiciales, el cual permite tener más flexibilidad a la hora de encontrarse con un caso difícil.

México es uno de los pocos países latinoamericanos que regula la subrogación

materna además de Brasil y Costa Rica. Sin embargo, el Estado mexicano no tiene una a nivel federal, es decir, no se cuenta con una legislación sobre la subrogación como una figura jurídica de observancia general, pues ni siquiera la ley General de Salud ni su Reglamento en Materia de Investigación para la Salud hacen referencia alguna, ya que solo contemplan otros métodos de reproducción asistida como lo son la inseminación artificial y la fertilización *in vitro* (Martínez, 2015). Queda entonces al arbitrio estatal su regulación, siendo solo Sinaloa y Tabasco las entidades federativas que regulan la subrogación materna en sus legislaciones civil y familiar, respectivamente, además de que existe una Iniciativa de proyecto de Decreto por la que se expide la ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal (Ciudad de México).

Tabasco fue la primera entidad en legislar la subrogación a través de su Código Civil debido a una reforma que se hizo en 1997, sustentando a la maternidad subrogada bajo la figura de un contrato, pero sin cumplir con las características esenciales que este tipo de contrato contiene hoy en día. Esta reforma permitió el apartado de derecho de familia, reconociéndoles a los conyugues su derecho de emplear cualquier método de reproducción artificial para asegurarse una descendencia (Tosca, 2016). Este reconocimiento, si bien fue novedoso para la época en la que se dio, era

bastante ambiguo en su redacción, ya que dio lugar a presunciones peligrosas en materia de derechos humanos. La ley señalaba que cuando se tratara de un hijo nacido de una madre gestante sustituta, solo el marido de la pareja que realizó el contrato podía reconocerlo, a menos de que fuera desconocido o por sentencia de un juez (Tosca, 2016). Si bien esta presunción pareciera que brindaba cierta protección al producto de la subrogación después de su concepción, también le dejaba en una incertidumbre legal, pues de caer en el supuesto en que el marido de la pareja comitente declinara reconocerlo, quedaría en un limbo en cuanto a su identidad jurídica hasta que se resolviese en tribunales, quedando el menor en un estado de desprotección contrario a lo dispuesto sobre el derecho a una identidad contemplado en los tratados sobre los derechos de los niños firmados por el Estado mexicano .

En el año 2015 hubo una serie de reformas al Código Civil que comprendieron del artículo 380 Bis 1 al 380 Bis 7, las que brindaron una mayor libertad a las partes involucradas en cuanto al ejercicio de la práctica. El artículo 380 Bis 1 de Código Civil para el estado de Tabasco utiliza el término “gestación por contrato” para referirse a la gestación subrogada y la define como “...la práctica médica, mediante la cual una mujer gesta el producto fecundado por los padres contratantes, cuando la madre pactante padece imposibilidad

física o contradictoria médica para llevar a cabo la gestación en su útero” (Código Civil para el Estado de Tabasco, 2017).

Las reformas incluyeron en el aparato normativo la subrogación total y la sustituta (parcial) solo para parejas heterosexuales que estén casadas o vivan en concubinato, en ambos casos es requisito indispensable que tengan algún problema de salud que les impida concebir de forma natural; de la misma manera, impone una restricción de edad, ya que solo podrán ser madres gestantes aquellas en el rango de 25 a 35 años que no padezcan alguna toxicomanía.

A pesar de la inclusión de nuevas figuras y conceptos jurídicos y una redacción más comprensible de las normas, que deja poco espacio a la interpretación, la normativa continuó adoleciendo de una oscuridad regulatoria al no contemplar situaciones que pudieran darse como producto del acuerdo contractual y es ambigua en cuanto a los derechos que le atañen a los padres comitentes, a la madre subrogada y al niño concebido como consecuencia del contrato, dejando fuera supuestos que pudieran producirse como consecuencia del contrato de subrogación. Como resultado de estos problemas, la ley termina otorgando bastante libertad para que las partes “subsanen” las lagunas legales de manera privada, dando lugar a situaciones tales como las ya mencionadas (Baby M y Buzzanca vs Buzzanca).

Como segundo referente tenemos el Código Familiar de Sinaloa, que introdujo la figura de la subrogación bajo el nombre de Gestación Subrogada. Sinaloa admite de manera más extensa la figura de la subrogación. El Código Familiar de Sinaloa define a la maternidad subrogada como aquella que

...se efectúa a través de la práctica médica mediante la cual una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer, cuando la mujer padece una imposibilidad física o contradicción médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento (Código Familiar de Sinaloa, 2017).

Sinaloa admite cuatro modalidades: la subrogación total, la parcial, la onerosa y la subrogación altruista. Impone las mismas restricciones a la mujer que desee ser madre subrogada que las del Código Civil de Tabasco y al igual que en este, solo pueden acceder a este medio de reproducción las parejas heterosexuales casadas o en concubinato.

Tanto la legislación de Tabasco como la de Sinaloa no indican cuál debe ser la forma y los lineamientos que debe contener el contrato de subrogación, aunque sí establecen cuándo serán nulos. Podemos inferir entonces que el contrato de subro-

gación se regirá por las normas generales de los contratos que establezca el Código Civil de cada entidad. Es errado pensar que este contrato es como los demás regulados por el derecho mexicano actual, ¿qué es lo que lo hace tan especial? Mientras que la relación jurídica pactada entre los padres comitentes y la madre subrogada contiene un intercambio de derechos y obligaciones, es diferente en que no se da la compra-venta de un bien, se da la compra-venta (en caso de ser onerosa) o intercambio (en caso de ser altruista) de un ser humano y la renta de un vientre femenino por una cantidad de tiempo determinada.

No queda claro pues sobre cuál contrato se llevará a cabo el procedimiento o si es una prestación de servicios o arrendamiento. Dadas las cuestiones anteriores, ¿por cuáles reglas contractuales debemos guiarnos cuando obviamente nos encontramos ante una nueva forma de relación contractual? Más aún cuando el Código Civil Federal prohíbe la comercialización del ser humano (Aguirre, 2013).

Con lo laxa que es la regulación jurídica de la subrogación en México, no es de extrañar que antes de las reformas de 2017 en ambos códigos el país se haya convertido en destino de “turismo reproductivo”. Es especialmente en Tabasco donde una cantidad considerable de parejas (especialmente del mismo sexo y extranjeras) acude para llevar a cabo una subrogación materna a bajo costo con la intención de

luego volver a su país de residencia, enfrentándose a numerosos obstáculos jurídicos (Mercedes y López, 2016). Sin embargo, restringir la práctica de subrogación solo para los nacionales no exime la creación de nuevos problemas jurídicos, ya que la reforma no fue de gran ayuda para brindar protección a las partes.

La preocupación no solo son los problemas jurídicos que puedan enfrentar los padres al momento de reconocer al menor producto de la subrogación, igualmente se crea una serie de riesgos para la madre subrogada debido a la desprotección jurídica en la que se encuentra en la legislación mexicana. Países como la India o Nigeria son testigos de los riesgos que puede correr una madre subrogada al quedar desprotegida por la normativa jurídica de su país, en pos de convertirse en un productivo destino de turismo reproductivo económicamente rentable.

Es común que personas de países ricos como Estados Unidos, Australia o Reino Unido contraten a una madre subrogada de un país más bajo y con una pobre regulación de la maternidad subrogada y con una protección legal muy leve para la gestante y el niño objeto del contrato (Rozée, 2014). Así si los padres comitentes se arrepienten de su decisión, se divorcian o el niño nace con un problema de salud, no puedan incurrir en acción legal alguna, puedan evadir el pago de gastos (com-

pensación a la madre subrogada) e incluso evitar responsabilidad penal.

La India fue uno de los países más solicitados en la última década por extranjeros provenientes de países ricos para contratar a madres subrogadas. El auge de la subrogación fue tan demandante que se crearon agencias dedicadas a atraer turismo reproductivo extranjero, así como casas de acogida en las que las madres pasaban el periodo de gestación completo en condiciones deplorables. Era común que las mujeres firmaran de manera coercitiva contratos en idiomas extranjeros que les resultaban imposibles de leer, pues generalmente se trataba de mujeres de poblaciones rurales, casadas (o madres solteras) y con hijos, de bajos recursos económicos y poca o nula educación que se vieron en la necesidad de rentar su vientre por una retribución económica como la única manera de mantener a sus familias.

La ley en India contenía numerosos vacíos legales que daban múltiples ventajas a los padres comitentes extranjeros y pocos derechos a las madres subrogadas. Las condiciones a las que eran sometidas eran malas, llegó incluso a suceder que padres comitentes extranjeros decidieran abandonar con la madre subrogada al recién nacido por el que pagaron si este presentaba algún problema de salud. Las madres quedaban desamparadas y sin ninguna posibilidad de reclamar el justo cumplimiento del contrato. La mujer fue reduci-

da a una simple incubadora que era rentada a cambio de una suma de dinero muy inferior a la que se le pagaría a ciudadanas de un país de primer mundo por realizar el mismo trabajo (Pande, 2010).

Los múltiples abusos cometidos debido a las lagunas legales de los ordenamientos jurídicos llevaron en el 2015 a que el gobierno de la India prohibiera la subrogación materna con motivos comerciales. La nueva legislación solo permite la subrogación en los siguientes supuestos: que sea altruista, que la mujer solo alquile su vientre una vez y únicamente para familiares que hayan estado casados por al menos 5 años y muestren un certificado de infertilidad, prohibiendo totalmente el acceso a la subrogación materna a los extranjeros, como una medida para disminuir la explotación a la que eran sometidas estas mujeres.

El Código Civil de Tabasco y el Código Familiar de Sinaloa no contemplan medidas para prevenir el abuso y la explotación de las mujeres que decidan rentar su vientre, ni tampoco los casos que pudieran suceder si alguna de las partes involucradas lo incumple. No se prevé que la madre subrogada pudiera salir afectada más allá de una compensación civil en caso de identidad fraudulenta, dejando muchas situaciones a consideración de las partes si quieren incluirse como cláusulas en el contrato, por lo que resulta incierta la seguridad jurídica que la ley pudiera brindar.

Por otro lado está la iniciativa de ley Maternidad Subrogada del Distrito Federal, la cual se presentó en la V Legislatura de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal (y que hasta la fecha, 2019, no se ha expedido), con la cual se intenta brindar mayor certeza jurídica en materia de subrogación y como una medida de solución al problema de la infertilidad como asunto de salud pública (Hernández y Santiago, 2011), tal y como se menciona en la exposición de motivos del proyecto de ley.

Esta iniciativa, aunque en algunos apartados es novedosa, como ya veremos, mantiene el corte conservador de las normativas de Tabasco y Sinaloa, pues define a la maternidad subrogada en su artículo 1 de la siguiente manera:

La maternidad subrogada se efectúa a través de la práctica médica mediante la cual una mujer gesta el producto fecundado por *un hombre y una mujer unidos por matrimonio o que viven en concubinato*, en cuyo caso, la mujer casada o que vive en concubinato padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento.

Al igual que Tabasco y Sinaloa, la iniciativa de ley del Distrito Federal restringe el

uso de la subrogación solamente al hombre y la mujer unidos por matrimonio o que vivan en concubinato, y como requisito indispensable, la mujer debe padecer de un problema médico que le imposibilite gestar de manera natural (Asamblea Legislativa del Distrito Federal, 2009). Nuevamente se deja fuera la posibilidad del uso de la subrogación como una técnica de reproducción asistida tanto a parejas del mismo sexo como a personas solteras y en buen estado de salud, pues su propósito, como se mencionó anteriormente, es el de combatir la infertilidad, e implícitamente, la desaparición de la familia tradicional.

Una de las novedades que presenta esta normativa es la prohibición de una remuneración económica a la madre subrogada por sus servicios; establece que para llevar a cabo la celebración del contrato de subrogación, el Notario Público debe cerciorarse de que en el registro de maternidades subrogadas, que deberá ser creado por la Secretaría de Salud en coordinación con el Registro Civil, no se encuentre otro contrato firmado por la misma madre subrogada, pues de lo contrario indicaría que hay un ánimo de lucro de por medio; de ser este el caso, se le aplicarán las sanciones contempladas en la normatividad o en la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la propia imagen en el Distrito Federal.

El artículo 14 impone los requisitos legales necesarios para poder acceder a la subrogación materna; uno de ellos es la exigencia de un domicilio de residencia en el Distrito Federal, con el que se trata de eliminar la posibilidad de que se cree un turismo reproductivo. Se debe también acreditar mediante certificados médicos la imposibilidad de procrear de forma natural de la madre comitente, así como un certificado de salud de la madre subrogada (Asamblea Legislativa del Distrito Federal, 2009).

VI. Resultados y discusión

Como hemos visto, las legislaciones internas que incluyen la subrogación materna se limitan solo a tres: el Código Civil de Tabasco, el Código Familiar de Sinaloa y la Iniciativa de Decreto que Expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal que aún no ha entrado en vigor. Los tres instrumentos normativos son conservadores en cuanto al acceso a la subrogación materna y los motivos bajos los que se puede recurrir a ella, ya que imponen un estándar heteronormativo sujeto a un padecimiento reproductivo de la mujer, en pos de la familia tradicional.

Si bien, tanto Tabasco, Sonora y la Ciudad de México han hecho una serie de reformas que pretenden brindar una mayor seguridad jurídica a las partes involucradas y armonizar sus legislaciones con el derecho internacional, quedan de lado

diversos aspectos respecto a los derechos que individualmente le atañen a cada uno de los involucrados que merecen la pena ser analizados.

Primeramente, tenemos el asunto que concierne al menor de edad, que en esta relación jurídica es visto como un objeto de comercio y venta por una suma determinada de dinero quedando comprometidos su dignidad y el interés superior del menor. El artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño dicta que “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (ONU, 1990).

Atendiendo al interés superior, el niño tiene derecho a una familia, así como a tener seguridad jurídica sobre su estatus de filiación; un menor concebido por medio de la subrogación materna puede llegar a tener hasta seis padres: la donadora del óvulo, el donador de esperma, la madre subrogada, su esposo y los padres comitentes (De La Hougue y Roux, 2015). De acuerdo con el Código Familiar de Sinaloa (2015), los donantes de óvulo o esperma pueden reclamar la progenitura del menor siempre y cuando obtengan el consentimiento de su cónyuge y podrán recibir la custodia si la madre es incapaz o muere y hay ausencia del cónyuge (en este apartado la ley

es ambigua, pues no precisa a cuál de las madres se refiere), dejando en indefensión al menor que pudiendo ser objeto de una disputa legal vive en la incertidumbre de cuál de todos sus padres tienen derecho a su custodia, tal como se dio en Estados Unidos en los casos anteriormente mencionados (*Baby M, Buzzanca vs Buzzanca*).

La Corte Europea de Derechos Humanos ha resuelto en varias ocasiones sobre la incertidumbre de identidad jurídica que corre el menor de edad producto de la subrogación materna, si bien es cierto que las decisiones tomadas por este tribunal no son vinculantes a nuestro continente, es importante tomarlas en consideración como criterios de interpretación, por tanto, debido a la deficiencia de jurisprudencia en torno a esta materia por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las resoluciones europeas nos sirven como directrices para comprender mejor los derechos que entran en juego, al ser países que han desarrollado ampliamente esta temática.

Uno de los casos más significativos en cuanto a los derechos del menor nacido de una madre subrogada y el alcance de una prohibición de la subrogación en un país, es el *Menesson and Others V. France and Labassee V. France* (Corte Europea de Derechos Humanos, 2014). La controversia plantea la disyuntiva entre la prohibición total de la subrogación que en esa época estaba prohibida en Francia (nación que

también se negaba a reconocer la adopción del menor gestado por subrogación) y la violación que esto significa al derecho a una vida privada y familiar. La pareja francesa Mennesson y la pareja de la misma nacionalidad de los Labassees habían recurrido a un procedimiento de subrogación materna debido a problemas de infertilidad, cuando los Labassees intentaron registrar el nacimiento de su hija Juliette se les negó el registro al ser la niña concebida por subrogación; los Mennesson pudieron registrar en un principio a sus gemelos, para que posteriormente el registro civil iniciara un proceso para nulificar las actas de nacimiento. El caso llegó hasta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya sentencia impone un precedente en el que se reconoce que el derecho a una vida privada no solo le concierne a sus padres, sino también al menor producto de la subrogación, ya que de no hacerlo se afectaría el derecho a la identidad de los menores involucrados al dejarlos en un estado de incertidumbre jurídica.

Los derechos reproductivos fueron acuñados en 1994 en la Conferencia Mundial sobre la Población y Desarrollo, en El Cairo. Este tipo de derechos no están contenidos en un instrumento internacional único, pues están dispersos en diferentes convenios y tratados y jurisprudencias vinculantes (Facio, 2007). Entre estos derechos se encuentra el de la autonomía reproductiva, contenido en el artículo 16 de

la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Este artículo reconoce el derecho de la mujer a decidir libremente y de manera responsable sobre el número de hijos que desea tener y en qué momento desea tenerlos; este es vulnerado cuando se imponen obstáculos que dificulten a la mujer a controlar su fecundidad. Por lo tanto, la madre subrogada está en su derecho de decidir si desea embarazarse, de qué manera será y el motivo de su embarazo.

La gestación subrogada se centra en la libre decisión de la mujer para ser gestante sustituta, en pleno ejercicio de sus derechos reproductivos. No obstante, la decisión libre sobre su cuerpo llega a ser bastante ambigua, en especial tratándose de una práctica en la que comúnmente una suma de dinero está implicada. Al ser la única capaz de gestar vida, esta particularidad la ha hecho objeto de un abuso histórico al tratársele como una incubadora.

Dorothy Roberts ha señalado ciertos riesgos que puede sufrir una madre subrogada, entre los que está la voluntad viciada en mujeres con poca educación y en condiciones de pobreza que pueden caer en la explotación de su cuerpo en esta práctica (Stark, 2012). Como consecuencia de los riesgos a los que se enfrenta una mujer en el ejercicio de sus derechos reproductivos, se han elaborado instrumentos internacionales para asegurar la salvaguarda de los derechos reproductivos de la mujer,

entre ellos se encuentra la Convención sobre la eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en su artículo 11 dicta el derecho a la protección de la salud, incluida la salvaguardia de la función de reproducción (ONU, 1979), así como también impone al Estado, en su artículo 6, la obligación de tomar todas las medidas para suprimir la trata y la prostitución de la mujer, incluyendo reformas legales de ser necesario.

En cuanto a los padres comitentes, son diversos los derechos involucrados, sin embargo, es uno el que ha adquirido notoriedad y gran importancia en tiempos recientes y sobre el que se han pronunciado diversas Cortes estadounidenses y Tribunales internacionales de derechos humanos: el derecho a una vida privada.

En el marco jurídico internacional tenemos como un referente el caso resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Artavia Murillo y otros (fertilización in vitro) vs. Costa Rica* (2012). La resolución de este caso impuso los estándares de los derechos reproductivos en el continente americano al reconocer que el derecho a la autonomía y a la vida privada abarcaban la decisión de ser padre genéticamente o no, además de indicar que la autonomía reproductiva y el acceso a servicios de salud reproductiva forman parte de la vida privada y guardan relación con el derecho a acceder a la tecnología necesaria para ejercer ese derecho.

En el marco jurídico nacional, el artículo 4° Constitucional reconoce el derecho de las personas de decidir el número de hijos que quieran tener. Esto se incluye en el derecho a una vida; sobre esto la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunció en la siguiente tesis aislada “derecho a la reproducción asistida. forma parte del derecho a decidir de manera libre e informada, sobre el número y el espaciamiento de sus hijos, previsto en el artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos” (Tesis 1ª LXXVI/2018, primera sala), en la que se considera que el derecho a decidir sobre el número de hijos incluye la decisión de las personas de querer usar las técnicas de reproducción asistida como un medio para conseguir sus objetivos reproductivos al formar parte de la autonomía de la persona y su derecho a una vida privada.

De la misma manera, el “Derecho a la vida privada. Su contenido general y la importancia de no descontextualizar las referencias a la misma” (Tesis 1ª. CCXIV/2009, primera sala, novena época), desprende que acorde con los instrumentos internacionales, la protección constitucional de una vida privada implica poder llevar una vida lejos de las miradas de los demás, donde se tomen decisiones libres atendiendo al plan de vida de cada persona, y que además se constituye una serie de derechos que permitan a las personas expresar libremente su identidad;

algunos de estos son el derecho a una vivienda adecuada, a la salud y a la igualdad y a los derechos reproductivos.

Si bien es cierto que México excluye la subrogación materna a extranjeros en todas las legislaciones estatales que la contemplan, la ambigua y omisa regulación del Código Civil de Tabasco y el Código Familiar de Sinaloa dejan en un estado de indefensión tanto a la madre subrogada como al menor nacido como consecuencia de la relación contractual, ya que pueden llegar a afectarse los derechos reproductivos de la mujer y su dignidad humana, pues aunque ambas legislaciones tienen como requisito un consentimiento expreso por parte de la madre subrogada, al estar involucrada una compensación económica este consentimiento puede verse viciado, pues grupos vulnerables como las mujeres indígenas, de bajos recursos o en situación de pobreza extrema, podrían ser víctimas de explotación por personas de una posición económicamente acomodada.

En cuanto al estatus filial del menor, como ya vimos, la ley deja a la madre subrogada en posición de reclamar la custodia del menor bajo ciertas causales. Una de ellas es obtener el permiso del marido para poder hacerlo, dejando implícita una batalla legal por el reconocimiento del menor, pues las mismas legislaciones contemplan una adopción plena en caso de subrogación total y parcial. Decidir quién es el padre es una pelea que, siendo rea-

listas en cuanto al acceso a la justicia en México, durará años, situación que puede evitarse si se considerara en Tabasco y en Sinaloa el interés superior del menor, si se asegura que la nueva identidad adquirida al momento de la adopción plena será la única que tendrá. Atendiendo a los mecanismos de protección al menor resulta que ambos códigos no son idóneos, se necesita de una protección más fuerte para que el menor no quede en un limbo cuando su identidad jurídica sea puesta en juego, y sin duda sus derechos para nada son proporcionales a los de los padres comitentes y la madre subrogada, pues ambos códigos mexicanos nunca mencionan los derechos que le competen al producto de la subrogación.

VII. Conclusiones

Hemos visto a lo largo de este artículo que aunque se han hecho grandes avances en la materia de la subrogación materna en México, no son suficientes para asegurar un respeto irrestricto a los derechos humanos. La colisión de derechos fundamentales que presume un tema tan complejo como lo es la subrogación materna, requiere que se cuente con herramientas jurídicas eficaces para prevenir las violaciones a los derechos humanos, de instituciones fuertes que puedan salvaguardar la seguridad de las personas y de certeza jurídica que brinde seguridad a quien desee someterse al procedimiento.

La ponderación puede considerarse como una técnica para resolver conflictos (Gorra, s/f). Si sometemos a un juicio de ponderación los derechos fundamentales que las legislaciones mexicanas deben considerar en cuestión de la subrogación, nos daremos cuenta que las medidas adoptadas por las diferentes entidades federativas son oscuras y conservadoras.

Robert Alexy (García, 2013) propone tres subprincipios bajo los cuales puede determinarse la primacía de un derecho sobre otro atendiendo al peso que se le asigna a cada uno. Los tres subprincipios que sugiere Alexy son el de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Con este método podremos saber cuál es el derecho al que los instrumentos normativos mexicanos deberían de concentrarse en proteger de una manera especial.

Anteriormente mencionamos tres derechos protegidos internacionalmente, cada uno corresponde a cada una de las partes involucradas en la subrogación materna. El primero es el derecho a una identidad del menor de edad, el segundo el derecho de decisión de la mujer sobre su cuerpo y el tercero el derecho a una vida privada de los padres comitentes.

Si analizamos bajo esta perspectiva los derechos anteriormente mencionados, podemos inferir que los derechos reproductivos de los padres comitentes adquieren suma importancia a la hora de considerar la subrogación, ya que el ser humano tiene

la potestad de decidir cómo y cuándo reproducirse. Tabasco, Sinaloa y Ciudad de México proporcionan la facilidad a parejas heterosexuales de alcanzar esta meta, pero discrimina a las parejas homosexuales y personas solteras de satisfacer sus fines reproductivos, aceptando solo un modelo tradicional de la familia compuesto únicamente por padre y madre, ignorando una realidad social en la que la mencionada ya no es el único tipo de familia que existe.

Por otro lado, tenemos que uno de los supuestos más recurrentes a nivel internacional tratándose de una disputa sobre quién debe tener derechos sobre el niño producto de la subrogación, es el estado de incertidumbre de la filiación de menor, es decir, sobre su identidad legal. Las consecuencias de este problema llevan a que se pongan en duda su afiliación a un sistema de salud por parte de los padres; y si se trata de una subrogación internacional, queda en riesgo la nacionalidad del menor, sus derechos hereditarios y su integridad personal.

De la misma manera, se registra la mercantilización del cuerpo femenino y los derechos reproductivos de la mujer. Si bien ella tiene la libertad de decidir sobre su cuerpo —poner o no un precio sobre él siempre con su expresa y no viciada voluntad—, se corre el riesgo de caer en la trata de personas con fines reproductivos y en un abuso del cuerpo y la salud de la madre subrogada, poniendo en peligro su integridad física.

Tanto el derecho a una vida privada como los derechos reproductivos de la mujer se encuentran regulados en las legislaciones de Tabasco y Sinaloa, al igual que en la Iniciativa con proyecto de Decreto por el que se expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal. Ambos derechos han mostrado una evolución en las reformas que se han realizado a las citadas legislaciones.

En tanto, el derecho de la identidad jurídica del menor y de sus derechos fundamentales en general son vagamente considerados en los marcos normativos que contemplan la subrogación. Aunque las dos legislaciones y el proyecto de decreto dicen respetar los derechos humanos en lo posible, deja la mayor parte de lo referente a los derechos del menor y de su identidad legal al acuerdo entre los particulares. No se consideran situaciones en las que el menor pueda encontrarse en estado de indefensión por la disputa legal entre los padres comitentes y la madre subrogada o entre los mismos padres comitentes. Estos factores hacen que la interferencia de este derecho en relación con los otros dos anteriores sea grave.

Su primacía sobre los otros dos estriba en la vulnerabilidad en la que se encuentra el menor de edad en relación con los padres comitentes y la madre subrogada; es aquí donde el derecho a una identidad jurídica debe estar por encima de los derechos reproductivos de la mujer, ya que sin una identidad no es posible garantizar los

otros dos, y es proporcional su gravedad a la falta de una regulación sobre los derechos del menor producto de la subrogación y la incertidumbre del contrato.

Podemos inferir entonces, que el derecho que adquiere mayor peso en este caso es el relativo al de los menores producto de la subrogación materna y que por lo tanto debe ser este al que las legislaciones mexicanas deben proteger, ya que es el más vulnerable. Para que la maternidad subrogada en el orden jurídico mexicano pueda otorgar una mayor certeza jurídica a todos los involucrados, es necesario regular mejor los contratos de subrogación (Dobering Gago, 2018) y reformar las normativas vigentes para garantizar la protección de los derechos fundamentales.

A México todavía le falta mucho para lograr que la subrogación materna sea una práctica segura y confiable de llevar a cabo, como también está lejos de que sea un método reproductivo accesible y no discriminatorio para aquellos que no forman parte de una familia tradicional, pero los avances que se han logrado en esta materia apuntan a futuras legislaciones menos conservadoras y más garantistas.

VIII. Referencias

Documentos electrónicos

Aguirre Bonilla, O. (2013). Reflexiones jurídicas sobre las realidades y las consecuencias derivadas de la subrogación materna. (U. P. Facultad de Derecho,

- Ed.) Obtenido de Letras Jurídicas, no. 16: <http://www.edkpublicaciones.com/up/index.php/indice-2/reflexiones-juridicas-sobre-las-realidades-y-las-consecuencias-derivadas-de-la-subrogacion-materna>.
- Álvarez, N. (2017). Historia de la gestación subrogada: antecedentes y casos previos. Obtenido de Babygest revista online de gestación subrogada: <https://www.babygest.es/historia-casos-previos-gestacion-subrogada/>.
- Banerjee, S. Gestational Surrogacy Contracts: Altruistic or Commercial? obtenido de Gokhale Institute of Politics and Economics: <https://pdfs.semanticscholar.org/91f4/aaa5f48803f5e4fbc7627339725dacd198a5.pdf>
- Bashur, A. E. (2008). Comments: Whose Baby Is It Anyway? The Current and Future Status of Surrogacy Contracts in Maryland. (U. o. Law, Ed.) Obtenido de University of Baltimore Law Review, v. 38, issue 1: <https://scholarworks.law.ubalt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1843&context=ublr>.
- Briseño Montes, C. J. (2018). Gestación sustituta y subrogada en México, derecho humano no reconocido constitucionalmente. (C. E. Jalisco, Ed.) Obtenido de Derechos Fundamentales a Debate: http://cedhj.org.mx/revista%20DF%20Debate/articulos/revista_No6/ADEBATE-6-art3.pdf.
- Camacho, J. M. (2009). Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Obtenido de Fundación Foro: <https://www.fundacionforo.com/uploads/pdfs/maternidadsubrogada.pdf>
- Diez, X. (2016). Historia de la gestación subrogada. Obtenido de Cáscara Amarga periodismo y diversidad: <http://www.cascaraamarga.es/opinion/68-opinion/13061-historia-de-la-gestacion-subrogada.html>.
- Facio, A. (2007). Los derechos reproductivos son derechos humanos. (s. e. IIDH, Ed.) Obtenido de Instituto Interamericano de Derechos Humanos: <http://www.cortheidh.or.cr/tablas/24841.pdf>
- Gorra, D.G. (s/f). Teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy: sistema de ponderación de principios, obtenido de http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/teoria_de_la_argumentacion_juridica_alexypdf
- Hernández Ramírez, A., Santiago Figueroa, J.L. Ley de Maternidad subrogada del Distrito Federal, obtenido del Boletín mexicano de derecho comparado, vol. 44 no.132: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/4720/6071>
- Jouve De la Barreda, N. (2017). Perspectiva biomédica de la maternidad subrogada. (U. d. Alcalá, Ed.) Obtenido de Cuadernos de Bioética, XXXVIII 2017/2: <http://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/153.pdf>
- Martínez Martínez, V. L. (2015). Maternidad subrogada. Una mirada a su regulación en México. (U. A. México, Ed.) Obtenido

- de Revista *Dikaion*, vol. 24 no. 2, julio/dic.: http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0120-894.
- Mercedes Albornoz, M., López González, F., Marco normativo de la gestación por sustitución en México: desafíos internos y externos, obtenido de Scielo: <http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v11n39/1870-2147-rius-11-39-00009.pdf>
- Olavarría, M. E. (2018). La gestante sustituta en México, vol. 4, epub 15-ene. (P. I. El Colegio de México A.C., Ed.) doi:10.24201/eg.v4i0.144.
- Pande, A. (2010). Commercial Surrogacy in India: Manufacturing a Perfect Mother Worker. Obtenido de The University of Chicago Press Journals: <https://www.journals.uchicago.edu/doi/pdfplus/10.1086/651043>.
- Rodríguez Yong, C. A., Martínez Muñoz K. X. (2012). El contrato de maternidad subrogada: la experiencia estadounidense. (U.A. Chile, Ed.) Obtenido de Revista de Derecho Valdivia, vol. 25 no. 2: http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502012000200003&lng=es&nrm=iso&tlng=es.
- Rodrigo, A. (2015). El caso Buzzanca contra Buzzanca. Obtenido de Babygest revista online de gestación subrogada: <https://www.babygest.es/el-caso-buzzanca-contrabuzzanca/>.
- Stark, B. (2012). Transnational Surrogacy and International Human Rights. Obtenido de ILSA Journal of International & Comparative Law: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2118077##.
- Tosca, E. A. (2016). La maternidad subrogada y sustituta en el marco jurídico de Tabasco. (I. d. Jurídicas, Ed.) Obtenido de Hechos y Derechos, Revistas jurídicas UNAM, No. 33, mayo-junio.: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/10480/1264>.

Libros

- Barry, V. (2011), *Bioethics: In a cultural context; Philosophy, Religion, History, Politics*, primera edición, Belmont, Estados Unidos, editorial Cengage Advantage.
- Dobernig Gago, M. (2018). Maternidad subrogada: su regulación, en Chan, S., Ibarra Plafox, F., Medina Arellano M de J. (coords.). *Bioética y Bioderecho Reflexiones clásicas y nuevos desafíos*, primera edición, México Investigaciones Jurídicas.
- Fernández Ruiz, J. (2011). *Derecho administrativo y administración pública*, cuarta edición, México, Editorial Porrúa.
- García Amado, J.A. (2014). *El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica*, segunda edición, Madrid-México, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Editorial Fontamara.
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., Baptista Lucio, M. P. (2010). *Metodología de la investigación*, quinta edición, México D.F, Editorial McGrawhill

Códigos

Código Civil para el Estado de Tabasco, Diario Oficial de la Federación (Ciudad de México, México 05 de julio de 2017).

Código Familiar de Sinaloa, Diario Oficial de la Federación (Ciudad de México, México 24 de mayo de 2017).

Convención sobre los Derechos del Niño, Organización de la Naciones Unidas (1990).

Convención sobre la eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, Organización de las Naciones Unidas (1979).

Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley de Maternidad Subrogada Del Distrito Federal, Asamblea Legislativa del Distrito Federal, (Ciudad de México, México, 26 de noviembre de 2009).

Dictamen de las Comisiones Unidas de Salud y Asistencia Social y de Equidad y Género de la Iniciativa de Decreto que expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal, (Ciudad de México, México, 26 de noviembre de 2009).

Jurisprudencias

Derecho a la vida privada. su contenido general y la importancia de no descontextualizar las referencias a la misma.” (tesis 1ª. ccxiv/2009, primera sala, novena época, suprema corte de justicia de la nación.

Derecho a la reproducción asistida. forma parte del derecho a decidir de manera libre e informada, sobre el número y el espaciamiento de sus hijos, previsto en el

artículo 4º de la constitución política de los estados unidos mexicanos, tesis 1ª. lxxvi/2018, primera sala, decima época, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Resoluciones

Sentencia casos Mennesson and Others V. France and Labassee V. France., Corte Europea de Derechos Humanos (26 de junio de 2014), <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003>

Sentencia caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in Vitro) Vs. Costa Rica (2012), Corte Interamericana de Derechos Humanos (28 de noviembre de 2012), http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf