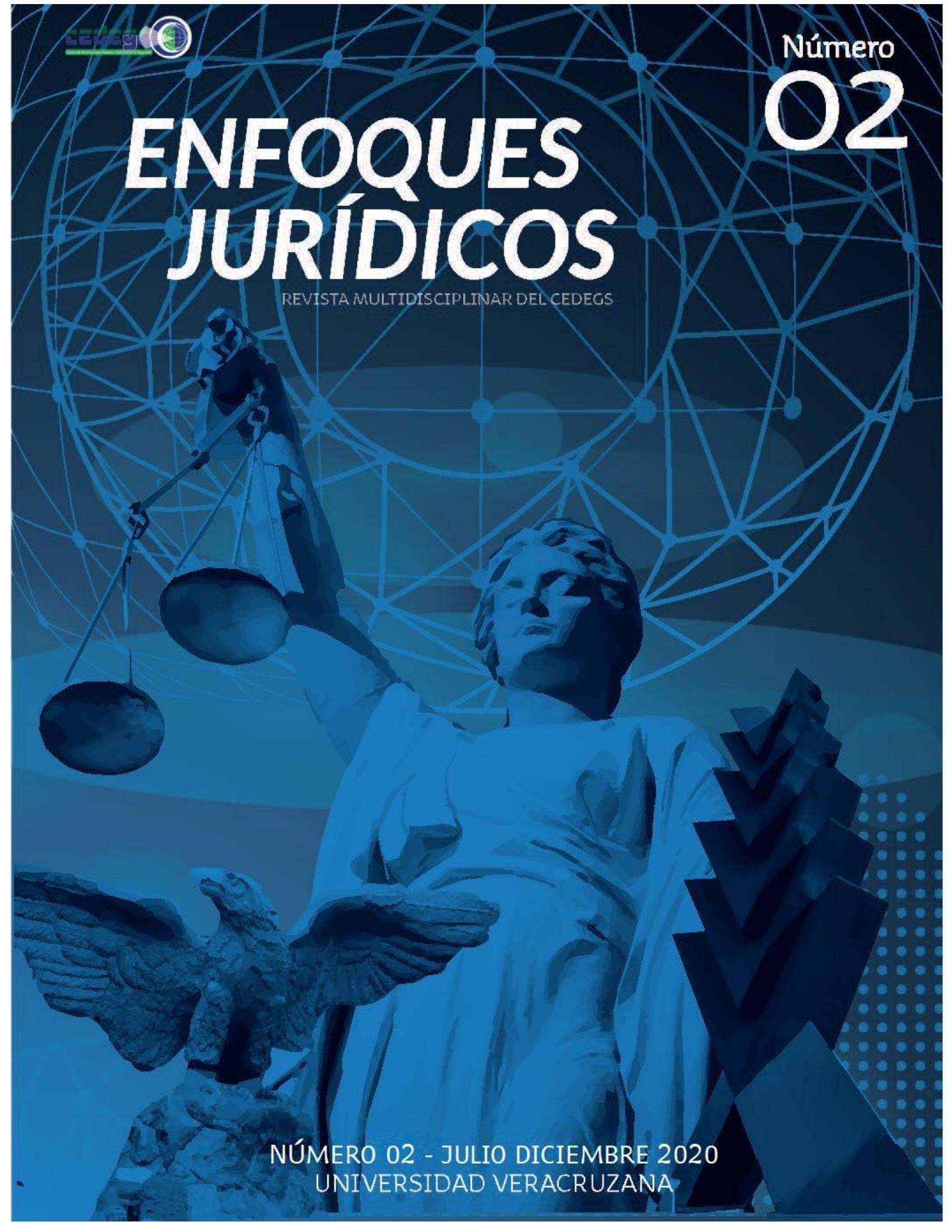


# ENFOQUES JURÍDICOS

REVISTA MULTIDISCIPLINAR DEL CEDEGS



NÚMERO 02 - JULIO DICIEMBRE 2020  
UNIVERSIDAD VERACRUZANA

***ENFOQUES JURÍDICOS***

ISSN-e 2683-2070

Año 1 Número 02 Julio-Diciembre 2020  
XALAPA, VERACRUZ, MÉXICO  
CENTRO DE ESTUDIOS SOBRE DERECHO, GLOBALIZACIÓN Y SEGURIDAD



UNIVERSIDAD VERACRUZANA

**Dra. Sara D. Ladrón de Guevara González**

*Rectora*

**Dra. María Magdalena Hernández Alarcón**

*Secretaria Académica*

**Mtro. Salvador F. Tapia Spinoso**

*Secretario de Administración y Finanzas*

**Dr. Ángel R. Trigos Landa**

*Director General de Investigaciones*

**Dra. Ana Gamboa de Trejo**

*Coordinadora*

*Centro de Estudios sobre Derecho,*

*Globalización y Seguridad*

## ***ENFOQUES JURÍDICOS***

REBECA ELIZABETH CONTRERAS LÓPEZ  
DIRECTORA

## **CONSEJO EDITORIAL**

Ana Gamboa de Trejo (México)  
Jaqueline Jongitud Zamora (México)  
Jorge Witker Velázquez (México)  
Marta S. Moreno Luce (México)  
Eugenio Raúl Zaffaroni (Argentina)  
José Luis Cascajo Castro (España)

## **COMITÉ EDITORIAL**

Josefa Montalvo Romero (México)  
José Antonio Márquez González (México)  
Ángela Figueruelo Burrieza (España)  
Julia Ropero Carrasco (España)  
Rosanna Pane (Italia)

## ***ENFOQUES JURÍDICOS***



UNIVERSIDAD VERACRUZANA



Enfoques Jurídicos ISSN 2683-2070  
Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y  
Seguridad, Universidad Veracruzana  
Xalapa, Veracruz, México

Núm. 2 (Julio-Diciembre 2020)  
Correo-e: [enfoquesjuridicos@uv.mx](mailto:enfoquesjuridicos@uv.mx)  
Teléfono: 2288 41 37 98

*Enfoques Jurídicos* es una publicación semestral, digital, arbitrada y de acceso gratuito, publicada por la Universidad Veracruzana a través del Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad (CEDEGS); es un espacio libre para la divulgación de investigaciones científicas relacionadas con la ciencia jurídica con perspectiva multidisciplinaria.

Esta obra está bajo una licencia CC BY-NC-ND 4.0 ES <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

## CONTENIDO

### ARTÍCULOS

### Páginas

El servicio social en la formación de recursos humanos en salud, una crítica desde los derechos humanos	
Jaqueline del Carmen Jongitud Zamora	
Mara Karina Mendoza Hernández.....	7-27
El derecho fundamental a no autoinculparse: trazos de su desarrollo histórico	
Geovanni Jesús Durán Muñoz.....	28-40
El lenguaje jurídico y la divulgación del Derecho	
Cristina Cázares Sánchez.....	41-51
La continencia de la causa vs. el libre desarrollo de la personalidad. El divorcio incausado en Veracruz	
Irvin Uriel López Bonilla	
Mitchell Sarahí Zapata Durán.....	52-72
Los delitos contra la seguridad y la higiene en el trabajo a propósito del COVID-19	
Álvaro Alzina Lozano.....	73-85
Obsolescencia del juicio de interdicción	
María del Rosario Huerta Lara.....	86-99
La limitación coercitiva del libre tránsito en México frente al Covid-19	
Alan Jair García Flores.....	100-120

Teletrabajo: modalidad en expansión	
Josefa Montalvo Romero.....	121-133
La prisión preventiva y sus límites	
Esperanza Sandoval Pérez.....	134-150
Intervención notarial en conflictos del agua	
José Antonio Márquez González.....	151-178

## **RESEÑA**

El Derecho Aduanero como objeto de estudio global	
María Teresa Montalvo Romero.....	179-181

## **COMENTARIO LEGISLATIVO**

Tesis aisladas sobre TRHA de la SCJN (2018-2019): procreación y conformación de la familia	
Cassandra Gabriela Hernández Sánchez.....	182-189

## El servicio social en la formación de recursos humanos en salud, una crítica desde los derechos humanos\*

Jaqueline del C. Jongitud Zamora\*\*

Mara K. Mendoza Hernández\*\*\*

**RESUMEN:** El texto expone el origen y la finalidad del servicio social de los estudiantes de medicina en México, describe los estándares internacionales y nacionales aplicables a los derechos humanos a la educación, a la salud y a la formación de recursos humanos en materia de salud. Finalmente, determina si la NOM-009-SSA3-2013, relativa a la utilización de los establecimientos para la atención médica como campos clínicos para la prestación del servicio social de medicina y estomatología, cumple con los estándares constitucionales y convencionales aplicables al derecho a la formación de recursos humanos en materia de salud.

**Palabras clave:** derechos humanos, educación médica, servicio social.

**SUMARIO:** Introducción. 1. La teleología del servicio social en México. 2. Estándares internacionales de los derechos humanos a la educación y a la salud. 3. Análisis de la NOM

**ABSTRACT:** The text sets out the origin and purpose of the social service for medical students in Mexico, describes the international and national standards applicable to human rights to education, health and the training of human resources in health. Finally, it determines whether NOM-009-SSA3-2013, regarding the use of establishments for medical care as clinical fields for the provision of the social service of medicine and stomatology, complies with the constitutional and conventional standards applicable to the right to training of human resources in health matters.

**Keywords:** human rights, medical education, social service.

---

\* Artículo recibido el 20 de abril de 2020 y aceptado para su publicación el 18 de mayo de 2020.

\*\* Licenciada en Derecho, Maestra en Derechos Humanos y Democracia por la Flacso y Doctora en Derecho Público por la Universidad Veracruzana. Investigadora del Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad de la Universidad Veracruzana y Co-coordinadora de la Clínica de Litigo Estratégico Transformaciones Jurídicas de la misma universidad.

\*\*\* Licenciada en Derecho por la Universidad Veracruzana. Beca de investigación del Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad de la Universidad Veracruzana e integrante del equipo de litigio de la Clínica de Litigio Estratégico Transformaciones Jurídicas de la misma Universidad.

relativa a la educación en salud y los campos clínicos para la prestación del servicio social. Conclusiones. Fuentes de consulta.

## **Introducción**

Este estudio es resultado de la realización de una investigación con enfoque cualitativo, de tipo documental y de alcance explicativo, cuyo objetivo central fue determinar si la *Norma Oficial Mexicana. Educación en salud. Criterios para la utilización de los establecimientos para la atención médica como campos clínicos para la prestación del servicio social de medicina y estomatología* (NOM-OO9-SSA3-2013), cumple con los estándares constitucionales y convencionales aplicables al derecho a la formación de recursos humanos en materia de salud.

Al tratarse de un estudio jurídico cuyo objeto de análisis es el derecho humano a la formación de recursos humanos en materia de salud, fue necesario aplicar tres métodos de investigación. Primero, el método de desempaque de derechos humanos –*unpacking rights*– que permitió identificar los estándares internacionales aplicables a los derechos humanos a la educación y a la salud. Segundo, el método sistemático jurídico que facilitó la identificación e interpretación de las normas jurídicas nacionales concatenadas con los artículos 3º y 4º constitucionales, que reconocen los derechos a la educación y a la salud. Tercero, el método comparativo que, con los insumos generados por la aplicación de los métodos de desempaque y sistemático, contribuyó a identificar el grado de armonización entre estándares constitucionales y convencionales y la regulación que hace la NOM-OO9-SSA3-2013 en relación con la formación de recursos humanos en materia de salud y del servicio social de los estudiantes de medicina.

El documento se divide en tres apartados. En el primero se exponen los fines que se persiguen con la prestación del servicio social de medicina, desde la normativa internacional y nacional. En el segundo se precisan los estándares internacionales aplicables a los derechos humanos a la educación y a la salud, haciendo énfasis en el derecho a la formación de recursos humanos en materia de salud que surge de estos, y se analiza de qué forma los estándares señalados han sido recogidos por el derecho mexicano. En el tercer apartado se realiza el análisis de la NOM-OO9-SSA3-2013 y se presentan los hallazgos que del mismo derivan. Por último, se exponen las principales conclusiones del estudio.

## **1. La teleología del servicio social en México**

Para entender con claridad cuáles son los fines del servicio social en México, es necesario abordar al menos de forma general lo referente al contexto en el que surgió.

El punto de partida es el 1 de diciembre de 1934, día en que Lázaro Cárdenas del Río inicia su sexenio como presidente de México. Inicialmente es relevante señalar que durante su gobierno por primera vez el país se rigió por un Plan Sexenal, mismo que había sido elaborado con anterioridad por el Partido Nacional Revolucionario (PNR) en su segunda Convención Ordinaria realizada en Querétaro con el propósito de desarrollar una política social, económica y administrativa que hiciera realidad los ideales y postulados de la

revolución iniciada en 1910 (Montes de Oca, 2008: 496). Este plan fue la base de todas las acciones emprendidas por el presidente Cárdenas.

Como parte de los nuevos proyectos, supeditados a la reforma agraria que fue el punto central y distintivo del sexenio cardenista, la medicina y la educación fueron dos de los temas de interés para el nuevo régimen (Meza, 2014: 611). De acuerdo con el presidente, la educación y la cultura serían “las máximas colaboradoras del sindicato, de las cooperativas y de las comunidades agrarias”, ya que contribuirían a sacar de la ignorancia, la pobreza y la enfermedad a las poblaciones de las regiones marginadas del país, primordialmente las rurales (González, 2005: 9).

El 13 de diciembre de 1934 se publicó en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el decreto por el que se reformó por primera vez el texto del artículo 3º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 quedando de la siguiente manera:

La educación que imparta el Estado será socialista, y además de excluir toda doctrina religiosa combatirá el fanatismo y los prejuicios, para lo cual la escuela organizará sus enseñanzas y actividades en forma que permita crear en la juventud un concepto racional y exacto del universo y de la vida social... (DOF, 1934: 1)

La imposición del proyecto de educación socialista, comprendía todas las escuelas del país incluida la Universidad, lo cual violaba las bases de la autonomía de dicha institución (Contreras, 2004: 103).

Posterior a la publicación de esta reforma, las reacciones no se hicieron esperar y por ello en 1935 la Universidad Nacional Autónoma de México (en ese momento Universidad Autónoma de México), fue considerada una institución antirrevolucionaria y opositora al proyecto educativo del Estado (Ramírez, 2012: 281).

Se consideraba, además, que los universitarios eran ciudadanos privilegiados que gozaban de prerrogativas, sin tomar en cuenta lo que la formación profesional aportaba al país (Ramírez, 2012: 281).

De acuerdo con Meza (2014: 616) la Universidad intentó sosegar los continuos ataques en su contra que enfatizaban la falta de compromiso de los universitarios con las necesidades sociales de los sectores más necesitados del país y con el progreso nacional mediante la creación del Departamento de Acción Social en enero de 1936, mismo que impulsó la participación de la comunidad universitaria en actividades de asistencia social, entre ellas diversas brigadas con la finalidad de proporcionar atención médica y dental gratuita a personas de localidades en condición de vulnerabilidad económica.

Posteriormente, a mediados del mismo año a partir de la firma de un convenio entre la Escuela de Medicina de la Universidad Autónoma de México y el Departamento de Salubridad Pública del Gobierno Federal, se establece como requisito obligatorio para la obtención del título profesional el servicio médico social. En dicho convenio se acordó que el programa del servicio médico social debía tener como objetivo principal:

...beneficiar al pueblo, cumpliendo con los siguientes postulados: contribuir a lograr una distribución de los médicos en el territorio nacional; hacer labor de educación higiénica y médica; proporcionar servicio profiláctico individual y colectivo; proporcionar servicio médico curativo; hacer investigación científica y sanitaria, aplicable en la práctica, en la región, y colaborar efectivamente con el

Departamento de Salubridad para la elaboración de estadísticas, censos, gráficas y mapas. (Secretaría de Salud, 1936: 12)

En agosto de ese año, 248 pasantes de la carrera de médico cirujano eligieron diversas localidades de una lista previamente elaborada y permanecieron en ellas brindando su servicio social por un periodo de cuatro a cinco meses, con el goce de una beca mensual de noventa pesos (Montero y Cruz, 2014: 80).

Como se observa, el servicio social médico fue el primero en implementarse en el país y en establecerse como obligatorio para la obtención del título profesional; este será el objeto de estudio en lo que resta del apartado.

Lo antes expuesto respecto al origen del servicio médico social en México, proporciona una idea de su finalidad. Esto es, la importancia que tiene la salud para lograr el bienestar y correcto desarrollo de las personas y las sociedades; y la necesidad de que los valores, conocimientos y habilidades adquiridos en la universidad beneficien directamente a los sectores más vulnerables de la población.

Respecto a los fines que se persiguen con la prestación del servicio social de medicina, debe decirse que, la normativa internacional obligatoria para México reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 1966: 12.1; Organización de los Estados Americanos [OEA], 1988: 10.1), además precisa que el Estado debe reconocer la salud como un bien público y adoptar medidas para garantizar ese derecho, tales como la creación de condiciones que aseguren asistencia y servicios médicos en casos de enfermedad a todas las personas que los requieran (ONU, 1966: 12.1; OEA, 1988: 10.1). El cumplimiento de esta obligación resulta todo un reto para cualquier país porque los recursos económicos y humanos disponibles son limitados, incluso el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) establece que el grado de garantía del derecho a la salud dependerá de las condiciones prevalecientes en el Estado del que se trate (2000: 4); sin embargo, lo anterior no es una excusa para incumplir con la obligación pactada porque pese a las condiciones imperantes en el Estado, este debe garantizar un mínimo vital, que en este caso sería brindar la atención médica a todas las personas sin excepción alguna y posteriormente conforme al principio de progresividad de los derechos humanos, avanzar en la medida de lo posible, haciendo uso del máximo de los recursos disponibles y sin regresividad.

Es en ese punto donde se da la conexión entre el servicio médico social y la normativa internacional; porque en cumplimiento de la obligación anterior, el Estado dispone de todos los recursos humanos con los que cuenta; haciendo llegar a los estudiantes de medicina que están por egresar de las Instituciones de Educación Superior (IES) a diversos establecimientos para la atención médica en los que su colaboración es fundamental para lograr el objetivo planteado, que es el de brindar atención médica al mayor número posible de personas.

Con la prestación del servicio médico social, además de lo anterior, se consigue que los estudiantes adquieran experiencia en el que será su espacio de desarrollo profesional, complementando así su formación.

Por otro lado, en la normativa mexicana se reconoce que toda persona tiene derecho a la salud (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [CPEUM], 1917: 4) y se establece que los beneficiados directamente por los servicios educativos deberán prestar servicio social como requisito para obtener título o grado académico (Ley General de Educación [LGE], 2019: 137).

Respecto a la finalidad del servicio médico social, se advierte que es la de obtener la participación de los pasantes en las unidades del primer nivel de atención, prioritariamente en las áreas de menor desarrollo económico y social (Ley General de Salud [LGS], 1984: 87) y complementar la formación de recursos humanos para la salud (LGS, 1984: 89).

Por último, de la revisión de la normativa internacional y nacional es posible concluir que ambas coinciden en que la doble finalidad del servicio médico social es la de hacer uso de todos los recursos humanos disponibles para cumplir con la obligación de garantizar la disponibilidad de personal médico en los establecimientos para la atención médica y la de complementar la formación profesional de los pasantes de medicina, mediante la prestación de su servicio; en el que pueden poner en práctica los conocimientos adquiridos durante el transcurso de sus estudios en las IES e incrementar sus habilidades, en beneficio de la sociedad.

En el siguiente apartado se aborda lo relativo a los estándares internacionales aplicables al derecho a la educación y a la salud, dado que son estos los que entran en juego en la relación que surge a partir de la prestación de servicio médico social, específicamente entre el pasante, entendido como un estudiante de educación superior, y el paciente que recibe atención médica en un establecimiento para la atención médica por parte del estudiante.

## **2. Estándares internacionales de los derechos humanos a la educación y a la salud**

Los derechos humanos a la educación y a la salud se encuentran regulados en tratados internacionales tanto del Sistema Universal como del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, que es el sistema regional de protección que aplica para el presente estudio.

Además, como resultado de muchos años de desarrollo doctrinal y de experiencia litigiosa, se ha logrado determinar que para que un Estado cumpla cabalmente con sus obligaciones convencionales respecto a esos derechos, debe satisfacer diversas obligaciones generales; las de promover, respetar, proteger y garantizar, conforme a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; además, que la obligación de garantizar se debe cumplir atendiendo a los elementos esenciales de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad; se sabe también que derivado de la intersección de esos derechos surgen derechos específicos, a los que el Estado también debe dar cumplimiento.

En el presente apartado se desarrollarán, respecto a los dos derechos antes mencionados, los estándares internacionales mínimos que el Estado mexicano debe cumplir.

Para empezar, el derecho a la educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable para la realización de otros derechos humanos (CDESC, 1999: 1). Ha sido reconocido en instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos(DUDH) (1948: 26), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) (1966: 13), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) (1969:26) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PACADHDESC) (1988:13); mismos que coinciden en que la educación debe tener por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana, del sentido de su dignidad y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales (ONU, 1948: 26; ONU, 1966: 13; OEA, 1988:13).

Como se mencionó con anterioridad, los Estados partes de estos tratados tienen obligaciones generales respecto a este derecho. La primera de ellas es la de promover el derecho a la educación, esto es, darlo a conocer a las personas que habitan en su territorio con la finalidad de lograr cambios en la conciencia pública, en la percepción y el entendimiento de este (ONU, 2016: 8), por ejemplo, mediante procesos de sensibilización y capacitación respecto a la importancia y obligatoriedad de la educación básica o respecto a la necesidad de espacios educativos libres de violencia.

La segunda es la de respetar el derecho a la educación, esta es una obligación de no hacer que implica que el Estado debe evitar interferir en el goce de este derecho, ejemplo de ello es que debe abstenerse de orientar la educación pública hacia alguna religión, de lucrar con la educación mediante el cobro de cuotas o de imponer prácticas discriminatorias en los procesos de selección y admisión.

La tercera de ellas es la de proteger este derecho, lo cual implica que el Estado debe adoptar medidas para prevenir violaciones a este derecho, por ejemplo, generando toda la normatividad en materia educativa necesaria para que el proceso educativo se desarrolle adecuadamente y todas las autoridades y sujetos involucrados cumplan con lo que les corresponde.

Por último, la de garantizar implica que el Estado debe realizar todas las acciones necesarias para lograr la plena efectividad del derecho a la educación entre ellas las de diseñar e implementar políticas educativas, construir y adquirir la infraestructura y materiales educativos necesarios, así como formar y capacitar al personal docente, entre muchas otras.

Ahora bien, la educación en todas sus formas y niveles debe garantizarse conforme a los siguientes elementos esenciales interrelacionados; el de disponibilidad, que implica que el Estado debe crear suficientes instituciones educativas que cuenten con todos los bienes y servicios necesarios para su correcta operación tales como personal docente profesional, capacitado y bien remunerado, bibliotecas, materiales de enseñanza, áreas tecnológicas, deportivas y sanitarias en condiciones adecuadas; el de accesibilidad, que consiste en que los servicios educativos deben ser accesibles geográfica y económicamente para todas las personas sin discriminación alguna; el de aceptabilidad que conlleva que la forma y los contenidos deben ser culturalmente adecuados y pertinentes para todos los estudiantes,

esto es, la educación que las personas reciben debe ser respetuosa de su identidad, de la composición pluricultural de México y de cualquier otra diferencia; finalmente, el de calidad supone que los establecimientos, bienes y servicios educativos deben ser apropiados desde el punto de vista científico.

Por cuanto hace a la salud debe decirse que es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos, por eso toda persona tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente (CDESC, 2000: 1). Este derecho es reconocido en tratados internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948: 25), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966:12) y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988: 10).

Los Estados partes de estos tratados deben cumplir con las obligaciones generales antes mencionadas, que a grandes rasgos, en materia de salubridad implican lo siguiente:

La de promover, que se difunda entre la población información relativa a la prevención y tratamiento de problemas de salud, en especial aquellos que afectan a grandes porcentajes de la población como la obesidad, los tipos de cáncer más frecuentes o aquellos que van en aumento como las adicciones, entre otros.

La de respetar, que el Estado se abstenga de realizar prácticas que obstaculicen el goce del derecho a la salud como las de denegar o limitar el acceso igual a todas las personas, realizar procedimientos quirúrgicos a las personas sin su consentimiento o impedir que se difunda información relacionada con la salud.

La de proteger, que el Estado impida posibles violaciones a este derecho por parte de terceros o sus propios agentes mediante la creación de condiciones que aseguren a todas las personas los servicios de salud, generación de un plan para la capacitación y actualización de los recursos humanos en materia de salud, entre otras acciones.

Finalmente, la de garantizar implica que el Estado debe generar la política nacional de salud, previo diagnóstico de la situación en la materia; para así poder identificar los principales problemas que afectan a la población, la información que debe hacerse llegar con mayor urgencia y la manera en que se atenderán todos aquellos asuntos que son materia de salubridad general, además deben garantizar la atención de la salud, en particular estableciendo programas de inmunización contra las principales enfermedades infecciosas, y velar por el acceso igual de todos a los factores determinantes básicos de la salud, como alimentos nutritivos sanos y agua potable, servicios básicos de saneamiento y vivienda y condiciones de vida adecuadas (CDESC, 2000: 14).

Al igual que la educación, la salud en todas sus formas y niveles debe garantizarse conforme a los elementos esenciales interrelacionados siguientes:

Disponibilidad, esto es, que los Estados deben proveer establecimientos, bienes y servicios de salud suficientes para todas las personas que los requieran; esto no solo implica la construcción de clínicas u hospitales, sino que estos cuenten con personal médico suficiente y capacitado, materiales de curación, medicamentos y agua potable, entre otros.

Accesibilidad, que implica que los establecimientos, bienes y servicios deben ser accesibles físicamente, es decir que por ejemplo una clínica se encuentre a una distancia razonable de la comunidad rural más alejada, para que quien necesite atención médica logre trasladarse hasta ahí, que los factores determinantes para la salud como el agua potable lleguen hasta donde sean requeridos y que las instalaciones cuenten con rampas y demás infraestructura necesaria para las personas con discapacidad; también deben ser accesibles económicamente para que puedan estar al alcance de todas las personas, los pagos deben basarse en el principio de equidad con el fin de evitar que en los menos favorecidos recaiga una carga desproporcionada que los orille a descuidar su salud por no poder pagar las cuotas que se les exigen; además estos deben ser accesibles para todas las personas sin discriminación de ningún tipo.

Aceptabilidad, que consiste en que todos los establecimientos, bienes y servicios que se otorguen, deben ser respetuosos de los contextos y la cultura o creencias de quien los reciba.

Calidad, esto es, que los servicios sean proporcionados por personal profesional y capacitado, que las instalaciones sean adecuadas e higiénicas y que los insumos se encuentren en las condiciones requeridas para que cumplan con el propósito para el que están siendo utilizados.

Respecto a los dos derechos que son objeto de estudio de este apartado, el Estado debe cumplir las obligaciones generales antes mencionadas bajo los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

El primero de ellos implica que los derechos humanos a la educación y a la salud son para el goce de todas las personas, sin discriminación; por ejemplo, no solo que se permita la inscripción de una niña con discapacidad motriz a una escuela primaria, sino que además en esta escuela existan rampas para que ella pueda trasladarse a su salón, a los baños, a la cafetería, al centro de cómputo, a la biblioteca y a todos los lugares que sean necesarios, sin problema.

El segundo consiste en que los derechos humanos a la educación y a la salud están interrelacionados de tal manera que la violación a uno de ellos, potencializa la violación del otro, por ejemplo, si a un adolescente no le fue garantizado su derecho a la salud mediante atención médica oportuna y de calidad después de haber sufrido un accidente en el que se lesionaron sus corneas y por ello pierde la vista permanentemente, posiblemente con posterioridad también se verá afectado su derecho a la educación, si en la institución educativa en la que cursa el bachillerato no se cuenta con recursos humanos capacitados o los insumos necesarios para que pueda continuar con sus actividades escolares de manera adecuada.

El tercero consiste en que los derechos humanos a la educación y a la salud se encuentran en el mismo nivel, sería incorrecto decir que alguno de ellos es más o menos importante que el otro, o sacrificar uno por otro. Por ejemplo, sería una violación al derecho humano a la salud de una persona, que para efectos didácticos en un hospital se permitiera que un estudiante de medicina practicara una cirugía a una persona, sin supervisión de algún médico con experiencia, justificándolo como necesario para la formación del futuro

médico. En este caso se está sacrificando la salud de una persona por la educación de otra. O, por el contrario, que, por la satisfacción del derecho a la salud de las personas de una comunidad, se tenga a uno o varios pasantes de servicio social de medicina en condiciones de explotación y sin orientación académica que enriquezca su formación.

El principio de progresividad (ONU, 1966: 2.1; OEA, 1969: 26), es fundamental para lograr avances en materia de derechos humanos, este implica que los Estados deben adoptar medidas con la finalidad de avanzar hacia la efectiva realización de los derechos, siempre en incremento. Por ejemplo, ampliando el catálogo de padecimientos que se atienden gratuitamente en instituciones públicas de salud o incrementando la matrícula en instituciones educativas. En los avances logrados no se permite la regresividad, es decir disminuir los avances que se han logrado. Lo ideal es que el presupuesto se incremente gradualmente, si esto no es posible por las condiciones prevalecientes en el Estado, este debe comprometerse a hacer uso máximo de los recursos disponibles.

Es importante hacer énfasis en que para lograr la materialización del principio de progresividad es necesario que este se acompañe de los siguientes principios de aplicación: la identificación de los elementos mínimos de cada derecho, la prohibición de aplicaciones regresivas del derecho, y el máximo uso de recursos disponibles (Vásquez y Serrano, 2011: 165).

Este último principio de aplicación consiste en que, si un Estado no está en condiciones de incrementar el presupuesto para educación o salud, al menos debe comprometerse a utilizar de manera eficiente el máximo de los recursos disponibles, utilizándolo en las necesidades prioritarias y en beneficio de los sectores más vulnerables de la población, siempre de manera transparente.

Como se observa, entre los derechos humanos a la educación y a la salud de producen diversas convergencias, sobre todo al plantear la relación existente entre los estudiantes de IES que realizan su servicio social en instituciones de salud y las personas que acuden a recibir atención médica a estas últimas.

Como se dijo con anterioridad, para que el Estado garantice el derecho a la salud debe existir disponibilidad de unidades médicas, pero además, estas deben contar con personal médico profesional y debidamente capacitado, suficiente para otorgar atención de calidad a todas las personas que acudan a ejercer su derecho; por otro lado los estudiantes de medicina en ejercicio de su derecho humano a la educación superior, como parte de su formación profesional tienen derecho a recibir educación de calidad que les proporcione no solo conocimientos teóricos sino que además les permita conocer el campo médico y practicar con la finalidad de desarrollar habilidades, que les serán necesarias para enfrentarse a la vida laboral con posterioridad, por ejemplo cuando sea necesario que realicen una cirugía o dirijan un parto.

Es entonces que de la intersección de los derechos humanos a la salud y a la educación deriva un derecho específico que es, el derecho a la formación de recursos humanos en materia de salud. Ese derecho en sí mismo tiene implicaciones propias muy específicas y por obvias razones, tiene tintes de los derechos que le dieron origen. El cumplimiento de

este derecho es fundamental para lograr el cumplimiento del derecho humano a la educación superior y del derecho humano a la salud.

De la misma forma en que fueron desglosadas las obligaciones generales, elementos esenciales y principios aplicables a los derechos humanos a la educación y a la salud, se hará para el derecho humano a la formación de recursos humanos en materia de salud.

Para empezar, debe destacarse que las obligaciones derivadas de este derecho les corresponden a todas las autoridades legislativas, ejecutivas y judiciales, de todos los órdenes de gobierno en el ámbito de sus respectivas competencias.

La de promover en este caso, consiste en dar a conocer este derecho, su importancia e implicaciones; sobre todo a los principales actores involucrados como directivos de las IES, estudiantes, académicos y directivos de las facultades de medicina y personal de las unidades de salud.

La de respetar, implica que el Estado debe abstenerse de interferir en el disfrute de este derecho de cualquier forma, como por ejemplo obstaculizando que la formación de los recursos humanos en materia de salud sea en la medida de lo posible gratuita y de calidad, utilizando en condiciones de explotación a los pasantes de servicio social de medicina para disimular el desabasto de personal médico suficiente en las unidades de salud o dejándolos al frente de una unidad médica rural sin la supervisión del o los médicos adscritos.

La de proteger, implica que el Estado debe regular de manera clara y eficiente las condiciones en las que se debe formar a los recursos humanos en materia de salud y los requisitos técnicos que deben cumplir las unidades médicas que reciban a los pasantes de servicio social para evitar que en la práctica se distorsione la finalidad, para la que están ahí; además esta obligación incluye que las autoridades de salud se aseguren de que los pasantes y los profesionales de salud reúnan las condiciones necesarias de educación, experiencia y deontología (CDESC, 2000: 35).

Y finalmente la de garantizar, implica que el Estado genere todas medidas legislativas, administrativas, económicas y técnicas con la finalidad de lograr la materialización de este derecho. Por ejemplo, creando un plan de formación y actualización de recursos humanos en materia de salud, aumentando la oferta de programas educativos de medicina y contratando personal médico para las unidades médicas que más lo requieren con la finalidad de que los estudiantes que realizan ahí su servicio social sean orientados y supervisados correctamente, entre otras medidas. Además, esta obligación requiere que el Estado vele por la apropiada formación de los facultativos y demás personal médico, el fomento a las investigaciones médicas y la educación en materia de salud (CDESC, 2000: 36).

Esas obligaciones deben cumplirse conforme a los siguientes elementos esenciales:

Disponibilidad, que implica que debe existir un número suficiente de IES que oferten programas académicos relacionados con la salud, pero además que estos cuenten con personal académico suficiente, profesional, capacitado y bien remunerado que forme de manera integral y con calidad a los futuros médicos.

Accesibilidad, que consiste en que debe ser económica y geográficamente posible ingresar a estos programas educativos; lo primero garantizando que en la medida de lo

posible estos programas sean gratuitos y lo segundo ofertándolos en zonas rurales, no solo en las grandes ciudades. Además de lo anterior debe garantizarse el acceso a todas las personas sin discriminación alguna, para ello deben analizarse que los procedimientos de ingreso no sean discriminatorios y consideren las diferencias que existen entre todos los aspirantes a dichos programas.

Aceptabilidad, que obliga al Estado a que el fondo y la forma de los programas académicos sean respetuosos de la cultura de los aspirantes y estudiantes, así como de la ética médica.

Finalmente, el de calidad, implica que la formación de recursos humanos en materia de salud debe alcanzar los más altos estándares posibles de competencia, pertinencia y cualquier otra cualidad que genere recursos humanos integralmente capacitados.

Debe destacarse que de la misma manera que los derechos humanos a la educación y a la salud, el derecho a la formación de recursos humanos en materia de salud debe garantizarse bajo los principios siguientes:

El de universalidad, esto significa que este derecho debe garantizarse a todas las personas sin discriminación, por ello es necesario verificar que los procesos de ingreso de las IES seleccionen a las mejores personas de acuerdo con sus méritos y habilidades, pero sin discriminar por condiciones sexo-genéricas, socioeconómicas, étnicas, religiosas o de cualquier otro tipo.

El de indivisibilidad implica que los derechos humanos deben ser vistos como un todo, por ello entre estos no existe jerarquía, no hay derechos más o menos importantes, en este sentido debe entenderse que el derecho humano a la educación superior, el derecho humano a la formación de recursos humanos en materia de salud y el derecho humano a la salud, son igualmente importantes; no debe sacrificarse el goce de uno por otro.

El de interdependencia, conlleva que la violación de uno los derechos sujetos a análisis potencializa la violación de los otros, por ejemplo si un Estado reduce el presupuesto que anualmente recibía una institución de educación y en consecuencia esta se ve obligada a disminuir un 20% su matrícula en todos los programas educativos, no solo se está violando el derecho a la educación superior de los próximos aspirantes a esa IES, sino que además se potencializa la violación del derecho humano a la formación de recursos humanos en materia de salud, porque si en convocatorias anteriores se aceptaban 150 estudiantes en la facultad de medicina, ahora ya solo tienen la posibilidad de formar a 120, lo que en el futuro también podría traducirse en la violación del derecho humano a la salud porque en las unidades de salud no existirá personal suficiente para atender a quienes lo requieran.

Por último, el principio de progresividad implica que el Estado siempre debe actuar con la finalidad de avanzar de manera paulatina pero constante en la satisfacción de los derechos, el ejemplo anterior es una muestra de cómo la inobservancia de este principio desencadena una serie de violaciones y retrocesos a los derechos humanos.

Los recursos humanos en materia de salud deben ser formados en materia de derechos humanos, lo que implica no solo conocer la teoría básica, sino también que se les dote de una serie de principios prácticos sobre cómo aplicar el enfoque de derechos humanos en la práctica clínica y cómo mantener el respeto a la dignidad de los pacientes. Además, se les

debe ofrecer educación especializada a quienes trabajan en circunstancias en las que es más probable que se presente vulneraciones a los derechos, por ejemplo comunidades con altos índices de VIH o de feminicidio y violencia de género (ONU, 2005: 15).

Por todo lo anteriormente expuesto, se afirma que los profesionales de la salud son un elemento clave para la realización del derecho humano a la salud; para lograr servicios de salud de calidad, deben formarse recursos humanos con educación superior de calidad.

Los estándares internacionales aplicables a los derechos humanos que se abordaron en este apartado han sido recogidos en el derecho mexicano a nivel constitucional, en leyes generales y en criterios jurisprudenciales.

Para empezar, en el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dado que en esta se establece que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la misma, en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección. Esto implica que el Estado mexicano no solo está obligado respecto a los derechos reconocidos explícitamente en sus normas internas, sino también a dar cumplimiento a los derechos consagrados en los tratados internacionales que por su voluntad soberana ha firmado y ratificado.

En este precepto constitucional también se dispone que las normas relativas a derechos humanos deben interpretarse conforme a la constitución y los tratados internacionales con la finalidad de que se otorgue a las personas la protección más amplia, por lo que los derechos humanos no pueden ser interpretados de manera aislada o individual, de ser así, ese ejercicio sería insuficiente y carente de contenido.

El artículo 3 de la Constitución federal reconoce el derecho humano a la educación, específicamente en su fracción VII aborda lo relativo al derecho humano a la educación superior y en el artículo 4 se reconoce el derecho humano a la salud, sin embargo, como ya se dijo estos deben ser estudiados sistemáticamente, como parte de una estructura y no estarse solamente al texto literal en el que se les reconoce.

Posteriormente, derivado del reconocimiento de estos derechos a nivel constitucional y convencional, es que fueron emitidas la Ley General de Educación que tiene la finalidad de regular la educación que imparte el Estado, sus organismos descentralizados y los particulares con autorización o con reconocimiento de validez oficial de estudios y la Ley General de Salud que establece las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general.

Como ya se dijo, otra manera en que los estándares han sido recogidos es a través de los tribunales mexicanos, mismos que se han pronunciado al respecto mediante tesis jurisprudenciales que son de aplicación obligatoria para los juzgadores de todo el país. Respecto al derecho humano a la educación superior la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), ha determinado que su contenido debe centrarse en la materialización de un plan de vida libremente elegido, por lo que este tipo de educación tiene como finalidad la provisión de herramientas necesarias para concretarlo (SCJN, 2017: 182), es por ello que el Estado y las IES deben generar las condiciones para formar de manera integral a sus

estudiantes, como personas participativas, solidarias, responsables y críticas; no solamente personas con información memorizada.

Asimismo, la SCJN ha sostenido lo que se dijo con anterioridad respecto a la necesidad de que los valores, conocimientos y habilidades adquiridos en la universidad beneficien directamente a la población, al determinar que la educación superior está conectada estrechamente con la obtención de determinados objetivos o fines colectivos, tales como el desarrollo del conocimiento científico y tecnológico, el fomento de la cultura y de actividades económicas, por lo que las obligaciones de promoción del Estado no pueden desvincularse de estas finalidades sociales cuya maximización beneficia a la sociedad en general (SCJN, 2017: 182), y sobre todo debe llegar a los grupos poblacionales menos favorecidos.

Por cuanto hace al derecho a la salud, la SCJN se ha pronunciado respecto a la necesidad de que los Estados reconozcan suficientemente el derecho a la salud en sus ordenamientos jurídicos nacionales, en ese sentido México cuenta con el reconocimiento de ese derecho a nivel constitucional. Señala también, que de preferencia debe hacerlo mediante la aplicación de leyes, como por ejemplo la Ley General de Salud y adoptando una política nacional de salud acompañada de un plan detallado para su ejercicio, cuando menos en un mínimo vital que permita la eficacia y garantía de otros derechos; agrega que es fundamental que emprendan actividades para promover, mantener y restablecer la salud de la población (SCJN, 2013: 1759), esto en el mismo sentido de lo señalado en la Observación General número 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Finalmente, a partir de que en la Contradicción de tesis 293/2011 la SCJN manifestó la necesidad de reconocer la vinculatoriedad de los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Cridh) de los casos en los que México no fue parte (las sentencias emitidas por la Cridh en las que México fue parte del litigio ya eran consideradas vinculantes conforme al Expediente Varios 912/2010), bajo el razonamiento de que la jurisprudencia de la Cridh es una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, misma que en términos del artículo 1º constitucional es vinculante para México (Jongitud, 2019:102); actualmente toda la jurisprudencia emitida por la Cridh es obligatoria para las autoridades mexicanas. En este sentido, lo que el tribunal interamericano manifieste respecto a los derechos a la educación y a la salud debe ser acatado por las autoridades antes mencionadas.

Todo lo anterior da cuenta de los estándares internacionales aplicables a los derechos humanos a la educación y a la salud, y la manera en que han sido recogidos por el derecho mexicano.

### **3. Análisis de la NOM relativa a la educación en salud y los campos clínicos para la prestación del servicio social**

Como se dijo en el apartado anterior, para cumplir con su obligación de garantizar los derechos humanos, el Estado debe generar políticas públicas en materia de educación y salud, es por ello que la Secretaría de Salud (SS) como instancia rectora del Sistema Nacional de Salud, tiene la atribución de establecer las bases para implementar y conducir la política

nacional que eleve la calidad de los servicios y de manera simultánea, apoyar la formación de recursos humanos para la salud que den respuesta efectiva a las necesidades de la población en la materia (SS, 2014: 0).

Además, conforme a sus atribuciones a la SS le corresponde emitir las Normas Oficiales Mexicanas (NOM), mediante las que se determinen los criterios para que los establecimientos para la atención médica se constituyan como campos clínicos en los que se lleven a cabo actividades correspondientes a distintas etapas de la formación de recursos humanos para la salud. En este apartado se hará referencia a la NOM-009-SSA3-2013, educación en salud. Criterios para la utilización de los establecimientos para la atención médica como campos clínicos para la prestación del servicio social de medicina y estomatología.

Resulta importante subrayar que una NOM es la regulación técnica de observancia obligatoria expedida por las dependencias competentes, que establece reglas, especificaciones, atributos, directrices, características o prescripciones aplicables a un producto, proceso, instalación, sistema, actividad, servicio o método de producción u operación, así como aquellas relativas a terminología, simbología, embalaje, marcado o etiquetado y las que se refieran a su cumplimiento o aplicación (Ley General de Metrología y Normalización [LGMN], 2018: 3).

Luego de las precisiones realizadas, se continuará con un análisis detallado de la estructura y contenido de la NOM, y se irán presentando los hallazgos más relevantes.

En el primer apartado de la NOM se expone que el objetivo de esta es, establecer los criterios mínimos para la utilización de los establecimientos para la atención médica de las instituciones del Sistema Nacional de Salud como campos clínicos para la prestación del servicio social de los pasantes de medicina y estomatología; como se observa, en el mismo no se mencionan conceptos clave que tendrían que ser ejes centrales de la NOM, como calidad, derechos humanos, derecho a la educación superior o derecho a la salud; lo anterior resulta preocupante en un contexto como el actual en el que existe toda una estructura que respalda el enfoque de derechos humanos.

Posteriormente, en la NOM se define el servicio social como un trabajo de carácter temporal y mediante retribución, que ejecutan y prestan los pasantes en interés de la sociedad y del Estado; sin embargo, la Ley General de Educación no prevé el servicio social como un trabajo, esta señala que las personas beneficiadas directamente por los servicios educativos de instituciones de los tipos de educación superior deberán prestar servicio social o sus equivalentes y que esto es un requisito previo para obtener título o grado académico correspondiente. Como se observa son concepciones opuestas, sin embargo, dado que la naturaleza del servicio social es educativa y que esta última norma es de mayor jerarquía, la que debe prevalecer es la que aporta la Ley General de Educación. Entonces, el presente análisis parte de esa idea, de que el servicio social no es un trabajo sino una actividad de naturaleza educativa realizada por estudiantes de educación superior como parte de su formación en beneficio de la sociedad.

La NOM en análisis tendría que aportar claridad respecto a lo que le compete a las autoridades educativas y a las sanitarias, inicialmente señala que el servicio social es

responsabilidad de las IES (SS, 2014: 5.1), sin embargo en líneas posteriores establece que las instituciones deben realizar la programación de plazas en campos clínicos y en colaboración con las IES elaborar, aplicar y evaluar el programa operativo; realizar al inicio del servicio social actividades de inducción, establecer actividades de supervisión, asesoría y evaluación del desempeño de los pasantes en campos clínicos, entre otros; en consecuencia, queda claro que la responsabilidad del servicio social es tanto de las instituciones educativas, como de las sanitarias; no obstante en la redacción de la NOM se observa confusión.

La NOM-009-SSA3-2013 establece los requisitos para que un establecimiento para la atención médica se constituya como campo clínico para la prestación del servicio social de medicina, entre estos se encuentra el de celebrar un instrumento consensual entre la institución de salud y la de educación superior (SS, 2014: 5.3.1); posteriormente, señala que este instrumento debe:

- 5.5.1 Establecer los mecanismos de coordinación para el desarrollo de los programas académico y operativo correspondientes al servicio social en los campos clínicos.
- 5.5.2 Observar lo conducente en la normativa interna de la institución de salud y de la institución de educación superior, así como en las demás disposiciones jurídicas aplicables.
- 5.5.3 Celebrarse con al menos seis meses de anticipación al momento en que el establecimiento para la atención médica sea utilizado como campo clínico.
- 5.5.4 Establecer las obligaciones y prerrogativas para los pasantes, otorgadas en forma coordinada por la institución de salud y la de educación superior, con motivo de la prestación del servicio social.
- 5.5.5 Señalar las medidas disciplinarias que puedan imponerse a los pasantes, incluyendo las reglas de sustanciación del procedimiento que debe observarse en tales casos.
- 5.5.6 Señalar los mecanismos mediante los que se determinará la participación de los pasantes en servicio social en contingencias ambientales o antropogénicas. (SS, 2014: 5.5)

Se observa que la NOM faculta a las instituciones de salud y de educación superior para decidir y posteriormente plasmar en el instrumento consensual, lo relativo a todos los aspectos que integran el listado anterior. Varios de esos aspectos deberían estar regulados en la NOM y no en el instrumento consensual, básicamente por tres razones; la primera de ellas es que justamente la naturaleza de Norma Oficial Mexicana es la de una regulación técnica que establece especificaciones, atributos, directrices, características o prescripciones aplicables, en este caso, de un proceso, actividad o servicio, por lo anterior es válido y necesario que la NOM-009-SSA3-2013 sea lo más específica posible; la segunda es que algunos de los aspectos que aparecen en el listado y otros que ni siquiera se mencionan, deben ser retomados por la NOM conforme a los estándares nacionales e internacionales relativos al derecho a la educación superior y a la salud; y la tercera es que algunos de esos aspectos son tan importantes y delicados, que no pueden ser negociables, deben quedar expresamente regulados en la NOM.

El primero de los aspectos del listado que llama la atención es el relativo al establecimiento de los mecanismos de coordinación para el desarrollo de los programas académico y operativo correspondientes al servicio social en los campos clínicos, porque en la NOM al menos deberían contemplarse algunos parámetros mínimos que deben considerarse al generar los mecanismos de coordinación, por ejemplo, que como parte del

mecanismo se deben llevar a cabo reuniones trimestrales para dar seguimiento a los programas académico y operativo o que en estos programas deben delimitarse con claridad cuáles son las obligaciones de las IES y de salud, para que en caso de incumplimiento, exista claridad respecto a quién se le debe exigir que responda frente a sus compromisos.

Otro de los aspectos que de acuerdo con la NOM deben abordarse en el instrumento consensual es el de las obligaciones de los pasantes, se dice que estas deben ser otorgadas en forma coordinada por la institución de salud y la de educación superior, con motivo de la prestación del servicio social; sin embargo, en un apartado posterior de la NOM también se enlistan algunas con la instrucción de que los pasantes durante la prestación del servicio social en los campos clínicos deben:

- 8.1 Prestar atención médica y estomatológica según corresponda y realizar las acciones contenidas en los programas académico y operativo.
- 8.2 Informar a las instituciones de salud y de educación superior, cuando observen problemas en la infraestructura del campo clínico o exista deficiencia en el abasto de insumos, al inicio y durante la prestación del servicio social, para que las mismas procedan a atenderlas en el ámbito de su competencia.
- 8.3 Denunciar ante las autoridades competentes de la localidad e informar a las instituciones de salud y de educación superior, cuando se presente algún incidente que afecte la prestación del servicio social o considere que pone en riesgo su integridad física, para que las mismas procedan a atenderlo en el ámbito de su competencia.
- 8.4 Hacer uso adecuado de la infraestructura, equipo e insumos del campo clínico.
- 8.5 Aplicar el protocolo correspondiente de la institución de salud en caso de presentarse una urgencia médica, dejando constancia de ello en los registros oficiales del establecimiento para la atención médica.
- 8.6 Colaborar en la actualización del diagnóstico de salud de la comunidad en el área de influencia del campo clínico.
- 8.7 Entregar al finalizar el servicio social, el informe de las actividades realizadas. (SS, 2014: 8)

Una de las obligaciones se refiere a la función general que el pasante va a realizar, sin embargo, es tan amplia que podría llegar a constituir una problemática dado que como ya se dijo los prestadores de servicio social siguen siendo estudiantes en formación por lo que es necesario realizar una distinción entre los procedimientos médicos en los que tienen permitido participar y en los que no; porque además en ese listado de obligaciones, se prevé la participación de los pasantes en casos de urgencia. En cumplimiento de lo previsto por la Ley Federal sobre Metrología y Normalización (2018: 40) la NOM debería establecer las características y especificaciones que deban reunir los servicios cuando estos puedan constituir un riesgo para la seguridad de las personas o dañar la salud humana; es decir, realizar precisiones a cerca de los procedimientos en los que los pasantes si pueden intervenir, con la finalidad de proteger el derecho a la salud de los pacientes.

Siguiendo con el análisis de las obligaciones de los pasantes previstas en la NOM, se observa que dos de ellas, en realidad deben ser realizadas por órganos del Estado y no por los pasantes; la primera es la que señala que deben informar a las instituciones de salud y de educación superior, cuando observen problemas en la infraestructura del campo clínico o exista deficiencia en el abasto de insumos, al inicio y durante la prestación del servicio social, dicha actividad de supervisión corresponde a las autoridades de salud, por tratarse

de sus instalaciones y por ser una actividad necesaria para el eficaz cumplimiento de sus funciones sustantivas; la segunda es la que se refiere a que deben denunciar ante las autoridades competentes de la localidad e informar a las instituciones de salud y de educación superior, cuando se presente algún incidente que afecte la prestación del servicio social o considere que pone en riesgo su integridad física, para empezar es obligación del Estado brindar seguridad y realizar actividades de prevención del delito para evitar que el personal de salud, especialmente en comunidades alejadas de la ciudad, sean víctimas de la comisión de un delito, por otro lado, la realización de esta denuncia podría poner en riesgo la vida del pasante, por lo que lo ideal es que el Estado realice medidas preventivas, como la supervisión de los servicios.

Además, llama la atención que entre las obligaciones no se determine el número de horas de servicio que los pasantes deben realizar y los horarios o el número de horas diarias en que el servicio debe prestarse. La regulación del horario en que los pasantes deben prestar su servicio es fundamental en la NOM, porque es una manera de evitar que estos sean expuestos al cumplimiento de horarios excesivos.

Hay un tema sumamente relevante para proteger y garantizar los derechos humanos a la educación superior y a la salud que en la NOM se pasó por alto completamente, el de la supervisión. Los pasantes tienen derecho a una educación superior que los dote de herramientas para concretar su plan de vida en todos los aspectos, es por ello que durante su servicio social se les debe supervisar de manera orientadora con el fin de seguir contribuyendo a su formación profesional pero ahora, desde la práctica. Además, con este tipo de supervisión se protege el derecho a la salud de las personas que acuden a los establecimientos para la atención médica, dado que el hecho de que un pasante los atienda sin supervisión podría poner no solo en riesgo su salud sino también su vida e integridad, entre otros derechos. Por lo anterior, en este caso la supervisión académica y práctica de los estudiantes debe considerarse como un derecho específico indispensable para lograr que se garanticen el derecho humano a la formación de recursos humanos en materia de salud y el derecho humano a la salud.

Posteriormente, la NOM afirma que se deben otorgar prerrogativas a los pasantes, entre ellas las de asistencia legal en caso de incurrir en alguna responsabilidad con motivo de la prestación del servicio; atención médica, quirúrgica y farmacológica; atención de sus quejas, entre otras; sin embargo, las instituciones de salud y de educación superior, en realidad no tienen que otorgar ninguna prerrogativa, porque basta con que se les reconozca plenamente como estudiantes de educación superior y se les garanticen los derechos específicos derivados de la naturaleza del servicio social que prestan como lo son el derecho a ser formados como recursos humanos en materia de salud, el derecho a recibir educación en un ambiente libre de violencia, el derecho a recibir formación en materia de derechos humanos y el derecho a recibir supervisión, entre otros.

La NOM no lograr cumplir el estándar de protección relativo a que la educación superior debe tener por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana, del sentido de su dignidad y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales (ONU, 1948: 26; ONU, 1966: 13; OEA, 1988:13), porque en ningún apartado

de esta se prevé que la formación de los pasantes debe darse en ese sentido y no contempla la formación en materia de derechos humanos.

En cumplimiento del derecho a la educación de los pasantes de servicio médico social es necesario que se les forme en materia de derechos humanos; desde el curso de inducción que reciben se les deben impartir temas relativos a sus derechos y obligaciones, los derechos y obligaciones de los pacientes, ética médica, principios básicos como los de igualdad y no discriminación e interés superior del menor y por su puesto en materia de derechos humanos, desde aspectos teóricos básicos hasta consejos prácticos sobre como aplicar el enfoque de derechos humanos en la práctica clínica (ONU, 2005: 15).

Como se observa, la NOM que fue objeto de análisis en el presente apartado carece de una estructura y contenido que proteja y garantice los derechos a la educación superior y a la salud de todas las personas, empezando por su objetivo y la definición de servicio social que aporta, además contiene una serie de deficiencias que imposibilitan sea una Norma eficaz y que realmente establezca los mínimos para la utilización de los establecimientos para la atención médica como campos clínicos.

### **Conclusiones**

Desde su origen, el servicio social es una actividad de naturaleza educativa realizada por estudiantes de educación superior como parte de su formación profesional en beneficio de la sociedad.

Actualmente en México se cuenta con normatividad nacional e internacional que reconoce los derechos humanos a la educación superior y a la salud, sin embargo, es necesario generar avances respecto al derecho humano específico a la formación de recursos humanos en materia de salud que hasta el momento no ha sido tan explorado como los otros dos.

Algunas de las implicaciones más importantes respecto al derecho humano a la formación de recursos humanos en materia de salud es que esta formación debe darse desde y para los derechos humanos, con la finalidad de garantizar el derecho humano a la educación superior de los estudiantes y el derecho a la salud de los pacientes.

La Norma Oficial Mexicana NOM-009-SSA3-2013, educación en salud. Criterios para la utilización de los establecimientos para la atención médica como campos clínicos para la prestación del servicio social de medicina y estomatología no cumple con los estándares constitucionales y convencionales mínimos aplicables al derecho a la formación de recursos humanos en materia de salud porque parte de la idea de que el servicio social es un trabajo, no contempla la formación en materia de derechos humanos y porque al no prever la supervisión de los estudiantes que prestan servicio social potencializa el riesgo de violaciones a los derechos humanos a la educación superior, a la formación de recursos humanos en materia de salud y a la salud.

## Fuentes de consulta

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) (1999), *Observación general número 13. El derecho a la educación (artículo 13 del pacto, E/C.12/1999/10)*, Ginebra, Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas. Recuperado de: [https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos\\_hum\\_Base/CESCR/00\\_1\\_obs\\_grales\\_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN13](https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN13)

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) (2000), *Observación general número 14. El derecho a la salud (artículo 14 del pacto, E/C.12/2000/4 CESCR)*, Ginebra, Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas. Recuperado de: [https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos\\_hum\\_Base/CESCR/00\\_1\\_obs\\_grales\\_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN14](https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN14)

*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.* (2020). México: Diario Oficial de la Federación. Recuperado de: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1\\_060320.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_060320.pdf)

Contreras, G. (2004). La Universidad Nacional y Autónoma. En *Perfiles Educativos*, (26), 105-106. Recuperado de: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0185-26982004000100010](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-26982004000100010)

Diario Oficial de la Federación (DOF), (1934). *Decreto que reforma el artículo 3º y la fracción XXV del 73 constitucionales.* México. Recuperado de: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM\\_ref\\_020\\_13dic34\\_imagen.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_020_13dic34_imagen.pdf)

González, L. (2005). *Historia de la Revolución Mexicana: 1934-1940.* México: El Colegio de México.

Jongitud, J. (2019). Análisis de la jurisprudencia derivada del expediente 293/2011. En *Enfoques jurídicos*, 20(40), 99-120. Recuperado de: <http://www.letrasjuridicas.com.mx/wp-content/uploads/2019/10/R40-Art06.pdf>

*Ley Federal sobre Metrología y Normalización.* (2018). México: Diario Oficial de la Federación. Recuperado de: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/130\\_150618.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/130_150618.pdf)

*Ley General de Educación.* (2019). México: Diario Oficial de la Federación. Recuperado de: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGE\\_300919.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGE_300919.pdf)

*Ley General de Salud.* (2020). México: Diario Oficial de la Federación. Recuperado de: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142\\_240120.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142_240120.pdf)

Meza, I. (2014). De la universidad al campo: el establecimiento del servicio médico social en la Universidad Autónoma de México (1934-1940). En *Historia Mexicana*, 64(2), 607-644. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/pdf/600/60046996003.pdf>

Montero, E. y Cruz, M. (2014). Servicio social de medicina en el primer nivel de atención médica: de la elección a la práctica. En *Revista de la Educación Superior*, 43(4), 79-99. Recuperado de: [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0185-27602014000400005](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-27602014000400005)

Montes de Oca, E. (2008). La disputa por la educación socialista en México durante el gobierno Cardenista. En *Educere: Revista Venezolana de Educación*, 12(42), 495-509. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/pdf/356/35614569010.pdf>

Organización de las Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Estados Unidos de América: Asamblea General. Recuperado de: <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

Organización de las Naciones Unidas. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)*. Estados Unidos de América: Asamblea General. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

Organización de las Naciones Unidas. (2005). Informe del Relator Especial del Derecho a la Salud. Estados Unidos de América: Asamblea General. Recuperado de: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/486/80/PDF/N0548680.pdf?OpenElement>

Organización de las Naciones Unidas. (2016). 20 Claves para conocer y comprender mejor los derechos humanos. México: Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Recuperado de: [http://www.hchr.org.mx/images/doc\\_pub/20claves\\_2016\\_WEB.pdf](http://www.hchr.org.mx/images/doc_pub/20claves_2016_WEB.pdf)

Organización de los Estados Americanos. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Costa Rica: Asamblea General. Recuperado de: [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf)

Organización de los Estados Americanos. (1988). *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PACADHDESC)*. El Salvador: Asamblea General. Recuperado de: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>

Ramírez, C. (2012). El entorno histórico en el que se dio el servicio social. En *Gaceta Médica de México*, 148, 281-283. Recuperado de: [https://www.anmm.org.mx/GMM/2012/n3/GMM\\_148\\_2012\\_3\\_281-283.pdf](https://www.anmm.org.mx/GMM/2012/n3/GMM_148_2012_3_281-283.pdf)

Secretaría de Salud. (1936). *Acuerdo UNAM - Salubridad Pública del Gobierno Federal respecto a la obligatoriedad del servicio médico social*. México.

Secretaría de Salud. (2014). *Norma Oficial Mexicana NOM-009-SSA3-2013, educación en salud. Criterios para la utilización de los establecimientos para la atención médica como campos clínicos para la prestación del servicio social de medicina y estomatología*. México: Diario Oficial de la Federación. Recuperado de: [http://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5354092&fecha=28/07/2014](http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5354092&fecha=28/07/2014)

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2013). *Derecho a la salud. Forma de cumplir con la observación general número 14 del comité de los derechos sociales y culturales de la Organización de las Naciones Unidas, para garantizar su disfrute*. México: Semanario Judicial de la Federación.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2017). *Derecho a la educación superior. Su contenido y características*. México: Semanario Judicial de la Federación.

Vásquez, L. y Serrano, S. (2011). Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad, y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica. En Carbonell, M. y Salazar, P. *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*. (pp. 135-165). México: IIJ-UNAM. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3033/7.pdf>

## El derecho fundamental a no autoinculparse: Trazos de su desarrollo histórico\*

Geovanni de Jesús Durán Muñoz\*\*

**RESUMEN:** *La intimidación y coacción estatal operadas en las épocas anteriores al Siglo XVIII como mecanismos de control del buen orden social y normativo, constituyeron elementos indiscutibles en la socavación de la dignidad humana, al ponderar prioritariamente la tortura e incriminación de toda persona que, por sus actos heréticos o sediciosos, atentara contra los dogmas establecidos en el reino espiritual y temporal.*

*Todo ello, por medio del peso probatorio pleno que se depositaba en la confesión del acusado (extraída incluso de forma violenta), a partir de lo cual se propiciaba la colaboración con su propia condena. En tal virtud, resultó indispensable configurar medios de defensa eficaces que resguardaran el derecho de aquél a guardar silencio, alejarse de la verdad y presumir su inocencia, en aras de evitar su autoincriminación.*

*El presente artículo describe sucintamente algunos de los episodios históricos más trascendentales en la evolución jurídica del derecho a no autoinculparse, desde la*

**ABSTRACT:** *The intimidation and state coercion methods in operation before the XVIII Century as mechanisms for controlling the good social and normative order were undisputable elements in undermining human dignity by ponderarily the torture and incrimination of any person who, by his heretical or seditious actions attempts against the established dogmas in both, the spiritual and temporal realms. I think that all this, was deposited, by its probationary weight, upon the confession of the accused, which was extracted even by violent means and that propitiated the collaboration of the person accused in his own sentence. Thus, it was necessary to configure efficient ways of defense that safeguarded right to remain silent, deviate from the truth and presume the innocence of the accused person in order to avoid self-incrimination.*

*This article describes succinctly some of the most transcendental historical episodes in the juridical evolution of the right to not be self-incriminated, from medieval Europe to the present, as a fundamental right that*

\* Artículo recibido el 20 de febrero de 2020 y aceptado para su publicación el 20 de mayo de 2020.

\*\* Doctorando en Derecho, Maestro en Derechos Humanos y Justicia Constitucional con Mención Honorifica, Licenciado en Derecho por la Universidad Veracruzana; Auxiliar de investigación en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana; Catedrático de Derecho en la Universidad de América Latina y el Centro Latinoamericano de Estudios Superiores; Adscrito a la Tercera Sala Unitaria del Tribunal Estatal de Justicia Administrativa de Veracruz.

*Europa medieval hasta nuestros días, como derecho fundamental que permitió a los gobernados liberarse del poder despótico propio del absolutismo monárquico.*

**Palabras clave:** Autoincriminación, tribunales inquisitoriales, presunción de inocencia, proceso penal, derechos fundamentales.

*allowed the people to be liberated from the despotic power of anarchic absolutism.*

**Keywords:** Self-incrimination, inquisitorial courts, presumption of innocence, penal process, fundamental right.

**SUMARIO:** Introducción, 1. Surgimiento y desarrollo del derecho a no autoinculparse en el marco del proceso inquisitorial europeo, 2. La no autoincriminación como derecho fundamental en México. Conclusiones. Fuentes de consulta.

## Introducción

El reconocimiento y protección contemporánea de los derechos humanos como adjudicaciones que le son propias a la persona por la simple condición de su ser, en aras de amurallar su dignidad intrínseca y como límite a la injerencia arbitraria del Estado en su esfera de autodeterminación individual, ha obedecido a un prolongado, intenso y nunca pacífico proceso de desarrollo –teórico y normativo– durante el curso de la historia.

De ahí que tales derechos a menudo sean considerados

(...) como triunfos de la mayoría o derechos contra el Estado. Esta perspectiva no debe resultar extraña si observamos el origen histórico de los derechos fundamentales, pues su historia comienza con la lucha por limitar la actuación del poder político y religioso que afecta a determinados ámbitos de libertad del ser humano. (Pérez, 2004, p. 39)

En efecto, el tránsito hacia el desmantelamiento del Estado absoluto delineó un camino estratificado de desarrollo, caracterizado por diversos –y no escasos– avances, retrocesos y reacomodos en la búsqueda de la libertad y la justicia, a partir de la configuración de diversos ordenamientos jurídicos inspirados en las corrientes de pensamiento individualista y liberal propias del Siglo XVIII.

A la luz de las ideas planteadas, los derechos humanos representan la conquista alcanzada por los diversos movimientos sociales que se sublevaron contra los regímenes totalitarios que se imponían a los súbditos a través de los excesos, la opresión y la barbarie, en aras de la reivindicación del valor inalienable de la persona.

Sin embargo, anterior a ello, la desmesurada intervención y poderío que el Estado Absolutista ejercía en la vida de los particulares, potenciado por la presencia de la iglesia en los asuntos seculares, significó la piedra de toque a partir de la cual el orden público desplegaría una catastrófica restricción de libertades y derechos, fincados en la persecución y castigo de la herejía, así como de todos aquellos actos calificados como sediciosos.

En tal virtud, los individuos iniciados en una causa penal, inermes en la incertidumbre jurídica, debían hacer frente al actuar despótico del poder público en el procesamiento y castigo penal de los criminales, a la luz *prima facie* de la presunción de su culpabilidad y la obtención de confesiones por medio de la tortura. Frente a este escenario, un paulatino

pero firme avance en la construcción del derecho de defensa contribuyó a la configuración de ciertas inmunidades oponibles al Estado Totalitario que, *a la palestra*, confinaron su actuación al principio de legalidad y, con ello, a la valoración del debido proceso como elemento insoslayable en la legitimación del poder punitivo estatal para la afectación de los derechos de las personas.

En este contexto, la génesis del *derecho humano a la no autoincriminación* se remonta a los Tribunales Inquisitoriales propios de la Europa Medieval y al sistema de persecución criminal que éstos articularon como parte de sus atribuciones para el mantenimiento del buen orden social y normativo de aquella época. Su surgimiento como herramienta jurídica en el combate de la arbitrariedad que se vivía en el ámbito de la actividad judicial –inquisitiva y sancionadora–, tuvo implicaciones profundas en la caótica realidad penal que vivían los individuos investigados por la comisión de delitos contra la fe y el Estado, al salvaguardar jurídicamente su silencio y garantizar la no colaboración con su condena por medio de pruebas obtenidas de forma coaccionada. Lo anterior, en aras de proteger la titularidad y ejercicio de los derechos del acusado mediante una batería de garantías procesales permeadas por el principio *pro reo*.

El presente trabajo expone, menos que un estudio retrospectivo exhaustivo, apenas un repaso –de forma general y necesariamente sucinta– sobre los antecedentes remotos que encierra el derecho de las personas a no autoinculparse en los procesos penales, con especial referencia al esquema procesal propio de la Edad Media en Europa, en la búsqueda de evidenciar su trascendencia e implicaciones jurídicas en la garantía y protección de la dignidad humana y su incidencia en los diferentes recintos en que se manifiesta la potestad sancionadora de nuestros días.

## **1. Surgimiento y desarrollo del derecho a no autoinculparse en el contexto del proceso inquisitorial europeo**

La figura del Santo Oficio y sus Tribunales Inquisitoriales son acaso las instituciones históricas que, como instrumentos de Estado, han sido asociadas directamente con la brutalidad y despotismo en su más alta expresión, en razón de los enjuiciamientos criminales, secretos por excelencia, que fueron implementados como medida de control social e imposición de la disciplina mediante el terror, amedrentamiento y la aplicación de penas desmesuradas e inhumanas.

De esta manera la “(...) iglesia encontró en la fuerza del Estado el recurso de violencia legítimo del cual carecía y el Estado, por otra parte, encontró un mecanismo eficaz para mantener en jaque a sus opositores en nombre de la ortodoxia religiosa” (Bravo, 2004, p. 91).

Actualmente, se puede concebir al proceso jurisdiccional como un medio para asegurar la solución justa de un caso concreto controvertido con base en ciertos actos jurídicos concatenados, incoados por los sujetos procesales, que apunta hacia la seguridad jurídica de las partes. Sin embargo, el proceso jurisdiccional de ese tiempo, se advierte sostenido sobre una superficie de arbitrariedad y coerción ajeno a todo pensamiento moderno de debido proceso; distante a ello, se aprecia toda una maquinaria estatal instrumentada a

partir de tintes religiosos y/o ritualistas que concebía a la *confesión* extraída al acusado por medio de la fuerza como la *probatio probatissima*, catalizadora de las diversas etapas procesales hasta su culminación.

(...) dada la insuficiencia general de otras formas de prueba orientadas a la determinación de la verdad de los hechos, el sistema dependía en buena medida de la confesión del imputado. La coacción a la confesión, incluyendo su regulación procedural en la tortura, encontraba su justificación precisamente en la posición jurídica del imputado como obligado a colaborar con la investigación (...). (Wilenmann, 2016, p. 117)

El aparato jurisdiccional, por ende, contemplaba para su inicial funcionamiento –en el marco sancionador– las mínimas sospechas de comisión de actos criminales y heréticos vía la interposición de denuncias, *diffamatio* o por determinación del inquisidor. Aunado a esto, las declaraciones y juramentos obtenidos generalmente bajo tortura o amenaza, constituyan junto con otras prácticas secretas de investigación, el conducto principal para arribar a la verdad formal del ilícito que se investigaba e imputar así desmesuradas penas a los individuos –incluso respecto de delitos no cometidos–:

En el proceso inquisitivo premoderno el interrogatorio del imputado representaba «el comienzo de la guerra forense», es decir, «el primer ataque» del fiscal contra el reo para obtener de él, por cualquier medio, la confesión. De aquí no sólo el uso de la tortura *ad veritatem eruendam*, sino también la recomendación al juez de no notificar al inquirido el título del delito atribuido, ni su calidad, ni sus circunstancias específicas, ni los indicios recogidos previamente. (Ferrajoli, 1995, 551)

A la luz de lo anterior, identificamos en el Medioevo los procesos jurisdiccionales implementados por la Inquisición Española y las Cortes Especiales de Inglaterra para el enjuiciamiento criminal; fincados en el presidio y los suplicios corporales para arrancar al acusado la *confesión* y *juramento ex officio* –respectivamente–; y con ello la aceptación de la culpa, para que de esta manera el Estado estuviera en aptitud de imponer lisa y llanamente la pena con el mayor de los rigores, sin perjuicio de practicar innumeros suplicios corporales durante el trámite de la cadena procesal.

De acuerdo con Ferrajoli (1995), la prisión preventiva concatenada con el desarrollo del proceso inquisitivo en la Edad Media “(...) se convirtió en el presupuesto ordinario de la instrucción, basada esencialmente sobre la disponibilidad del cuerpo del acusado como medio para obtener la confesión *per tormenta*”.

Respecto de la rudeza y tipo de penas que se imponían a los reos en esta época, Gamboa de Trejo destaca:

(...) los azotes, presidio en minas o arsenales, mutilaciones (de ojos, de orejas, de mano, de lengua), galera (por cierto tiempo o a perpetuidad) y, la de mayor rigor, la pena de muerte, que era la que con mayor frecuencia se aplicaba cuando se confesaban culpables por los delitos de herejía, magia, sacrilegio, todos los comprendidos bajo la rúbrica de delitos de *lesa majestad humana*, sodomía y bestialidad, robo y homicidio. La ejecución era diversa, es decir, había varias formas de castigar al sentenciado para privarlo de la vida, el juzgador escogía la más dolorosa y tardada, con el fin de sembrar terror entre los gobernados. Quien detentaba el poder en esa época, acudía al empleo de sanciones, como: la muerte de saeta, la hoguera, la de aceite hirviendo, el despedazamiento, la romana, el garrote o la horca. (Gamboa, 2009, pp. 135-136)

Con lo antes expuesto, se advierte la importancia capital que el ordenamiento inquisitorial depositaba en la figura jurídica de la *confesión* en España y el *juramento ex officio* en Inglaterra, a partir de constituir éstos el reconocimiento y aceptación de los hechos delictuosos de quien declaraba para la constatación de su culpabilidad.

Al respecto López Betancourt (2011) afirma que:

En el sistema inquisitivo impera o tiene relevancia esencial la verdad material; la privación de la libertad está sujeta al capricho de quien ostenta la autoridad y no es un derecho del acusado; además prevalece como fundamental la confesión, sin importar como se obtenga, e incluso puede lograrse mediante la tortura.

Es precisamente en este marco, en donde se aprecia la indebida y coaccionada colaboración del reo con su propia condena, al proporcionar a la autoridad investigadora datos e informaciones que le incriminaban en su propia causa, provocando el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado.

En el sistema inquisitivo anterior al siglo XIX, la existencia de una obligación completa del imputado de colaboración con su propia persecución era constitutiva del sistema. La obligación de sinceridad del imputado en relación con su propia culpabilidad era, por lo mismo, natural. (Wilenmann, 2016, p. 116)

Es así, que frente a las severas afectaciones que la intromisión arbitraria del Estado provocaba en la esfera jurídica de los particulares, comenzaron a eclosionar –junto con el movimiento *liberal* y el desmantelamiento del *Ancien Régime*– nuevas expectativas y reclamos entre los individuos heridos por estas realidades, en aras de la defensa y protección de su dignidad e integridad física.

“Básicamente el liberalismo, tanto en su vertiente política, social como económica, propugna la libertad individual y entiende que esta libertad y la interacción de las fuerzas y capacidades sociales, llevarán al progreso de la sociedad” (Aguirre, 2010, p. 58).

Esta visión renovada del papel del Estado frente a los gobernados, –caracterizada por la pérdida de su posición central– cuyo poder antes absoluto se encontraba ahora limitado y dividido por la *force de la loi* y el surgimiento de una ideología con fuerte carga individualista; brindó el escenario idóneo para el robustecimiento y protección de las libertades y derechos personales.

Debe manifestarse que, paradójicamente:

(...) el Estado absoluto provocará la aparición de focos de reflexión (los límites del poder, la tolerancia, y la humanización del derecho penal y procesal) que constituyen el germen de la filosofía de los derechos fundamentales, llamada a configurar aquellas exigencias de los individuos que pueden ser realizadas frente al poder al Estado soberano y absoluto, al que se le considera como un obstáculo para la espontánea actividad del hombre, dando lugar a la aparición de las primeras declaraciones positivas de los derechos fundamentales. (Pérez, 2004, pp. 30-31)

De acuerdo con Carbonell, se estima que el origen normativo de los derechos humanos tiene lugar con:

(...) el advenimiento del Estado constitucional, en el último cuarto del siglo XVIII, tanto en Francia como en Estados Unidos. Al respecto son fundamentales tres documentos, que se encuentran entre los más importantes de la historia del derecho en general y de la historia de los derechos en particular: la Declaración de Independencia de los Estados Unidos (1776), la Constitución de los Estados Unidos y

sus primeras enmiendas (1787-1791) y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (conocida como Declaración Francesa, de 1789). (Carbonell, 2016, p. 84)

Los derechos humanos, en este sentido, representan las aspiraciones esenciales de carácter civil, político, económico, social y cultural, necesarias para que las personas puedan realizar un plan de vida digno, lejos del temor y la miseria, así como para propiciar una convivencia social pacífica, en tanto instrumentos que resguardan los intereses y bienes más elementales de cada gobernado, indisponibles arbitrariamente a los ojos del Estado.

Para el caso que nos atiende, destacamos lo concerniente a la posibilidad que les fue reconocida a los acusados para *presumir su inocencia, derecho a la defensa, derecho al silencio*, y en particular para evitar *autoinculparse* en las investigaciones criminales de las que eran objeto –*nemo tenetur prodere seipsum*–, al atemperar el peso probatorio pleno que se atribuía a la antedicha *confesión* y *juramentos*, empleados para determinar categóricamente su participación en la comisión de los delitos materia de indagación. “La redacción de la probablemente más famosa expresión del privilegio de no autoincriminación, la Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, es particularmente clara en el establecimiento de este vínculo” (Wilenmann, 2016, p. 119).

Aspectos todos que, en conjunto, pretendieron asegurar la sujeción de las causas penales de la nueva época al paradigma del debido proceso. Este concepto crucial en la administración de justicia puede ser entendido “(...) como el conjunto de condiciones y requisitos de carácter jurídico y procesal que son necesarios para poder afectar legalmente los derechos de los gobernados (...)” (Huerta, 2015, p. 34).

En el marco de estas reflexiones, consideramos que el *derecho humano a la no autoincriminación* despliega su potencial con efecto inmunizante de la dignidad humana, desde el punto de vista de *autopreservación* natural del individuo frente a la desmedida actividad del Estado en la investigación y persecución de actos *contra legem*; amurallándolo frente a toda coacción institucional que le obligue a confesarse culpable y/o aportar pruebas en su perjuicio, para evitar con ello que se haga acreedor a diversas sanciones penales.

De ahí que se estime su posibilidad de permanecer en silencio e incluso mentir frente a cualquier interrogatorio que se le formule, no obstante a que éste pueda realizarse bajo juramento judicial, pero siempre y cuando la versión que aquél testifique se ocupe de sus propias conductas. Todo ello, como una ramificación más de su genérico derecho de defensa.

## 2. La no autoincriminación como derecho fundamental en México

En México el reconocimiento y protección del *derecho a la no autoincriminación* no se encuentra consagrado taxativamente en el catálogo constitucional de derechos humanos reconocidos a las personas; no obstante, el mismo ha cobrado vigencia y aplicabilidad en nuestro sistema jurídico al ser desprendido de otros derechos de índole fundamental, mediante plausibles ejercicios interpretativos realizados por ciertos órganos jurisdiccionales. Así, por ejemplo, antes de la reforma penal de 2008 el Primer Tribunal

Colegiado en materias Penal y Administrativa del Décimo Séptimo Circuito ya vislumbraba en su Tesis Aislada XVII.1o.P.A.50 el criterio siguiente:

GARANTÍA DE NO AUTOINCRIMINACIÓN CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 20, APARTADO A, FRACCIÓN II, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SU EJERCICIO NO PUEDE CONSTITUIR UN INDICIO PARA ACREDITAR LA RESPONSABILIDAD DEL SENTENCIADO [...] **la autoridad judicial puede considerar la cooperación del acusado en el esclarecimiento de los hechos**, como una conducta posterior al delito que puede resultarle favorable según las manifestaciones que realice, **pero en ningún caso, ponderar en su menoscabo hechos que no hubiera declarado; de ahí que, considerar lo anterior como un indicio para acreditar la responsabilidad del activo, en el delito imputado, es indebido, porque al estar consagrado, a nivel constitucional, el derecho a no declarar en su contra, si así lo estima pertinente, la plenitud de su ejercicio contempla inclusive el derecho de negar los hechos o no mencionar u omitir los que estime pertinentes para su defensa adecuada**, de lo contrario, se volvería nugatoria esa garantía, por inferir indebidamente, un indicio en contra del titular de la garantía. (Tesis Aislada XVII.1o.P.A.50, 2008, p. 2371)

[Énfasis añadido]

Con el advenimiento de la novísima Decima Época de la jurisprudencia mexicana imbuida en el paradigma protecciónista de los derechos humanos, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado más nítidamente el núcleo esencial del *derecho a la no autoincriminación* en los términos siguientes:

DERECHO A LA NO AUTOINCRIMINACIÓN. IMPLICACIONES QUE DERIVAN DE RESPETAR SU EJERCICIO (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 20, APARTADO A, FRACCIÓN II, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, EN SU TEXTO ANTERIOR A LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA PENAL DEL 18 DE JUNIO DE 2008) [...] La literalidad del texto constitucional no ofrece dificultades interpretativas, pues cuando dispone que **la persona sujeta a un proceso no está obligada a declarar**, esto **implica que ella no puede verse obligada a: (i) autoinculparse y/o (ii) defenderse y declarar en su favor, ya que goza del derecho a hacerlo hasta en tanto lo considere necesario para el más óptimo ejercicio de su defensa**. El concepto "no declarar" incluye la posibilidad de reservarse cualquier expresión, incluso no verbal, en relación con la acusación formulada. Lo anterior quiere decir que este derecho obliga a las autoridades a no forzar a la persona, bajo ningún medio coactivo, o con la amenaza de su utilización, a emitir una confesión o declaración encaminada a aceptar responsabilidad. Pero del mismo modo, **implica la prohibición de realizar inferencias negativas a partir del silencio**; es decir, la autoridad debe respetar la estrategia defensiva de la persona y no exigir que espontáneamente exponga una versión exculpatoria. Así, **la decisión de ejercer el derecho a la no autoincriminación** no sólo debe ser respetada y su posibilidad garantizada, sino que **no puede, por ninguna circunstancia, ser utilizada en perjuicio de la persona o como un argumento para motivar una sentencia condenatoria**. Los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales están ahí para ser ejercidos. Ponerlos en práctica nunca puede traducirse en un costo o implicar una consecuencia negativa para la persona. **Presuponer, incluso a nivel intuitivo, que el silencio y/o la pasividad generan suspicacia o que son actitudes indicativas de culpabilidad, es -de nuevo- un razonamiento contrario a las exigencias de las garantías del proceso penal**. (Tesis Aislada 1a. I/2016 [10a.], 2016, p. 967)

[Énfasis añadido]

A partir de lo anterior podemos aseverar que el derecho referido posee una doble vertiente. Por una parte, la posibilidad de no confesarse culpable y permanecer en silencio y, por la otra, que la información que haya sido obtenida de forma coaccionada no ostente relevancia probatoria para la aplicación de sanciones en los procedimientos penales. En tal virtud, estimamos junto con Wilenmann Von Bernath (2016) que “(...) el principio de no

autoincriminación es contingente al establecimiento de un sistema acusatorio de persecución penal (...)".

Se advierte además que la presunción de inocencia se endereza en todo momento como el derecho del acusado a no ser considerado culpable hasta en tanto no medie una sentencia judicial dictada por el juez de la causa, o dicho en otras palabras a "(...) no ser condenado sin pruebas de cargo constitucionalmente válidas (...)" (Sandoval, 2010, p. 458). Este derecho también ha sido considerado en la literatura jurídica como "(...) una presunción *iuris tantum* que puede desvirtuarse con mínima actividad probatoria, producida con todas las garantías procesales, que puede entenderse de cargo, y de la cual pueda deducirse la culpabilidad del acusado" (Sandoval, 2010, p. 458).

Respecto a la actividad probatoria antes aludida, debe manifestarse –así sea brevemente– algunas consideraciones vertidas por la doctrina jurídica nacional en torno al concepto de *prueba*. Así bien, Leopoldo de la Cruz Agüero (1996) concibe dicho concepto desde la perspectiva penal como:

(...) todos los medios de convicción que en la actualidad contempla la Ciencia y la Tecnología, y aun cualquier hecho o fenómeno perceptible en el mundo circundante, capaces de materializar la verdad o falsedad que se busca y colocar al juzgador en una aptitud de pronunciar la sentencia que en derecho corresponda, con base también en los principios de valoración de la prueba.

Por su parte, Arellano García (2005) estima que el término *prueba* se refiere a:

(...) la justificación de la veracidad de los hechos en que se fundan las pretensiones y los derechos de las partes en un proceso instaurado ante un órgano que desempeñará una función jurisdiccional desde el punto de vista material. A través de la prueba se pretende la demostración de algo, la comprobación de la veracidad de lo sostenido.

En efecto, desde nuestra consideración, la *prueba* en su concepto jurídico y procesal aglutina aquellos instrumentos materiales y conductas realizadas por los seres humanos susceptibles de hacer fe, patentizar, demostrar, verificar de forma idónea y legal, la generalidad de hechos afirmados por las partes en el proceso para incidir en el pronunciamiento del juez. En materia penal, desde el punto de vista de la persecución de delitos, lo anterior anida en la búsqueda de guiar la convicción del juzgador hacia la constatación de un hecho contemplado por el ordenamiento jurídico como ilícito y, de esta manera, definir la pretensión punitiva del Estado para atribuir al acusado las consecuencias de Derecho calificadas como *penas*.

Posterior a la reforma constitucional de 18 de junio de 2008 que introdujo en nuestro país un nuevo sistema de justicia penal adversarial y preponderantemente oral, se advierte un plausible replanteamiento en las reglas específicas de admisión y valoración de las pruebas:

(...) Ellas son: 1. Pruebas para efectos de la sentencia. La regla general prevista en la fracción III del Apartado A, del artículo 20 es que para efectos de la sentencia solo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio. Esta disposición excluye el material probatorio que haya recabado el Ministerio Público en la etapa de la investigación y que no haya sido debidamente introducido en la audiencia de juicio oral. Con esto se acotan las atribuciones del Ministerio Público, que ya no podrá hacer valer para la sentencia las pruebas que él mismo propuso y desahogó, sin control judicial ni participación de la contraparte. Las partes están obligadas a introducir

por los medios procesales pertinentes –declaraciones de testigos, dictámenes de peritos, informes de investigadores– el material probatorio, de lo contrario, carecerá de valor y el Juez no podrá tenerlo en cuenta para motivar su fallo. El cambio en las reglas de producción de pruebas constituye uno de los aspectos más trascendentales de la reforma desde la perspectiva de las garantías individuales [ahora derechos fundamentales]. (Azzolini, 2012, p. 49)

En la lógica de la dogmática penal actual, resulta evidente que en un esfuerzo por librar a los individuos de los poderes ilimitados y desmedidos del *Estado Absoluto* que permitían acreditar la responsabilidad de los acusados por medio de confesiones obtenidas mediante tortura, la eficacia de las pruebas se supedita ahora a ciertas reglas de valoración jurídica que acorazan los derechos e integridad de aquellos. Es decir, el acervo probatorio se constriñe de forma ineluctable a mecanismos legales específicos que regulan su producción/configuración, ofrecimiento y desahogo, como mecanismos tutelares de la dignidad humana. Esta situación adquiere especial relevancia si se parte de la premisa de que “(...) la verdad de los hechos equivale al grado de confirmación –o de probabilidad lógica– que las pruebas atribuyen a los enunciados en los que los hechos de la causa son descritos (...)” (Taruffo, 2013, p. 44).

De esta manera, la *confesional* entendida en la antigüedad como *prueba reina* para efectos de pronunciar sentencias condenatorias en perjuicio de herejes y sediciosos, actualmente se aprecia despojada de su valor pleno en la imposición lisa y llana de las penas. Circunstancia motivada, entre otros aspectos, por el paradigma garantista que caracteriza al actual Estado Constitucional de Derecho, fincado en la protección y respeto perenne de la dignidad humana y las manifestaciones expresas de ésta. Bajo estos argumentos, el debido proceso se enarbola con una protección *a priori* e insoslayable en tanto derecho fundamental. Resulta ilustrativo de lo anterior, el siguiente criterio jurisprudencial emitido por la Primera Sala de nuestro Máximo Tribunal, en el sentido siguiente:

ACTOS DE TORTURA. LA OMISIÓN DEL JUEZ PENAL DE INSTANCIA DE INVESTIGAR LOS DENUNCIADOS POR EL IMPUTADO, CONSTITUYE UNA VIOLACIÓN A LAS LEYES DEL PROCEDIMIENTO QUE TRASCIENDE A SU DEFENSA Y AMERITA LA REPOSICIÓN DE ÉSTE [...] Si los gobernados, constitucional y convencionalmente tienen el derecho fundamental a que el Estado investigue las violaciones a sus derechos humanos, en específico, el derecho a no ser objeto de tortura, la autoridad judicial, [...], tiene la obligación de investigarla; lo que se constituye en una formalidad esencial del procedimiento, al incidir sobre las efectivas posibilidades de defensa de los gobernados previo al correspondiente acto de autoridad privativo de sus derechos. Ello, porque al ser la tortura una violación a los derechos humanos de la que pueden obtenerse datos o elementos de prueba que con posterioridad se utilicen para sustentar una imputación de carácter penal contra la presunta víctima de la tortura, se advierte una relación entre la violación a derechos humanos y el debido proceso; lo cual implica que, luego de realizarse la investigación necesaria para determinar si se actualizó o no la tortura, de obtenerse un resultado positivo, la autoridad que tenga a cargo resolver la situación jurídica de la víctima de violación a derechos humanos, estará obligada a realizar un estudio escrupuloso de los elementos en que se sustenta la imputación al tenor de los parámetros constitucionales fijados en relación con las reglas de exclusión de las pruebas ilícitas. [...] la omisión de la autoridad judicial de investigar una denuncia de tortura como violación a derechos fundamentales dentro del proceso penal, constituye una violación a las leyes que rigen el procedimiento, que trasciende a las defensas del quejoso, en términos de los artículos 173, fracción XXII, de la Ley de Amparo, 1o., párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos

**Mexicanos, así como 1, 6, 8 y 10 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura** y, consecuentemente, debe ordenarse la reposición del procedimiento de primera instancia para realizar la investigación correspondiente y analizar la denuncia de tortura, únicamente desde el punto de vista de violación de derechos humanos dentro del proceso penal, a efecto de corroborar si existió o no dicha transgresión para los efectos probatorios correspondientes al dictar la sentencia. (Jurisprudencia 1a./J. 10/2016 [10a.], 2016, p. 894.)  
[Énfasis añadido]

Cabe mencionar que, la jurisprudencia antes transcrita tiene aplicación exclusivamente en los casos en que la confesión –o cualquier otra manifestación incriminatoria– se haya generado a partir de actos de tortura practicados por las autoridades públicas.

Ahora bien, retomando la naturaleza fundamental del derecho objeto de nuestro estudio, debe anotarse que en el marco de la recepción constitucional del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en nuestro país y el plausible parámetro de control de regularidad constitucional de las leyes que configuró, extendido ahora a los Tratados Internacionales de la materia, el *derecho a la no autoincriminación* se aprecia consagrado literalmente en el artículo 8.2, inciso g) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH, 2012, pp. 769-770) en el marco del sistema regional, así como en el artículo 14.3, inciso g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP, 2012, p. 516) del sistema universal. Instrumentos supranacionales que, en virtud de la reforma de 10 de junio de 2011, se tornan vigentes como normas jurídicas que participan de la supremacía de la Constitución en la vasta extensión del territorio mexicano.

Viene a bien subrayar que, el radio de protección de este derecho –el de *no autoincriminación*– en la actualidad puede incluso eludir la obligación de proporcionar datos o información por cualquier medio, siempre que los mismos trasciendan en elementos potencialmente incriminatorios en contra de sí mismo, incluso en sede administrativa:

Actualmente, si bien se reconoce a la arena penal como escenario de aplicación inmediata del *derecho a la no autoincriminación*, el radio de protección de este derecho, atendiendo a los estándares constitucionales de progresividad que identifican a los derechos humanos en sentido amplio, no puede quedar constreñido a un área específica del Derecho; distante a ello, aquel debe desplegar su potencial como medio de acorazamiento de la dignidad humana en todos aquellos sectores en los cuales el Estado ejerza su potestad sancionadora, con efecto irradiante frente a un único *ius puniendi*, como lo es el campo administrativo/fiscal sancionador. (Durán, 2018, p. 189)

La *autoincriminación tributaria* advertida como uno de los supuestos en los que se manifiesta de forma distorsionada el *ius puniendi* del Estado en su vertiente de *derecho administrativo sancionador*, actualmente reviste un tópico poco abordado por los juristas nacionales, a pesar de las implicaciones negativas directas que ésta genera en la esfera jurídica de los contribuyentes, derivado del amplio margen de discrecionalidad con el que operan las autoridades fiscales en la búsqueda de la liquidación de créditos; trascendiendo de forma contingente en la imputación de sanciones por la comisión de delitos e infracciones en contra de la Hacienda Pública.

## Conclusiones

Sin lugar a dudas, la preexistencia de condiciones de injusticia en los Estados absolutos y la repercusión negativa que las mismas han representado para los gobernados en el curso de la historia, han constituido los componentes catalizadores de las luchas sociales, a través de las cuales los individuos buscaron la reivindicación de ciertas inmunidades oponibles al orden público, en aras de la protección de su dignidad e integridad personal.

El reconocimiento de la *no autoincriminación* como derecho humano de los procesados, marcó un avance significativo en la afirmación del Estado de Derecho del Siglo XVIII y el robustecimiento de sus afanes en torno a la salvaguarda de la persona como centro de toda ingeniería estatal; a partir de lo cual las autoridades estatales se sometieron al imperio de la ley y, en esa medida, posibilitaron que las causas penales se sujetaran al debido proceso; con lo que se contribuyó al desvanecimiento del enorme asidero de arbitrariedad antes existente.

En consecuencia, el *derecho a no autoinculparse* regulado hoy en día en el artículo 20, Apartado B, fracción II de nuestra Constitución Federal, contribuye al fortalecimiento de la seguridad jurídica de los acusados y la protección de su dignidad, por cuanto establece ciertos parámetros constitucionales de trato que impiden la disposición física y mental de la persona como medio para orientarla hacia la aceptación de su culpa a través de declaraciones realizadas contra su voluntad y, al mismo tiempo, exige la idoneidad de los instrumentos probatorios ajustados al marco legal para que puedan surtir sus efectos en cada caso concreto.

La reforma constitucional de 18 de junio de 2008 en nuestro país, marcó un hito en el desmantelamiento de las antiguas prácticas del enjuiciamiento penal inquisitivo, para dar paso a un renovado sistema de justicia adversarial y oral que apela en todo momento por la protección de los derechos de las partes, a partir de la presunción de inocencia del acusado durante la persecución de los delitos y la reparación integral del daño a la víctima, con lo que busca proscribir la indefensión de ambos a través de sus diferentes etapas procesales. Concatenado a ello, la reforma en materia de derechos humanos de 10 de junio de 2011, introduce un nuevo paradigma en la acción tutelar del Estado frente a la persona, para garantizar la más plena e inmejorable realización posible de sus derechos fundamentales.

Bajo este marco, el derecho que les asiste a los acusados para evitar incriminarse a sí mismos, para no fungir como testigos en su contra durante el trámite del actual proceso penal adversarial en el que se encuentran inmersos, limita la aplicabilidad de cualquier tipo de castigo que el sistema jurídico contemple frente a su *autofavorecimiento*, es decir, frente al beneficio que les sobreviene por guardar silencio, mentir o no declararse culpable como parte de su estrategia defensiva.

## Fuentes de consulta

### Bibliografía

- Aguirre Moreno, J. (2010). *Liberalismo y Democracia en el Constitucionalismo Mexicano*. México: Universidad Veracruzana.
- Arellano García, C. (2005). *Derecho Procesal Civil*. México: Porrúa.
- Azzolini Bincaz, A. (2012). *El sistema penal constitucional*. México: Ubijus Editorial.
- Bravo Aguilar, N. T. (2004). “El Santo Oficio de la Inquisición en España: una aproximación a la tortura y autoincriminación en su procedimiento”. En Márquez Romero, R. (Coord.). *Anuario mexicano de historia del Derecho*. México: IIJ-UNAM.
- Carbonell, M. (2016). *Curso Básico de Derecho Constitucional*. México: Centro de Estudios Carbonell.
- Cruz Agüero, L. (1996). *Procedimiento Penal Mexicano (Teoría, Práctica y Jurisprudencia)*. México: Porrúa.
- Durán Muñoz, G. J. (2018). “Autoincriminación de los contribuyentes en los procedimientos de inspección tributaria en México”. En Centro De Estudios Constitucionales (Coord.) *Perspectivas de la Interpretación Constitucional*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Huerta Lara, M. R. (2015). “La procuración de justicia en materia de derechos económicos, sociales y culturales en México”. En Olivares Vionet, R., Huerta Valdés, R. & Toto Gutiérrez, M. (Coords.). *Estudios Jurídicos Contemporáneos XV*. México: IIJ-UV.
- Pérez Marcos, R. M. (2004). “Los derechos humanos hasta la Edad Moderna”. En Gómez Sánchez, Y. (Coord.). *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*. México: CNDH-UNED.
- Sandoval Pérez, E. (2010). “Presunción de inocencia. Principio rector del constitucionalismo y su repercusión en el procedimiento oral sumario, previsto en el Código Penal para el Estado de Veracruz”, en Astudillo, C. & Casarín León, M. F. (Coords.). *Derecho constitucional estatal. Memoria del VIII Congreso Nacional de Derecho Constitucional de los Estados*. México: IIJ-UNAM.

Taruffo, M. (2013). *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*. México: TEPJF.

#### **Hemerografía**

Gamboa de Trejo, A. (2009). "El origen de la prisión y su situación actual". *Letras Jurídicas*, 10 (19), enero-junio.

Wilenmann Von Bernath, J. (2016). "El tratamiento del autofavorecimiento del imputado. Sobre las consecuencias sustantivas del principio de no autoincriminación". *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, 23 (1), junio, (pp. 111-139).

#### **Legisgrafía**

Convención Americana Sobre Derechos Humanos. (2012). En Ferrer Mac-Gregor, E. & Carbonell, M. (Comps.) *Compendio de Derechos Humanos*. México: Porrúa.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (2012). En Ferrer Mac-Gregor, E. & Carbonell, M. (Comps.) *Compendio de Derechos Humanos*. México: Porrúa.

#### **Tesis Jurisprudenciales**

Jurisprudencia 1a./J. 10/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 29, t. II, abril de 2016.

Tesis Aislada XVII.1o.P.A.50, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, abril de 2008.

Tesis Aislada 1a. I/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 26, t. II, enero de 2016.

## El lenguaje jurídico y la divulgación del Derecho\*

Cristina Cázares Sánchez\*\*

**RESUMEN** La complejidad de divulgar al derecho para dar respuesta a los cuestionamientos sociales podría ser la variable de lenguaje técnico, que los expertos del derecho dominan y traducen desde la hermenéutica como punto de partida para difundirlo, existiendo una disociación entre lo comunicado por los expertos jurídicos y entendido por el público en general. Una de las propuestas para acercar a las Facultades de Derecho y al público en general es incluir a la divulgación del derecho como una competencia dentro de los programas de estudios.

**Palabras clave:** Divulgación del Derecho, Enseñanza del Derecho.

**SUMARIO:** Introducción. 1. La hermenéutica y el texto jurídico. 2. Hermenéutica y divulgación del derecho. 3. Información y divulgación en los medios de comunicación: ¿la divulgación del Derecho es exclusiva de los expertos jurídicos o los periodistas pueden participar en ella? 4. La humildad académica. Conclusión. Fuentes de Consulta.

### Introducción

El Derecho como ciencia posee un código de lenguaje funcional que permite la reproducción de su propio sistema; los actores involucrados, también llamados operadores jurídicos pueden entender, como una suerte de iluminados o grupo de élite, los considerandos de una sentencia, se les presenta muy clara la diferencia entre la verdad jurídica frente a la verdad social difundida por los medios de comunicación, que el común de las personas percibe en un lenguaje complejo y que implica en algunas ocasiones como se han vistas como injusticias sociales.

---

\* Artículo recibido el 1º de mayo de 2020 y aceptado para su publicación el 21 de mayo de 2020.

\*\* Profesora de Carrera en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Para los expertos jurídicos, resultan obvios, los efectos de una cláusula *rebus sic stantibus* que permite no cumplir con las obligaciones contractuales cuando existan situaciones imprevistas, y así un largo etcétera de ejemplos, entre otros tantos conceptos que estructuran el Derecho, sin embargo, ese lenguaje técnico e indescifrable transforma realidades sociales, rompe la barrera de la Ciencia Jurídica para introducirse en la vida real, es decir en la vida social e individual de las personas cuyo código de lenguaje dista mucho del utilizado por los operadores jurídicos.

Este trabajo surge como una reflexión después de cursar el Primer Diplomado de Divulgación de las Humanidades y las Ciencias Sociales (2019) organizado por la Coordinación de Humanidades de la Universidad Nacional Autónoma de México -UNAM-, el objetivo es evidenciar al lenguaje técnico como el principal obstáculo para la divulgación del derecho en los actores sociales que precisamente se convierten en los sujetos de Derecho. Este ensayo que retoma el corpus teórico-conceptual y metodológico de la hermenéutica que permite a los operadores jurídicos conocer el Derecho, pero impide darlo a conocer a un público más heterogéneo, es decir a la sociedad en general, en el entendido que las normas jurídicas van dirigidas de forma abstracta a diversos sectores de la sociedad, que no necesariamente tienen un grado de escolaridad.

Entre los objetivos del presente trabajo se encuentra reflexionar si la divulgación del Derecho que es por excelencia texto implica necesariamente leer para conocerlo, si solo se puede divulgar a través de la palabra escrita y si es tarea únicamente de los expertos o bien, pueden terceros ajenos a los operadores jurídicos, dedicarse a ello, es decir, si los periodistas, pueden hacer divulgación del derecho, de la misma manera que existe el periodismo científico.

La primera parte se centra en una reflexión sobre la hermenéutica y el lenguaje que utilizan los sujetos expertos para dar a conocer el derecho a los otros, para ello se utilizan autores clásicos que evidencian la subjetividad en la interpretación de los hechos y su comunicación. En la segunda parte, los retos de la divulgación del lenguaje jurídico para un público general y, por último, una breve propuesta para conjuntar la hermenéutica propia del Derecho y la divulgación del Derecho hacia el fomento de una cultura de la legalidad.

## 1. La hermenéutica y el texto jurídico

Cabe señalar que el tema de hermenéutica, si bien es un tema obligatorio en la maestría y doctorado en Derecho, son orientados en términos de interpretación del Derecho, hasta ahora no se presentan desde la perspectiva de la divulgación, del reto interpretativo que implica, como se mencionó en el Primer Diplomado de Divulgación de las Humanidades y las Ciencias Sociales, en el módulo 1, Dr. Enrique Díaz Álvarez en la sesión 7 (23/04/2019).

De tal manera, que me hizo reflexionar acerca de lo que el Derecho construye como realidades jurídicas completamente lógicas y llenas de sentido jurídico pero que implican un sinsentido para la sociedad, que las percibe 'sin explicación lógica' pensando de inmediato que se trata de actos de corrupción porque en el imaginario colectivo, los jueces debiesen actuar de la manera en que la sociedad espera que actúen y en el sentido jurídico, los jueces actúan como el Derecho espera que actúen.

Lo anterior, me ha llevado a cuestionarme si actualmente en la Ciencia Jurídica existe una disrupción entre Derecho y la Divulgación, entre lo que interpretamos los operadores jurídicos y lo que interpreta la sociedad a la que se dirige la norma, en algún momento ¿se cambia el sentido?

El divulgador es un intérprete y al estilo de Hermes juguetón, dota de sentido a los mensajes para comunicarlos a otros y estos se comprendan ¿podrá haber un malentendido en esta comunicación?

La Hermenéutica es una actividad de interpretación de textos tomados en su contexto. “Interpretar una obra es descubrir el mundo al que ella se refiere en virtud de su disposición, de su género y estilo” (Ricoeur, 1984, cit por Arráez et al., 2006: 174).

Schleiermarcher concibe el lenguaje como:

(a) un acuerdo originario entre el hombre y el mundo, (b) una actividad racional y voluntaria, (c) una producción espontánea y sensible del sujeto que prevalece en la práctica de los hechos históricos en cuanto contiene en su estructura interna de manera innata, la visión del mundo que ha generado, permitiendo al individuo protagonizar la historia de la humanidad. (Ricoeur, 1984, cit por Arráez et al., 2006: 174)

Entonces, comunicar el sentido jurídico es una actividad de interpretación de textos que son leídos por operadores que conocen los códigos del lenguaje jurídico y les dotan de su propio estilo, de la visión del mundo que les genera por el solo hecho de vivir, de poseer la calidad de seres humanos dentro de un entorno determinado.

Según Habermas la racionalidad comunicativa: “la estrecha relación que existe entre saber y racionalidad permite sospechar que la racionalidad de una emisión o de un manifestación depende de la fiabilidad del saber que encarnan” (Habermas, 1986: 24), lo cual permitirá llevar a una serie de interacciones entre los saberes y la racionalidad del sistema para llegar a un consenso acerca de la dotación de sentido, pero el consenso de sentido solo puede darse entre iguales, es decir, entre quienes entiendan el mismo código y no es el caso de la sociedad en general.

Para Luhmann, el sentido como el medio y aún sin sentido es sentido -la forma de dos lados, mientras que una forma está vigente, la otra se encuentra marginada pero puede cambiar en cualquier momento por una reinterpretación (Luhmann, 1998) nos permite continuar la comunicación en el disenso que implica la posibilidad entre presente y futuro, entre presente y lo ausente, incluye la diferencia que en cuanto los horizontes espaciales cambien habrá un cambio de sentido, que puede explicar el sentido de una sentencia que revoca la anterior, por ejemplo, así, el presente se volverá pasado. Se trata de una modificación en los horizontes. (Luhmann, 1998: 93), en el ejemplo, en los horizontes interpretativos de los dos juzgadores. Y para el público en general, esta aparente contradicción no se basa en una explicación jurídica sino en una percepción moral, de sentido ético o incluso de justicia o injusticia, por tanto, el segundo juzgado revoca la anterior sentencia porque era injusta, por ser un juez bueno o malo, porque es corrupto, etcétera.

Con Luhmann, la diferenciación está reconocida, e incluso permite el cambio del código jurídico, lo que hoy es ilícito podrá ser declarado lícito en una reforma legal, una modificación constitucional, o incluso en una sentencia. La comunicación surgida del

disenso crea espacios temporales donde existe la posibilidad de un cambio social. Algo que la sociedad en general, dinámica y atemporal exige del Derecho.

Los sentidos y sin sentidos de la interpretación de los contenidos del Derecho, como las resoluciones, sentencias, leyes, etcétera presentan, al mismo tiempo, un sentido y un sin sentido.

Un sentido jurídico dotado por los operadores del Derecho y un sentido dado por la sociedad, el punto central para divulgar adecuadamente a la Ciencia Jurídica entre el público no especializado es preguntarse si ese sentido ¿coincidirá? O tal vez, coincidamos más en los sin sentido, que en el sentido.

Por tanto, la complejidad de divulgar el Derecho va más allá de realizar intentos de información acerca del articulado de una ley, sino en transformarlo en códigos de lenguaje que doten de sentido. El reto se enfoca a un solo sujeto: el Divulgador.

El divulgador puede o no tener la categoría de operador jurídico, posee su propio horizonte que tal vez dificulte la dotación de sentido en el mismo sentido de la hermenéutica del Derecho.

## 2. Hermenéutica y divulgación del Derecho

Para Gadamer y Ricoeur, la hermenéutica es una pretensión del ser a través de la comprensión: “la comprensión lo es siempre en el modo de la representación y no de la mera presentación” (Estrada, 2019: 24).

Y ya que somos seres humanos con vivencias determinadas esto implica la creación de puntos ciegos debido al momento de interpretar:

También como intérprete de textos científicos tiene uno que contar normalmente con esta coexistencia de un uso terminológico y un uso corriente de una palabra. Los intérpretes modernos de los textos clásicos se inclinan muchas veces a desatender la importancia de este problema, porque el concepto resulta más artificial y por lo tanto más fijado en su moderno uso científico que en la antigüedad, en la que todavía se conocían pocos extranjerismos y términos inventados. (Gadamer, 1975: 499)

El lenguaje jurídico como lenguaje técnico se vuelve riguroso y a través de sus propios métodos hermenéuticos crea realidades jurídicas que resuelve problemas comunes de las personas, el dilema con el Derecho, es que si bien los textos van dirigidos a una comunidad que ha aprendido el lenguaje técnico, las normas se dirigen y regulan comportamientos de los habitantes de una sociedad, el dilema es utilizar un lenguaje legal que parezca normal, eso da mucha incertidumbre a los juristas, porque el tecnicismo y la rigurosidad son propios de un Estado de Derecho, objetivo final de la cultura de la legalidad:

Si el léxico técnico del lenguaje legal es lo que lo hace riguroso y seguro, traducirlo-para hacerlo más accesible-al léxico común tendría un precio muy elevado, porque puede que el derecho lo comprendieran más los ciudadanos, pero a costa de dejar de comunicarse con rigor los juristas. (Pietro, 1996:118)

Entonces, además del horizonte del intérprete que divulga, en el caso del Derecho, debemos observar que el lenguaje utilizado no sea demasiado común porque el Derecho como disciplina de excesivo rigor expresivo y funcional (referente a los mecanismos propios

de autorreferencia y construcción del contenido jurídico) No admite un uso corriente del lenguaje en la divulgación:

Laminar los recursos de la lengua y sus posibilidades expresivas en aras de un lenguaje jurídico más simple y funcional es cometer simpleza: si para conseguir lo simple (una mayor facilidad y pureza) se llega a incurrir en la simpleza (que pertenece a la categoría de lo estúpido) es preferible dejar las cosas como están. (Pietro, 1996:129)

La divulgación del Derecho me parece notoriamente trascendental y veo que, a pesar, de ser evidente la necesidad de una cultura de la legalidad en México, el tema no está explorado porque a los juristas les parece banal, sin embargo en situaciones imprevistas y notoriamente trascendentales que rompen el mundo conocido tal y como sucede con la pandemia del Covid-19, dar respuesta a los cuestionamientos de los sectores sociales acerca de los temas jurídicos que afectan su realidad, se vuelve una tarea esencial de las universidades.<sup>1</sup>

A partir del discurso de los Derechos Humanos como eje transversal de las distintas ramas del Derecho, comienza una era en la cual la divulgación del Derecho es más aceptada pero aún se utiliza un lenguaje demasiado riguroso.<sup>2</sup>

La divulgación del derecho resalta su función social: ser útil en la vida cotidiana y democrática de las sociedades, en este caso de la sociedad mexicana.

Así el Derecho como ciencia social implica una función cultural basada en el principio jurídico de <la ignorancia de la ley no exime de su cumplimiento>.

Por ello, uno de los problemas más relevantes de la Enseñanza del Derecho, además de la promoción de la investigación jurídica por parte del alumno, es el enfoque de una ciencia social con miras de divulgación útil al desarrollo de una nueva competencia: la participación ciudadana. Así se debe considerar una nueva labor de la enseñanza del Derecho en la creación de una nueva cultura de la legalidad en México.

Una manera de comenzar a divulgar sería fomentar las revistas jurídicas editadas por los estudiantes dentro las Universidades en México, en especial la Facultad de Derecho de la UNAM, como expresión de la creatividad del estudiante y el planteamiento de argumentos de forma escrita, estimulando la investigación y empujando la calidad de los resultados. (Boto, 2012).

---

<sup>1</sup> En México. ante la Pandemia del Covid-19, la Universidad Nacional Autónoma de México, mediante el Instituto de Investigaciones Jurídicas, ha elaborado la guía jurídica en colaboración con los Estándares Pro Bono México, la Fundación Appleseed México, A.C, el Centro Mexicano Pro Bono. A.C., la Fundación Barra Mexicana, A.C., el Consejo General de la Abogacía Mexicana, el ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, la Asociación Nacional de Abogados de Empresas, Colegio de Abogados A.C. disponible para su consulta en <https://asesoría.juridicas.unam.mx> . La Facultad Derecho de la misma Universidad puso a disposición del público en general el Observatorio de Asesoría Jurídica COVID-19 disponible en <https://www.derecho.unam.mx/observatorio-juridico/>

<sup>2</sup> Un ejemplo lo encontramos en el siguiente artículo en una Revista de Derecho que se especializa en Divulgación y así se anuncia donde el mero título implica un lenguaje no dirigido a un público heterogéneo: “Dignidad Humana y Derecho Penal: Una difícil convergencia aproximación al contenido constitucional de la norma rectora...”

### **3. Información y Divulgación en los medios de comunicación: ¿la divulgación del Derecho es exclusiva de los expertos jurídicos o los periodistas pueden participar en ella?**

Para iniciar este apartado haré referencia al periodismo científico y la diferencia con el periodismo de divulgación.

Carlos Elías (2014), periodista español, en su libro *Fundamentos de Periodismo Científico y divulgación mediática* acota al mismo a la temática de las ciencias naturales y establece que los periodistas científicos no siempre hacen divulgación:

Deben matizarse las diferencias entre periodismo y divulgación científica, pues, aunque aspiren a un objetivo común: informar sobre ciencias naturales, y en muchos casos, comparten fundamentos y pautas de trabajo similares, sus enfoques de la información científica son muy distintos. La diferencia básica entre divulgación científica y el periodismo científico es que la divulgación la hacen siempre las fuentes (en este caso los científicos) y, por tanto, tiene como objeto beneficiar el entorno de la fuente. El periodismo científico a veces hace divulgación, pero no se conforma sólo con eso; también debe contextualizar sobre, por ejemplo, si socialmente merece la pena tal experiencia o si es necesario retirar financiación de un programa de ayuda a desfavorecidos para financiar un telescopio espacial. Por tanto, el periodista no busca beneficiar a la fuente sino a la sociedad. (Elías, 2014: 16)

Partiendo de lo anterior y de lo escuchado en las sesiones del periodista Humberto Musacchio (abril-septiembre, 2019) cuando menciona a las notas periodísticas como crítica hacia las políticas gubernamentales en el entendido de lo que beneficia o no a la sociedad, se puede afirmar que:

El periodismo desempeña diversas funciones en la sociedad contemporánea como fuente de información, análisis y comentario de los hechos de actualidad. No obstante, el objetivo básico de la mayoría de los periodistas es servir a la sociedad informando a la ciudadanía, interrogándose sobre el modo en que se ejerce el poder, favoreciendo al debate democrático y, con ello, contribuyendo al desarrollo político, económico, social y cultural. (Flores, 2014: 513)

Además de lo dicho en su ponencia el divulgador Javier Aranda Luna (abril-septiembre, 2019) quién resalta el valor de comunicar los resultados de la investigación desde la academia, aunque también como parte de una crítica social (concretamente él se refiere al Movimiento de 68). Me parece que, si existe diferencia entre el periodismo y la divulgación, tal como señala Elías, se tratan de objetivos distintos, aunque tal vez, en el punto de la crítica gubernamental se extrapole el sentido y pueda perderse el origen de la divulgación ya que, en lugar de comunicar los resultados de una investigación realizada por la fuente, se confunda con una crítica hacia el gobierno y se pierdan seguidores o auditorio.

Entonces, el periodismo científico rompe las reglas del periodismo que critica al Gobierno, es un periodismo que da respiros o que mueve conciencias hacia temas como el ambiente, salud, entre otros, el lenguaje está orientado a la acción.

Un aspecto que me gustaría enmarcar en esta reflexión es el concepto de científico, en los inicios del periodismo se trata solo de temas de ciencias exactas, aún sin considerar al medio ambiente, adquirió sensacionalismo cuando se incluye la variable de daños ambientales, el cambio climático y la extinción de las especies, se transforma a un periodismo científico social:

...el periodismo científico tiene unas especiales particularidades que derivan en la circunstancia de que la labor del periodista científico no debe limitarse a ser un simple informador, sino que debe asumir

una cierta función “formativa” (sic). De este planteamiento la información y la divulgación aparecen juntas, fusionadas y la actividad formativa que se desprende resulta connatural a la propia especialización. (Belenguer, 2003: 44)

Al periodismo científico extraído del mundo de las ciencias exactas como la biología o las matemáticas, se le incluye la cultura, las humanidades y las ciencias sociales, para convertirse en un periodismo divulgador:

Lo que entendemos por Divulgación Científica es precisamente esto: toda actividad de explicación y difusión de los conocimientos, la cultura y el pensamiento científico y técnico, bajo dos condiciones, con dos reservas: la primera es que estas explicaciones y esa difusión del pensamiento científico y técnico sean hechas fuera de la enseñanza oficial o de enseñanza equivalentes....La segunda reserva es que estas explicaciones extraescolares no tengan por fin tomar especialistas, ni tampoco perfeccionarlos en su propia especialidad, ya que, por el contrario, reivindicamos completar la cultura de los especialistas fuera de su especialidad. (Belenguer, 2003:45)

Así, el divulgador no solo es el investigador que realiza el estudio o la fuente, sino también puede ser una persona, un periodista con habilidades o competencias de explicación y difusión de conocimientos en un lenguaje dirigido a un público no especializado. Un ejemplo es el *Pint of Science* que se realiza en 73 ciudades españolas, donde científicos presentan sus investigaciones en forma sencilla a través de experimentos, demostraciones científicas, espectáculos o proyecciones en bares y pubs y cuyo formato se está replicando en Mazatlán, Sinaloa, en una iniciativa llamada “Pisteando con Ciencia” (Michel, 2019).

El lenguaje, formato y la extensión temporal del discurso, lo que tal vez, haga de una experiencia de divulgación periodística un caso exitoso respecto a la divulgación realizada desde las universidades,<sup>3</sup> ya que el investigador tenderá a utilizar el mismo lenguaje de su investigación y se enfocará a un público con niveles universitarios aunque no sean en el campo de las disciplina en la cual desarrolla su investigación, tal y como pasa, con los literatos que divultan a otros autores, escriben sobre ellos, pero realizando un análisis que bien puede ser objeto de una tesis de posgrado.

Los formatos utilizados por las universidades suelen ser medios escritos, conferencias (en muchas ocasiones leídas por el ponente, efecto muy adverso cuando el auditorio es un público general), presentaciones digitales planas, sin animaciones, fotografías e infografías estáticas. Videos y audios de duración mayor a una hora, lo cual hace que solo público especializado o por especializarse sea el único auditorio interesado en estos materiales; como un ejemplo de recurso abierto interactivo con lenguaje de divulgación es el video: “Reflexión sobre competencia económica, consumidores y comercio exterior”, que se encuentra disponible en el sitio de Facebook de la Facultad de Derecho de la UNAM (Witker, J. A., Cázares, C., Arley, D., 2020).

Tal vez el temor a ser considerados por los pares como vulgares<sup>4</sup> haga de la actividad de divulgación de la ciencias sociales y humanidades dentro de las universidades una actividad dirigida a un público con necesidades educativas muy puntuales, como estudiantes de las disciplinas, tesistas, investigadores, estudiantes de posgrado, profesores. En cambio, en la

<sup>3</sup>Uno de los ejemplos es Coordenadas 2050 Proyecto de la Coordinación de Humanidades UNAM.

<sup>4</sup> Del lat *vulgaris*: 3. Adj. Que es impropio de personas cultas o educadas. RAE, 2019.

divulgación derivada del periodismo científico cultural, el público sea un auditorio más diverso.

A nivel de escuelas de Derecho, existen dos opciones: Realizar proyectos de divulgación del derecho administrados, diseñados y alimentados por materiales audiovisuales hechos por los estudiantes de Derecho, supervisados por los docentes.<sup>5</sup>

La segunda opción es fomentar proyectos de divulgación dirigidos a público en general con la finalidad de vincular a las Facultades de Derecho y la sociedad en general.<sup>6</sup>

#### 4. La humildad académica

La importancia de estructurar una metodología flexible de investigación que incluya el uso de tecnologías de información y comunicación con la finalidad de divulgar desde la academia se basa no solo en una necesidad social de apoyo a la comunidad, sino también, incluyen habilidades académicas, es decir, al incluir a la divulgación como un objetivo de las investigaciones de las Facultades de Derecho, se fortalece el pensamiento crítico para la resolución de problemas cotidianos (Difabio, 2005:178).

Además, de impulsar el pensamiento crítico, al enseñar a los estudiantes de Derecho, que uno de los objetivos de la investigación jurídica debe ser la divulgación del derecho y motivarlos a escribir para auditorios no expertos en Derecho, fomenta su autoestima y confianza según Siegel (1990) (como se citó en, 2005:173), el divulgador se atreve a exponerse ante un público en general, se presenta ante sus no-pares, los sujetos a quienes se dirigen las normas, a sus posibles clientes. Se trata de un ensayo-error de vinculación con el sujeto real de la práctica del Derecho, sin que exista una responsabilidad mayor como lo hay en las clínicas jurídicas donde se asesora o realizan diversos procesos jurídicos bajo supervisión académica.

No solo los estudiantes de Derecho deberán ensayar a convertirse en divulgadores, también, los docentes y los investigadores, para ello, me parece necesario aprehender la información científica social o humanística y desprenderse de lo que he denominado: '*vanitas universitaria*',<sup>7</sup> partir del principio de humildad y sencillez en uno mismo para entender que los títulos, los libros, los artículos que distinguen los méritos de un investigador a otro, fuera de la academia no poseen el mismo peso y los auditórios no

<sup>5</sup> Al respecto el Proyecto para el Mejoramiento de la Enseñanza del Derecho PE304116 autorizado por la Dirección General del Personal Académico y la Facultad de Derecho, UNAM fue pionero en el marco del fomento de la divulgación del Derecho. Se puede consultar en buhotica.com y en Cázares Sánchez Cristina (abril, 2017) *El proyecto Derecho de Todos: comunidad de aprendizaje con el uso de TIC*. Ponencia escrita presentada en el Congreso CEEAD Educación Jurídica 2018 organizado por el CEEAD, CIDE, ITAM, U de G, UDEM, ITESO, IBERO, entre otras. Recuperado de [https://congresooceead.mx/pdf.js/web/viewer.html?file=/assets/pdfs/171207\\_Memorias\\_CC17.pdf](https://congresooceead.mx/pdf.js/web/viewer.html?file=/assets/pdfs/171207_Memorias_CC17.pdf)

<sup>6</sup> La Suprema Corte de Justicia de la Nación en México cuenta con material didáctico consistente en publicaciones de divulgación para ciudadanos de diversas edades, disponibles en [www.scjn.gob.mx](http://www.scjn.gob.mx)

<sup>7</sup> Dentro del mundo de los abogados litigantes, existe una costumbre, si un abogado-académico se ostenta como Doctor o Maestro dentro de un Juicio, normalmente el Juez, la parte contraria, hasta los archivistas suelen ponerle trabas dentro del proceso toda vez que ven como un acto de vanidad el ostentar los grados académicos pues la gran mayoría de los litigantes solo tiene el de licenciado en Derecho. Así la mayoría de los que estamos dentro de la Academia y llegamos a litigar, dejamos los doctorados para el aula y nos volvemos licenciados en los Tribunales.

especializados no acuden a las actividades de divulgación buscando conocer al académico de renombre, como si sucede en la Universidad, donde un estudiante o profesor va a la conferencia magistral buscando conocer al autor del libro base de sus clases; por el contrario, tal vez con el público en general tengamos los académicos una sola oportunidad de ser oídos y vencidos por la crítica.

Denostar que en el ejercicio de divulgar los contenidos de una investigación ya sea por los medios de comunicación y convertirnos los docentes, investigadores y estudiantes en periodistas ‘jurídicos’ implica el acto creativo y más libre en el que podamos académicamente expresarnos, se trata de una muestra del conocimiento libre y humilde: “Por eso todo otro acto de conocer, desde el mínimo racional, el que se agota presentando un objeto conocido, es una manifestación del acto de ser personal y, por ende, muestra la humildad personal” (Sellés, 2019: 94).

El reto es redactar para un público general, captar su atención, comunicarse y exponer la importancia de los temas jurídicos para la sociedad.

### **Conclusión**

La divulgación del Derecho debe incluirse dentro de los programas de estudio de las Facultades de Derecho, en todos los niveles, desde la licenciatura hasta el Doctorado, y fomentarse como competencias en los estudiantes, en dos vertientes: formativas, mientras se encuentran en las aulas (presenciales o virtuales): la investigación y las digitales donde muestren su creatividad en la realización de materiales idóneos para ser difundidos en los medios de comunicación en formatos digitales susceptibles de ser consultados por el público en general.

Y competencias para el trabajo, con el ejercicio continuo de divulgar lo investigado como tareas académicas, desarrollan la empatía con su futuro cliente que no necesariamente poseerá un grado académico pero que indudablemente acudirá al futuro abogado porque el Derecho ha transformado su realidad.

## Fuentes de Consulta

- Arráez, M., Calles, J. y Moreno de Tovar, L. (diciembre, 2006). La Hermenéutica: una actividad interpretativa. *Sapiens. Revista Universitaria de Investigación*, 7(2), Universidad Pedagógica Experimental Libertador, Caracas, Venezuela. pp. 171-181. Disponible en <https://www.redalyc.org/pdf/410/41070212.pdf>
- Belenguer Jané, M. (2003). Información y divulgación científica: dos conceptos paralelos y complementarios en el periodismo científico. *Estudios sobre el Mensaje Periodístico*, pp. 43-53.
- Boto Álvarez, A. (2012). El potencial de las revistas jurídicas, *Revista electrónica "Docencia y Derecho"*, No. 4. Facultad de Derecho y C.C. E.E. y Empresariales, Córdoba. Pp. 1-5. Recuperado de [https://www.uco.es/docencia\\_derecho/index.php/reduca/article/view/59](https://www.uco.es/docencia_derecho/index.php/reduca/article/view/59)
- Coordinación de las Humanidades. (abril-septiembre 2019). *Diplomado en Divulgación de las Humanidades 2019*. UNAM, México.
- Difabio De Anglat, H. (2005) The Critical Thinking Movement and the intellectual education, *Estudios sobre Educación*, 2005, 9, Pp. 167-187.
- Elías, C. (2014). *Fundamentos de periodismo científico y divulgación mediática*, edición digital, Alianza Editorial, Madrid.
- Estrada Castro, L. J. (2019). Conceptos de Hermenéutica. *Diplomado en Divulgación de las Humanidades*. Coordinación de Humanidades, UNAM. Presentación de diapositivas.
- Flores Vivar, J. M. (julio-noviembre, 2014). El periodismo como disciplina del conocimiento y el valor academicista para una profesión de calidad. *Prisma Social*, núm. 12, pp. 506-543. Recuperado de <http://www.isdfundacion.org/publicaciones/revista/numeros/12/periodismo-divulgacion-cientifica.html>
- Gadamer, H.-G. (1975). *Verdad y Método I*. Décima edición. Trad. Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito. España 2003.
- Habermas, J. (1987) Teoría de la Acción comunicativa. Volumen 2: “Crítica de la razón funcionalista”. Taurus. Madrid.

Luhmann, N. (1998). Sistemas Sociales. Lineamientos para una teoría general. *Anthropos* Editorial/Universidad Iberoamericana/CEJA, Pontificia Universidad Javeriana. España.

Michel. (7 de junio de 2019). Pistear y aprender es posible: proyecto de divulgación enseña desde bares. *plumasatomicas.com*. Recuperado de <https://plumasatomicas.com/noticias/ciencia/pistear-y-aprender-es-posible-proyecto-de-divulgacion-enseña-desde-bares/>

Pietro De Pedro, J. (mayo-agosto de 1996). Lenguaje Jurídico y Estado de Derecho. *Revista de Administración Pública*, Núm. 140, 116-129.

Portales, M. (20 de mayo de 2019). La ciencia se cuela en los bares. *El País.com*. Recuperado de [https://elpais.com/elpais/2019/05/16/ciencia/1557996809\\_313933.html](https://elpais.com/elpais/2019/05/16/ciencia/1557996809_313933.html)

Sellés Dauder, J. (2019). La humildad según Leonardo Polo. *Contrastes. Revista Internacional de Filosofía*, vol. XXIV-Nº3 (2019), pp. 91-104. ISSN: 1136-4076 Departamento de Filosofía, Universidad de Málaga, Facultad de Filosofía y Letras Campus de Teatinos, E-29071 Málaga, España.

Witker, J. A., Cázares, C., y Arley, D. (abril de 2020). *Reflexión sobre competencia económica, consumidores y comercio exterior*. [Archivo de video]. Recuperado en <https://www.facebook.com/DerechoUNAM/videos/154825019286540/>

## La continencia de la causa vs. el libre desarrollo de la personalidad. El divorcio incausado en Veracruz\*

Irvin Uriel López Bonilla\*\*  
Mitchell Sarahí Zapata Durán\*\*\*

**RESUMEN:** La ecuación: diversidad de prestaciones - identidad de personas y cosas - un solo procedimiento - una sola sentencia, ha permanecido inamovible durante años en pretexto de la configuración de la continencia de la causa, sin la existencia de una norma que sustente la inflexibilidad con la que se ha aplicado. De cara al derecho humano al libre desarrollo de la personalidad, esta práctica reiterada debe doblegarse en favor del accionante del divorcio incausado, cuyo plan de vida se obstaculiza a causa de la inexorable búsqueda de una sola sentencia definitiva que resuelva las múltiples pretensiones con nexos a la disolución del vínculo matrimonial, sujetas a la temporalidad infructuosa del proceso. Por lo que, en el manuscrito, presentamos la carga argumentativa de contrapeso a lo expuesto por un órgano de control constitucional que, en su labor jurisdiccional, sobrepone la figura procesal de la continencia de la causa al ejercicio pleno del libre desarrollo de la personalidad.

**ABSTRACT:** The equation: diversity of legal benefits - personal and acts identity - a single procedure - only one verdict, it has been immovable for years under the pretext of shaping the continence of the cause, without the existence of a rule that supports the inflexibility with which it has been applied. In front to the human right to the free development of the personality, this reiterated practice must bend in favor of the plaintiff of the divorce without cause, whose life plan is hindered due to the inexorable search for a only one verdict that resolves all claims related to the dissolution of the marriage bond subject to the unsuccessful temporality of the process. Therefore, in this manuscript, we present the argumentative burden of counterbalance to the exposed by a constitutional control body that, in its jurisdictional work it imposes the procedural figure of the continence of the cause to the full exercise of the free development of the personality.

\* Artículo recibido el 1º de mayo de 2020 y aceptado para su publicación el 25 de mayo de 2020.

\*\* Licenciado en Derecho y Maestro en Derechos Humanos y Justicia Constitucional por la Universidad Veracruzana. Co-coordinador de la Clínica de litigio estratégico transformaciones jurídicas de la misma Casa de Estudios.

\*\*\* Licenciada en Derecho por la Universidad Veracruzana; Maestra y Doctora en Derecho Procesal por el Centro Mexicano de Estudios de Posgrado.

**Palabras clave.** *Continencia de la causa, divorcio incausado, libre desarrollo de la personalidad, proceso civil, sentencia definitiva.*

**Keywords.** *Continence of the cause, divorce without cause, free development of the personality, civil prosecution, definitive verdict.*

**SUMARIO:** Introducción. 1. La continencia de la causa: entre su aplicación inexcusable y la necesidad de su fraccionamiento. 2. Tratamiento del libre desarrollo de la personalidad en el sistema jurídico mexicano. 3. La tramitación jurisdiccional del divorcio incausado en Veracruz, a propósito de la anteposición de la continencia de la causa al libre desarrollo de la personalidad. Notas críticas. Conclusiones. Fuentes de consulta.

## Introducción

La labor de los operadores jurisdiccionales ha jugado un papel importante ante la anarquía que experimentan diversas normas locales del sistema jurídico mexicano. Si bien, el problema pudiera redundar en la falta de reconocimiento de diversas figuras procesales y la renuencia de las legislaturas de actualizar las ya existentes, para volver asequible el contenido próximo de derechos humanos, lo cierto es que, resulta más grave cuando su exigibilidad y justiciabilidad se presume en manos de un juez que, lejos de cumplir con ser “El Juez Hércules”, se convierte en su depredador.

Aunque pareciera que esta realidad es paralela a la nuestra y que todos los operadores se encuentran comprometidos con la satisfacción de derechos humanos, acatando los mandamientos constitucionales de su promoción, protección, respeto y garantía, existen criterios judiciales que impiden la satisfacción de los mínimos indispensables de un derecho, pese a tratarse de un coto vedado, como el libre desarrollo de la personalidad.

Con esa base, nos hemos visto en la necesidad de exponer lo que a nuestro juicio es una posición judicial atávica, alejada de la sana crítica y de la permeabilidad de los nuevos estándares de protección de derechos humanos, porque sacrifica el libre desarrollo de la personalidad frente a un formulismo procesal, que debe advertir otras lecturas.

Por ello, con el objetivo de discernir sobre un criterio específico materializado en una resolución jurisdiccional que adquirió el grado de tesis aislada, nos hemos propuesto dividir el trabajo en tres apartados. En el primero, trazamos las bases de la continencia de la causa para ahondar sobre la viabilidad de su fraccionamiento y sustentar el por qué pueden justificarse una variedad de sentencias definitivas que cumplan con la materialidad de resolver los puntos principales controvertidos. En el segundo, punteamos el tratamiento que en la doctrina y en la jurisprudencia mexicanas, se ha dado al derecho humano al libre desarrollo de la personalidad. Y en el tercero, describimos las necesidades de armonización legislativa en Veracruz, el problema sobre el que transita la tramitación jurisdiccional del proceso de divorcio incausado y los resultados obtenidos y, realizamos algunas notas críticas en función del criterio abordado por un Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Civil, en Veracruz.

Metodológicamente, aplicamos el respectivo hipotético-deductivo porque partimos del asidero que tiene la figura de la continencia de la causa como ente que finalmente busca

proteger el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, transitamos por el contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad como derecho potencialmente infringido y concretamos en un criterio abordado por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Séptimo Circuito, contra argumentando a partir de lo resuelto por la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). También aplicamos los métodos exegético y sistemático, al realizar un examen del andamiaje regulatorio, interrelacionado con el cuerpo normativo con una visión geográfica de la institución procesal estudiada: la continencia de la causa. Y, por último, el método dogmático, al atender doctrina y criterios jurisdiccionales que han servido de base para dotar de sentido, significado y alcance a los derechos estudiados.

Se ha implementado y por lo tanto creído indudablemente, a través de la doctrina y su práctica, que en un proceso complejo por cuanto al número de pretensiones, solo puede existir una sentencia definitiva que resuelva todos los puntos de litigio, porque así se garantiza la tutela jurisdiccional efectiva, materializada a través de la continencia de la causa. No obstante, los nuevos estándares en materia de derechos humanos, demandan que las fórmulas procesales sean replanteadas hermeneuticamente con las condiciones más favorables para quien acude a un sistema procesal en búsqueda de satisfacer el contenido de sus derechos. De ahí que propongamos que en el polinomio integrado por un proceso con identidad de hechos, cosas y personas, se proyecte la mutabilidad del arquetipo de la sentencia definitiva a su pluralidad, porque así puede sesgarse al cumplimiento de protección, respeto y garantía de derechos humanos, siempre bajo un orden cualitativo y no cuantitativo del ordenamiento constitucional.

### **1. La continencia de la causa: entre su aplicación inexcusable y la necesidad de su fraccionamiento**

El diseño arquitectónico del derecho procesal abarca un tronco común que luego se divide en ramas particulares (Ovalle, 1981: 20), sin embargo, en su basamento son coincidentes. En la estructura más básica, un proceso involucra el derecho de acción, el derecho de excepción, las formalidades del procedimiento, la resolución del diferendo y su ejecución. Inclusive, en esencia representa la satisfacción del derecho humano a la tutela judicial efectiva, por lo que, si hablamos de derecho procesal, no podemos soslayar lo que implica el derecho fundamental a la que obedece, sobre todo a sabiendas que las normas procedimentales –adjetivas– observan como sentido a las denominadas sustantivas para formar una cadena de destino-destinatario (Briseño, 2016: 205).

El derecho de tutela judicial efectiva que –guardadas proporciones– se podría satisfacer mediante un adecuado proceso judicial, obliga a que en sus etapas se garantice la protección de otros derechos interrelacionados –autónomos pero, interdependientes– a través de una reglamentación razonable, como si de un juego de frenos y contrapesos se tratara, ubicados en diferentes momentos: antes, durante y después de concluido el proceso. Visto de esa manera, el término *proceso judicial* no es menor, porque en realidad representa la forma natural de garantizar la tutela jurisdiccional como su fin último e inmiscuido en él, otros tantos derechos.

Los subconjuntos de derechos interconectados con la tutela judicial efectiva, los podemos visualizar en la siguiente tabla (Primera Sala de la SCJN, 2017: 151; Pleno de la SCJN, 1995: 193):

DERECHO	Tutela jurisdiccional efectiva		
	ETAPA	Previa al juicio	Judicial Comprende desde el inicio del procedimiento hasta la última actuación
SUBDERECHOS	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Derecho de acceso a la jurisdicción;</li> <li>• Derecho de acción;</li> <li>• Derecho de defensa;</li> <li>• Derecho a Tribunales imparciales e independientes; etc.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Derecho al debido proceso;</li> <li>• Derecho a la notificación del inicio del procedimiento;</li> <li>• Derecho de audiencia;</li> <li>• Derecho a una defensa adecuada</li> <li>• Derecho a la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa;</li> <li>• Derecho de alegar;</li> <li>• Derecho a la emisión de una resolución que dirima las cuestiones debatidas; y,</li> <li>• Derecho a impugnar las sentencias.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Derecho a la eficacia de las resoluciones;</li> <li>• Derecho al cumplimiento de las sentencias; etc.</li> </ul>

Tabla 1. Derechos interconectados con la tutela judicial efectiva. Elaboración propia con información de criterios de la SCJN.

En la tabla anterior podemos destacar gráficamente las tres etapas que componen el gran paraguas<sup>1</sup> que representa la tutela jurisdiccional efectiva. Nos ubicaremos particularmente en la segunda, la judicial. En esta, se describen diversas prerrogativas que, sin ánimo de exclusión, resultan ser verdaderos derechos humanos autónomos, con asidero constitucional y convencional, pero articulados para satisfacer el núcleo del derecho a la tutela judicial. Esta articulación implica el diseño de instituciones y reglas operativas que rijan un procedimiento, que de suyo no resultan inconstitucionales si se ajustan a criterios idóneos, necesarios, razonables y proporcionales o, de cuya aplicación no dimane un exceso procesal injustificado.

La labor del legislador es establecer las reglas del juego, es decir, imponer plazos, términos, requisitos, condiciones, presupuestos y cualquier otra categoría para la efectividad del procedimiento. De cara a ello, el juzgador adquiere una figura de dirección, con competencias incluso para inaplicar normas que pudieran devenir en un menoscabo de derechos humanos, por la ejecución inflexible de pautas procesales innecesarias e irrazonables o para preferir –hermenéuticamente– entre las lecturas de una norma, la que resulte menos lesiva o más protectora a los justiciables.

Dentro del género de las instituciones y requisitos procesales destaca para nuestro objeto de estudio la continencia de la causa, que significa la unidad jurídica y cuya

<sup>1</sup> El término paraguas lo hemos empleado denotando que la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho humano que abarca una gran variedad de derechos autónomos, que no obstante de serlo, se encuentran interconectados con el primero.

materialización se ha orientado en la segunda etapa de la que hablábamos *supra*, específicamente en el subderecho a la emisión de una resolución que dirima las cuestiones debatidas, aunque esa solo es una de las razones a las que obedece su existencia. Si partimos de la idea de que la continencia de la causa significa la unidad procesal, entonces nos conviene puntualizar que gramaticalmente el término *unidad*, siguiendo el Diccionario de la Real Academia Española, significa “1. f. Propiedad de todo ser, en virtud de la cual no puede dividirse sin que su esencia se destruya o altere” (RAE, 2019: párr. 1), por lo que inmediatamente endosa la idea de una intransigente indivisibilidad, ya que, al hacerlo, perdería la propiedad para la cual fue diseñada. Aunque ello debe ser matizado.

Esta premisa procesal se justifica de varias y diversas medidas. Constitucionalmente, porque dota de certidumbre jurídica al cumplir con la congruencia de fundar y motivar todo acto de molestia, como lo mandatan los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM). Teleológicamente, porque permite que en un solo procedimiento se ventilen una multiplicidad de acciones generadas con identidad de hechos, cosas y personas, sin que se extreme en el grado de litisconsorcio, generando que quienes intervienen obtengan una sola resolución que evite que, de resultar varias, se contrapongan. Y procesalmente, porque resulta económico al procedimiento, dirimir los puntos litigiosos planteados en una sola sentencia.

Ahora bien, lo descrito engendra la regla general que, también admite excepciones o lecturas diversas. Aunque sobre ello volveremos más tarde, por lo que aquí interesa, debemos colocar el dedo en que la continencia de la causa es la idea de la acumulación de acciones; producida por la naturaleza de la indivisibilidad y la consecuente necesidad de resolver los puntos controvertidos de un proceso en una sola sentencia; y, que puede devenir *at initio* o en el interprocesal. La segunda opción, materialmente se conoce como acumulación de autos, con las amplias posibilidades de identidades en personas, acciones o cosas, siempre que de alguna manera converjan. Empero, nos situaremos en la continencia de la causa que se suscita cuando las mismas personas –litigantes– se exigen una pluralidad de acciones, cuya naturaleza permite ser conocidas en un solo proceso.

Pese a que la continencia de la causa es una figura procesal que irradia efectos sobre todas las áreas de la ciencia jurídica, nos ceñiremos únicamente a la regulación en el derecho procesal civil veracruzano, para sentar las bases estructurales sobre la acción del divorcio y las consecuencias de la disolución del vínculo matrimonial.

De una interpretación sistemática entre los artículos 4 y 21 el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Veracruz (CPCV), tenemos que, cuando a quien competía ejercer una acción, por sí o a través del que legalmente lo represente, lo realice y existan pluralidad de prestaciones que se desprendan de la misma causa y tengan el mismo objeto, la acción será intentada mediante una sola demanda, es decir, se postulará en un solo procedimiento. En esa premisa normativa, se tiene por satisfecha la procedencia de la continencia de la causa en su modalidad *ad initio*.

Esa situación se robustece cuando el código adjetivo se refiere al acto procesal de las sentencias. En el diverso 56, se irroga que las sentencias tienen la naturaleza de resoluciones judiciales que, a diferencia de los autos y decretos, deciden el asunto principal

controvertido; mediante estas, se deberán decidir todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate, dando resolución correspondiente a cada uno de ellos – artículo 57 –.

Lo último, constituye lo que en la teoría se ha denominado *congruencia* y que advierte dos modalidades. La primera denominada *congruencia externa*, que significa la concordancia con la demanda y con la contestación y, la segunda, la *congruencia interna*, que implica la armonía entre las mismas partes de la sentencia (Tribunales Colegiados de Circuito, 1997: 813).

Sin embargo, la congruencia externa a la que hacemos referencia, debe convenirse con todas las actuaciones procesales que obren en el juicio y dejar de constreñirse únicamente a los dos escritos iniciales a los que nos referimos líneas arriba, porque a pesar de que en esos dos ocurrisos se sitúa el objeto del juicio, lo cierto es que de ello se pueden desprender pretensiones, que por su previa y especial naturaleza deban preponderarse sobre los requisitos procesales y resolverse previo a una única sentencia que resuelva todos los puntos objeto de litigio. Más, si destacamos que de la literalidad del artículo 57 del CPCV se desprende que, las sentencias –en plural– deben decidir todos los puntos litigiosos que se encuentren *sub judice*, sin que se refiera que sea en una sola sentencia en la que se resuelvan, esto es, el legislador no distingue en qué momento debe existir el pronunciamiento sobre todos los puntos controvertidos o bajo qué naturaleza de la tipología de las sentencias deba hacerse y, que incluso, para dar efectividad al proceso, pueda escindirse la continencia de la causa.

Lo aseverado concuerda con la multiplicidad de sentencias que pueden dictarse en un procedimiento y que de alguna manera se relacionan con el objeto del juicio que se haya planteado mediante los escritos de demanda y de contestación. Veamos por qué.

Partamos de que una sentencia es una norma jurídica individualizada porque se refiere a situaciones concretas o particulares, mediante la cual se constituyen o se declaran derechos u obligaciones para sujetos determinados, cuya formación requieren de ciertos requisitos de validez, en su caso, de transitar una secuela procesal tazada para el efecto (Jongitud, 2012: 114). Ahora, el proceso está situado en el desarrollo de un cúmulo de procedimientos que deben agotarse para obtener diferendos, ya sea en su carácter de definitivos o interlocutorios. La doctrina ha sostenido que las sentencias definitivas son aquellas que ponen fin a un proceso, mientras que las interlocutorias deciden cuestiones procedimentales que tienen que ser determinadas antes de llegar al momento de la definitiva (Rumoroso, 2013: 4).

En el caso de las sentencias interlocutorias, el CPCV admite diversos supuestos en que pueden configurarse, por ejemplo, cuando se determina la incompetencia por declinatoria –artículo 26–, cuando se resuelve la recusación –artículo 144–, cuando se falla en materia de alimentos provisionales –artículo 162–, cuando se trata de excepciones supervenientes –artículo 222– o, cuando se refiere al reconocimiento o inspección judicial –artículo 279–, también se permite decidir en esta naturaleza los recursos o los incidentes, tramitados dentro del mismo o por cuerda separada. Lo anterior da cuenta de la capacidad del juzgador de pronunciarse sobre cuestiones que no pueden esperar al pronunciamiento de las

sentencias definitivas. Aunque a diferencia de estas, aquellas no deciden cuestiones de fondo, sino procedimentales.

Los apuntes hechos son coincidentes con lo resuelto en la Contradicción de Tesis 104/2019 (Primera Sala de la SCJN, 2019). El Alto Tribunal sostuvo que de un ejercicio hermenéutico sistemático-jurídico-teleológico de las reglas y principios de la acumulación de acciones, se podía sostener que el juez tiene atribuciones para escindir, separar o desacumular un proceso que contenga varias pretensiones (: 28), porque, por principio de cuentas, no existe disposición alguna que lo prohíba y, en segunda, porque la posibilidad de escisión de acciones está enfrascada en todos y cada uno de los sistemas procesales que contemplen la probabilidad u obligación de acumular diversas pretensiones en una demanda, amén de que la finalidad de tal figura es la economía procesal y la seguridad jurídica al evitar fallos contradictorios (:29).

De esa manera, cuando la “(...) unión no esté dando el resultado pretendido (...) generando (...) dirección opuesta a la del principio de economía procesal, llevando una tramitación más embarazosa que la sustanciación individual (...)” (: 55) y, cuando ya no exista el riesgo de obtener sentencias contradictorias en virtud del examen de constancias de autos, irrogando en el juez la obligación de tomar las medidas necesarias para el resguardo de los principios y valores inmiscuidos en el proceso, evitando gravámenes no deseados previa vista que se haga a las partes (: 55), debe preferirse el fraccionamiento de la continencia de la causa. A mayoría de razón, advierte la SCJN, cuando de la aplicación estricta de la acumulación se vulneren principios constitucionales (: 55).

En esa medida, la continencia de la causa como una figura procesal, debemos entenderla en un ánimo de procuración, es decir, el juzgador debe tratar de mantener la unidad jurídica, sin que ello implique que esta no pueda dividirse o fraccionarse, cuando en un orden cualitativo del derecho, su escisión sea necesaria para proteger derechos sustantivos inmiscuidos. Es una figura procesal cuya aplicabilidad admite excepciones, sobre todo si vemos al juez como un rector del proceso con obligación, incluso, de eliminar los obstáculos que pudieran comprometer la satisfacción del contenido de un derecho.

Si bien el juzgador debe garantizar las formalidades de un procedimiento, para dotar de certidumbre jurídica y, por vía de consecuencia, resguardar la tutela jurisdiccional, la unidad jurídica del litigio no se limita al dictado de una sentencia, porque para su cumplimiento es importante considerar la naturaleza de las acciones que forman el objeto del proceso y la gama de posibilidades que la propia ley ofrece, en este caso, el pronunciamiento de una variedad de sentencias que posibilitan el seccionamiento de la continencia de la causa, sin que ello implique sacrificar la justicia por la que una persona acude a un sistema procesal (CoIDH, 2001: párr. 51), sobre todo, si tomamos en cuenta que el proceso civil y específicamente la persecución de la continencia de la causa, es de naturaleza rogada.

En otras palabras, la continencia de la causa es una de las instituciones procesales diseñadas para garantizar el ejercicio del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, que no es absoluto, por lo que su aplicación debe alejarse de un extremo riguroso, sino más bien de manera cualificativa, en aras de su necesidad.

## 2. Tratamiento del libre desarrollo de la personalidad en el sistema jurídico mexicano

Con la reforma del 18 de junio de 2008 al artículo 19 de la CPEUM se acuñó el término *libre desarrollo de la personalidad*. Aunque esa referencia se hizo en materia penal, lo cierto es que por una visión geográfica, su incorporación permite entender una protección a la esfera vital de la persona, pues el menoscabo a este derecho a través de la perpetración de un delito grave hace procedente la prisión preventiva oficiosa. Ahora bien, podríamos estar o no de acuerdo con la *ratio* de la prisión preventiva, incluso cuestionarnos si es idónea la medida para la protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad, pero al no ser nuestro objeto de estudio, la comparación la hacemos para extremar la importancia con la que el poder reformador visualizó este derecho.

Sin embargo, la inclusión del derecho no significa *ipso facto* su tutela y protección material, en realidad aunque no se debiera, como afirma Aguilera, las libertades públicas, como categorías prejurídicas abiertas y flexibles, requieren de desarrollos positivos en los ordenamientos jurídicos (2018: 199). De esta manera, el libre desarrollo de la personalidad no solo se podría ver afectado mediante la comisión de un delito –sea grave o no–, sino también por la ejecución u omisión de otros diversos actos, de particulares o entes públicos, que impidan a una persona ejercer su libertad de acción y de alternativas, dependiente de su particularidad como individuo, de manera que ese contenido ha tenido que ser terreno ganado en la incoación de su exigibilidad y justiciabilidad.

Dada la diversificación de escenarios a los que una persona se expone en su vida cotidiana, en los que necesariamente debe optar por alguna decisión individual, se multiplican los actos que pudieran menoscabar el libre desarrollo de la personalidad, de ahí que resulte su carácter multifacético; basado en la autonomía; con aparejamiento en las decisiones sobre su autodeterminación según su conciencia (Moral, 2012: 73); endosado como una consecuencia de la dignidad humana, cuyo entendimiento es insuficiente en un reduccionismo normativo y en una simplificación sinonímica del derecho a la igualdad y no discriminación (López, 2019: 170).

Ante tal premisa, la visión de dignidad, en la idea de que esta es engendrante del libre desarrollo de la personalidad, debe reconducirse a un carácter consustancial de las decisiones de cada persona en su individualidad, pues tal como afirma Lozano (2004) esas determinaciones son el fundamento de lo que significa ser persona (: 629); cuyo bien protegido es la vida misma (Vázquez, 2017: 4); que el papel que juega en el orden constitucional es de naturaleza normativa, proyectando sus efectos de un criterio orientador a una disposición vinculante (Hernández, 2018: 15). Esa fuerza obligatoria es convergente con la que la SCJN ha sostenido al definir a la dignidad como un principio y como un derecho fundamental que resulta “(...) ser la base y condición para el disfrute de los demás derechos y el desarrollo integral de la personalidad.” (Primera Sala de la SCJN, 2016: 633).

Lozano (2004: 629) y Moral (2012: 73) concurren en que el núcleo de este derecho son las decisiones que, sobre sus actos, una persona toma durante su existencia, de conformidad con su modelo de vida, es decir, en palabras de Silva y Valls (2014), representa

“(...) la consecución del proyecto de vida que para sí tiene cada ser humano, como ente autónomo” (:29) y que dispone acorde a sus valores, ideas, expectativas, gustos, etc. (Victoria, 2019: 39).

Eraña, por su parte, sostiene que el derecho de mérito accede como principio y valor fundante y subsidiario de cualquier libertad, garantizando la no interferencia o lesiones en su ejercicio (2014: 146), con lo que satisface la obligación del contexto –que incluye las otras personas que no son el que ejerce el derecho y los entes públicos– de no interferir en su *praxis*. No obstante, la responsabilidad estatal además de ese aspecto negativo, tiene uno positivo que se traduce en obligaciones de hacer. Por un lado, el Estado debe proporcionar los medios necesarios (Flores, 2019: 226) y, por otro, eliminar los obstáculos que se tengan administrativa, legislativa o judicialmente para garantizar su ejercicio.

La naturaleza jurídica del libre desarrollo de la personalidad supone: 1) Ubicarlo en la categoría de derechos individuales, por la titularidad correspondiente a la persona; 2) Puntuarlo en conexidad con otros derechos, no solo en su carácter de indivisible, sino por los efectos reales que consecuentan en la vida del titular; y, 3) Significa un derecho global, que envuelve a otros derechos como si fueran subconjuntos inmersos en el gran conjunto llamado libre desarrollo de la personalidad (Hernández, 2018: 5 y 6).

Concisamente los obstáculos que, ante la anarquía normativa se han devenido en la práctica del derecho al libre desarrollo de la personalidad, han sido paulatina pero efectivamente derribados en los Tribunales mexicanos, jugando así, un papel de suma trascendencia.

La SCJN, mediante la resolución del Amparo Directo Civil 6/2008, se pronunció por primera ocasión sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad y su conexidad con otros derechos (Eraña, 2014: 146). En la sentencia, señaló que este representa “(...) el reconocimiento del Estado sobre la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado (...)” (Primera Sala de la SCJN, 2009: 44). En realidad redujo sus alcances a la palabra *decisión*, pero también concordó con la doctrina, en el sentido de que dichas decisiones no son absolutas, como cualquier ejercicio de derechos humanos, por lo que los límites –justificados– son los derechos de terceros y el orden público (:45), sin que necesariamente la protección de terceros signifique una condición sostenible, a rajatabla, para sacrificar un derecho de tal envergadura, sobre todo a sabiendas que el libre desarrollo de la personalidad se vincula con otros derechos que impactan en el proyecto de vida cuyo daño es irreparable, en tanto que “(...) toda persona tiene derecho a vivir su propia vida y a desarrollarse como ella pretenda (...) con libertad (...)” (: 45). En esta suerte, un límite al libre desarrollo de la personalidad, para encontrarse cabalmente anidado, debe ser idóneo, necesario, justificado y proporcional.

En esa óptica, el libre desarrollo de la personalidad implica en su aspecto más elemental el ejercicio de la libertad, por lo que, las decisiones que contempla una persona para su vida, incluye, en la línea de la SCJN, la de contraer o no matrimonio; la de procrear, si es que lo desea hacer; la de escoger su apariencia personal; su alternativa profesional o laboral; la

libre opción sexual; etc., que son aspectos de la esfera más próxima de la persona, que la definen y la proyectan en su vida de forma autónoma (:44).

Sin embargo, la sentencia a la que hacemos referencia fue solo la base. En fechas recientes, la SCJN retomó el contenido del derecho y amplió, de manera enunciativa pero no limitativa, el examen de las decisiones que lo enderezan, *vr. gr.*, la restricción de disolver el vínculo matrimonial mediante la acreditación de causales de divorcio (Primera Sala de la SCJN, 2015: 570), el acceso a la educación básica (Primera Sala de la SCJN, 2017: 178) y el autoconsumo, incluso con fines lúdicos, de marihuana (Primera Sala de la SCJN, 2019: 489; Primera Sala de la SCJN, 2019: 493; Primera Sala de la SCJN, 2019: 496; Primera Sala de la SCJN, 2019: 1127).

En resumidas cuentas, no cabe posibilidad a duda que el libre desarrollo de la personalidad es un derecho sólido, de coto vedado, personalísimo, sujeto a una ecuación cuya expresión constante es la dignidad humana. En su configuración, podemos destacar dos extremos: uno interno y otro externo. El primero, se refiere justo a la esfera vital del individuo, la más próxima a su intimidad y autonomía, que implica las decisiones que de acuerdo a sus particularidades individuales tome para construir su proyecto de vida, lo que esa persona quiere ser y por qué lo quiere ser, *i. e.*, su visualización interna, que puede ser desigual si se confronta con las de otras personas, incluso del mismo colectivo al que pertenezcan; y, por otro lado, el extremo externo compromete la posibilidad de que el ejercicio del derecho sea oponible a terceros, siempre que ello no resulte en un perjuicio a estos o confronte al orden público.

Es lógico que las decisiones que una persona tome para sí, pueden tener repercusiones hacia el colectivo al que pertenece o respecto a una persona directamente, sin embargo, cuando estas decisiones no infringen la del espacio vital del contexto, entonces la decisión adquiere protección constitucional.

Autónomamente, una persona en el ejercicio del libre desarrollo de la personalidad tiene la facultad de diseñar el proyecto de su vida y en consecuencia tomar en libertad, alternativamente, sin injerencia de otros o del propio poder público, las decisiones que considere lo llevarán a concretarlo. Pero esas decisiones están sujetas al respeto de la esfera jurídica de terceros y del orden público, con la debida justificación en la cesión que deba hacer un derecho frente a otro cuando resulten varios involucrados. Esto deberá atenderse de manera cualitativa, con las particularidades que envuelvan los derechos mezclados, indivisible e interdependientemente.

### **3. La tramitación jurisdiccional del divorcio incausado en Veracruz, a propósito de la anteposición de la continencia de la causa al libre desarrollo de la personalidad. Notas críticas**

El Código Civil para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave (CCV) data de 1932; su falta de armonización con los nuevos estándares de protección de derechos humanos ha ocasionado serias vejaciones al aplicar normas arcaicas a realidades evidentemente nuevas. Sabemos que una de las fuentes del derecho son las reales, como circunstancias que inspiran la creación de normas jurídicas (García, 2008: 53), sin embargo, en la entidad

veracruzana, los legisladores han permanecido renuentes en adoptar las medidas legislativas que garanticen la protección efectiva de diversas prerrogativas, que *de facto* circundan en nuestra realidad.

La protección de la diversidad en la constitución de las familias, el derecho a la pensión compensatoria, el reconocimiento como contribución a la sociedad conyugal por la dedicación al cuidado del hogar y a la crianza de los hijos, la guarda y custodia compartida, el reconocimiento de la personalidad de las disidencias sexuales y el divorcio incausado, son algunos de los problemas de omisiones normativas –tanto sustantivas, como adjetivas– a las que nos enfrentamos cotidianamente en Veracruz.

Este panorama representa un estanque legislativo para el que la labor jurisdiccional ha sido fundamental. Mediante resoluciones judiciales se han sentado bases consolidadas para dar efectividad al contenido constitucional de derechos humanos, no obstante, ello se sujeta a la libertad de criterio de los operadores jurisdiccionales que, teniendo amplias facultades para fungir como directores del proceso judicial e incidir positivamente en el sentido, contenido, significado y alcance de un derecho, en muchas ocasiones anteponen formulismos procesales al núcleo de una prerrogativa humana, tal como sucedió en el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito, en materia de divorcio incausado y, del que hablaremos más adelante.

Por lo pronto recapitulemos en que, tanto la tutela jurisdiccional efectiva como el libre desarrollo de la personalidad son derechos de carácter global –tipo paraguas, como les denominamos anteriormente– cuyo ejercicio es interdependiente y compromete la garantía de otros derechos autónomos. La continencia de la causa, por su parte, es una medida procesal esbozada para preservar la tutela jurisdiccional, a través de la idea de la unidad jurídica, garantizando la economía procesal y la inexistencia de pluralidad de sentencias que resuelvan de forma diferente puntos de litigio con identidad de personas, acciones y cosas. En cambio, el libre desarrollo de la personalidad en su naturaleza de derecho humano, representa la práctica del diseño del proyecto de vida de una persona por el que se protegen las decisiones que se toman para su construcción.

En la coincidencia del derecho al libre desarrollo de la personalidad y la aplicación de la continencia de la causa, debemos delinear claramente el problema que experimentamos en el Estado de Veracruz ante la omisión del reconocimiento de la figura del divorcio incausado y los criterios de los juzgadores al resolver las acciones que se intentan y que convergen desde un hecho generador: el matrimonio y la voluntad de uno de los consortes de disolverlo.

En un plan genérico no redundaría mayor problema si el ejercicio de la acción de un cónyuge contra otro fuera únicamente la disolución del vínculo matrimonial, porque el punto controvertido sería exclusivamente la procedencia de la acción del divorcio. Ello puede originarse en asuntos en los que, imaginemos, los consortes contrajeron nupcias bajo el régimen de separación de bienes o, estando en sociedad conyugal no hay bienes que liquidar; no existen hijos o, si los tuvieron ya son mayores de edad sin necesidad de alimentos; y, ambos consortes se desarrollaron personal y profesionalmente, porque lo que tampoco se compromete mutuamente la obligación alimentaria.

Pero el panorama cambia si el objeto de litigio además de la acción del divorcio se integra por la definición que deba hacerse de las consecuencias de dicha disolución. Aquí podríamos plantearnos diversos cuestionamientos, sobre todo si a la receta descrita añadimos otros ingredientes: el libre desarrollo de la personalidad y la continencia de la causa. Principalmente preguntémonos ¿resulta necesario que, en búsqueda de la unidad jurídica y por tanto de la indivisibilidad de la continencia de la causa, se obligue a una persona cuya voluntad es dejar de permanecer unida en matrimonio a otra, a estarlo? Podríamos pensar en varias respuestas, pero demos cuenta de la que el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito materializó en tres procedimientos vistos para resolver.

Los amparos directos 571/2017, 825/2017 y 269/2018 tuvieron como común denominador que, en primera instancia en un juicio ordinario civil, además del divorcio incausado, se demandaron otras prestaciones. En el proceso 571/2017, se demandó la cancelación de una pensión alimenticia definitiva (Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Civil del Séptimo Circuito, 2018a: 7); en el 825/2017, se requirió la desocupación material de un bien inmueble y la declaración judicial de la carencia sobre el derecho de propiedad respecto de ese bien (Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Civil del Séptimo Circuito, 2018b: 4); y, en el 269/2018, se alegó la liquidación de la sociedad conyugal (Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Civil del Séptimo Circuito, 2018c: 6 y 7). En los tres procedimientos, el juez de primera instancia resolvió de manera autónoma el divorcio incausado y reservó los derechos para continuar con la secuela procesal y pronunciarse *ex post* sobre el resto de las prestaciones (Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Civil del Séptimo Circuito, 2018a: 8; Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Civil del Séptimo Circuito, 2018b: 6 y 7; Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Civil del Séptimo Circuito, 2018c: 10).

Agotada la segunda instancia, cuyo contenido no trasciende para lo que aquí tratamos, se interpusieron los respectivos juicios de casación en contra de las Salas del Poder Judicial del Estado que conocieron de los asuntos. En ellos, el Primer Tribunal Colegiado estimó como una violación procesal que las autoridades responsables no se hubieran pronunciado sobre la división de la continencia de la causa que hizo el juez de primera instancia, por lo que ordenó dejar insubsistentes las sentencias de alzada y emitir nuevos fallos en los que se ordenara la reposición de los procedimientos civiles, hasta antes de las resoluciones que decidieron sobre el divorcio de manera autónoma (Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Civil del Séptimo Circuito, 2018a: 18; Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Civil del Séptimo Circuito, 2018b: 25; Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Civil del Séptimo Circuito, 2018c: 18 y 19).

En su labor de fundar y motivar las resoluciones, los magistrados del Tribunal Colegiado concluyeron en que:

- La sentencia, como acto jurídico de decisión, no puede declararse ejecutoriada en partes o en fracciones, sino que, con atención a la continencia de la causa, debe declararse en forma completa y total, esto es, por todas las acciones y excepciones que dieron origen a la sentencia (Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia

Civil del Séptimo Circuito, 2018a: 15; Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Civil del Séptimo Circuito, 2018b: 20; Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Civil del Séptimo Circuito, 2018c: 15 y 16).

- Que la resolución autónoma de la prestación de la disolución del vínculo matrimonial, fue una violación manifiesta a las leyes que rigen el procedimiento y, por tanto, ameritaba su reposición (Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Civil del Séptimo Circuito, 2018a: 16; Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Civil del Séptimo Circuito, 2018c: 16).
- Que la existencia de dos sentencias implicó violación a la unidad jurídica, por ser indivisible; que debe guardar coherencia interna y por ello no puede escindirse en el estudio de las acciones en dos resoluciones distintas (Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Civil del Séptimo Circuito, 2018a: 16; Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Civil del Séptimo Circuito, 2018b: 21; Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Civil del Séptimo Circuito, 2018c: 16).
- Que la sentencia definitiva al no comprender el estudio sobre la prestación de la disolución del vínculo matrimonial, violó el principio de congruencia, por no contener una decisión acorde a los puntos controvertidos, lo que provocó la existencia de dos sentencias de fondo (Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Civil del Séptimo Circuito, 2018a: 18; Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Civil del Séptimo Circuito, 2018b: 24; Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Civil del Séptimo Circuito, 2018c: 18).

Además, producto del criterio sostenido, el Tribunal Colegiado de Circuito de mérito publicó la siguiente tesis aislada:

DIVORCIO INCAUSADO. NO DEBE DECRETARSE EN EL TRÁMITE DEL JUICIO, EN FORMA AUTÓNOMA Y DEJARSE PENDIENTES PARA SU POSTERIOR RESOLUCIÓN LAS DEMÁS PRESTACIONES DERIVADAS DE LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO, PUES SE ROMPE CON EL PRINCIPIO DE CONTINENCIA DE LA CAUSA, ANTE LA EVENTUAL EXISTENCIA DE DOBLE SENTENCIA, CUANDO ÉSTA ES UNA UNIDAD INDIVISIBLE QUE DEBE GUARDAR COHERENCIA INTERNA Y, POR ELLO, NO PUEDE ESCINDIRSE EL ESTUDIO DE LAS ACCIONES EN DOS RESOLUCIONES DISTINTAS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ). Conforme a lo dispuesto en los artículos 516, 517, fracción I, 518 y 519 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Veracruz, por regla general, si bien es cierto que el tribunal de apelación reasume jurisdicción en la medida de lo planteado en los agravios relativos, también lo es que debe subsanar las omisiones o incongruencias que haya cometido su inferior, ante la inexistencia del reenvío; de tal forma que el tribunal de alzada está facultado –mediante la apelación– para reparar los agravios ocasionados al inconforme y dictar un nuevo fallo que confirme, modifique o revoque la sentencia de primera instancia, pues el Juez al emitirla agotó la facultad que le confiere la ley de resolver el negocio; sobre todo en controversias en materia familiar, en las que el tribunal de alzada está obligado a suplir la queja deficiente atento a lo dispuesto en el numeral 514 del código procesal civil citado. Así, como la sentencia de segunda instancia sustituye procesalmente a la de primera, previo al pronunciamiento del fondo del asunto, el tribunal de apelación debe verificar si se encuentran satisfechos todos los presupuestos y elementos procesales necesarios para emitir una sentencia que dirima todos los puntos sujetos a debate, a fin de dictar un fallo congruente, como lo ordena el artículo 57, primer párrafo, del código procesal invocado. Lo anterior, en relación con el diverso precepto 338, fracción IV,(1) del propio código, permite deducir que la sentencia, como acto jurídico de decisión, no puede declararse ejecutoriada en partes o en fracciones, sino que atendiendo al principio de "continencia de la causa",

que consiste en la unidad que debe existir en todo juicio, debe declararse en forma total y completa, esto es, por todas las acciones y excepciones que dieron origen a dicha sentencia. En ese orden de ideas, si se recurre en apelación la sentencia de primera instancia, ello hace que quede sub júdice en su integridad, y el dictado de fondo que se emita debe comprender todas esas acciones y excepciones deducidas oportunamente en el juicio lo que, incluso, resulta acorde con lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 157 del Código Civil para el Estado, en el sentido de que: "La sentencia de divorcio fijará en definitiva la situación de los hijos, para lo cual el Juez deberá resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad, su pérdida, suspensión o limitación según el caso, y en especial a la custodia y al cuidado de los hijos."; por tanto, si el tribunal de alzada, al resolver la apelación decide lo relativo al derecho alimentario de la parte acreedora, pero pasa por alto que el Juez dividió la continencia de la causa, ya que en el curso del procedimiento decretó el divorcio incausado, en forma autónoma y dejó de resolver lo relativo a la cancelación o subsistencia del derecho alimentario de la parte demandada, siendo que ambas cuestiones debieron decidirse en el mismo fallo; por lo que esas omisiones del Juez inferior, ameritan que se subsanen, reasumiendo jurisdicción. Lo anterior, porque de lo contrario implicaría la eventual existencia de dos sentencias, cuando ésta es una unidad indivisible que debe guardar coherencia interna y, por ello, no puede escindirse el estudio de las acciones en dos resoluciones distintas. En esas condiciones, se transgrede el principio de congruencia establecido en el primer párrafo del artículo 57 citado, si la sentencia reclamada no contiene una decisión acorde con todos los puntos controvertidos, lo que provocará la existencia de doble sentencia de fondo; en contravención a los derechos fundamentales de legalidad y seguridad jurídica, consagrados en los artículos 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (Tribunales Colegiados de Circuito, 2019: 5159)

Ahora bien, para imponernos sobre el criterio sostenido, debemos traer a colación ciertas premisas *sine qua non*. En primer término, subrayemos que en este asunto se ven inmiscuidos dos derechos: el *derecho a la tutela jurisdiccional efectiva* a través de la aplicación de la figura procesal de la continencia de la causa y, el *derecho al libre desarrollo de la personalidad* mediante la acción del divorcio incausado y su resolución de forma autónoma en un proceso en el que concurren varias de acciones entre los mismos litigantes. En segundo plano, retomemos nuestro cuestionamiento sobre si resulta necesario que, en búsqueda de la unidad jurídica y por tanto de la indivisibilidad de la continencia de la causa, se obligue a una persona cuya voluntad es dejar de permanecer unida en matrimonio a otra, a estarlo.

Comencemos definiendo que en la interpretación de la SCJN, el divorcio incausado, en las legislaciones en las cuales se ha reconocido, evita conflictos en el proceso de disolución del vínculo matrimonial que importen una afectación al desarrollo psicosocial de los integrantes de la familia, contribuyendo al bienestar de las personas y a su convivencia constructiva, respetando el libre desarrollo de la personalidad al dar preponderancia a la voluntad del individuo cuando ya no desea seguir vinculado a su cónyuge (Primera Sala de la SCJN, 2012:1200) y, en aquellas entidades federativas en las que no se ha normado y se sigue con la regulación de la acreditación de causales, el Máximo Tribunal se ha pronunciado sobre su inconstitucionalidad (Primera Sala de la SCJN, 2015: 570). Particularmente, advirtió en la resolución a la Contradicción de Tesis 73/2014 (Primera Sala de la SCJN, 2015), que:

- Se trata de una medida que interviene en el contenido *prima facie* del libre desarrollo de la personalidad porque supone la decisión de un cónyuge de no permanecer casado, independientemente de sus motivos, lo que significa parte del

plan de vida que ha elegido, el cual no debe ser obstaculizado por el Estado ni por un tercero (: 30 y 31);

- La medida legislativa de acreditación de causales no es idónea para alcanzar los fines que persiguen los límites externos del libre desarrollo de la personalidad, ni la protección de derechos de terceros, ni la protección del orden público (:32);
- Tampoco es una medida idónea para proteger la familia, porque el matrimonio no es la base del núcleo familiar que protege la CPEUM, al reconocer una pluralidad en su formación (: 33-35); y,
- La disolución del matrimonio sin causa, constituye un régimen de fácil acceso al divorcio, en el que basta la solicitud unilateral del cónyuge para que el juez la decrete, sin importar la oposición del diverso consorte (: 36).

Más que una colisión de derechos entre el de acceso a la justicia y el libre desarrollo de la personalidad, nos situamos en determinar la necesidad de que la indivisibilidad de la continencia de la causa permanezca incólume ante el requerimiento de satisfacción del libre desarrollo de la personalidad. Lo anterior lo consideramos así, porque la figura procesal de la continencia de la causa es un requisito de legalidad mientras que la protección del libre desarrollo de la personalidad es un mandato constitucional. El derecho de acceso a la justicia se protege mediante otras tantas instituciones, figuras procesales o lecturas de estas, que pudieran resultar menos lesivas al contenido de un derecho fundamental, como lo es el libre desarrollo de la personalidad.

Retrocedamos a nuestra afirmación de que el diseño arquitectónico procesal *per se* no redonda en inconstitucional, pero lo que sí pudiera resultar inconstitucional es la anteposición de una figura inexcusablemente a la garantía de un derecho autónomo. De esa forma, la incorporación de la continencia de la causa fortalece la seguridad jurídica, como mandato constitucional prevenido en los artículos 14 y 16 de la CPEUM, de ahí que esta regla procesal *persiga fines legítimos* amparados constitucionalmente. También podemos sostener que *la medida es idónea* para alcanzar los fines que abriga, porque a través de ella se impide que los justiciables resientan incertidumbre ante el eventual dictado de sentencias contradictorias respecto de una pluralidad de acciones con identidad de cosas y personas demandadas en un solo proceso, empero *no resulta necesaria* porque existen medidas alternativas a la regla procesal que instruye que la pluralidad de pretensiones con identidad de personas y cosas se persiga en un mismo juicio y se resuelvan en una sola sentencia.

La vista panorámica ofrecida sobre la aplicación forzosa y el quebrantamiento de la continencia de la causa nos permite sostener que, el juzgador, como rector del proceso, tiene facultades para adoptar su ejecución o no, ante las necesidades del juicio. Aparte, porque del andamiaje normativo que regula la acumulación de acciones y de autos, en Veracruz, no se desprende un mandato taxativo que orille al operador jurisdiccional a mantener indivisible el objeto del litigio siempre y sobre todas las cosas. Y, porque de la construcción jurisprudencial, se dispone la preferencia del resguardo de los principios y valores inmiscuidos en el proceso sobre una tramitación embarazosa que los sacrifique;

criterio en armonía con la obligación constitucional de todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, de promover, proteger respetar y garantizar derechos humanos y acorde con el deber del Estado de remover, a través de sus operadores, en este caso los jueces, los obstáculos que administrativa o legislativamente impidan la satisfacción de un derecho.

Ante tales consideraciones, es perjudicial para la construcción del contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad que se anteponga para su ejercicio la continencia de la causa, porque el propio CPCV reconoce la posibilidad de ostentar pluralidad de sentencias que resuelvan los puntos controvertidos y no necesariamente reducirse a una sola.

La interpretación y aplicación del Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito, es sumamente restrictiva y no se apega a la literalidad del marco regulatorio. Tal como vimos, en los artículos 56 –fracción I– y 57 de la normatividad adjetiva veracruzana, se detalla la existencia de varias sentencias y en ningún momento constriñe el hecho de que, cuando se experimente un asunto en el que el juez deba resolver sobre varias prestaciones, estas deban ser resueltas en una sola, sino que basta con que en el cúmulo de ellas se respondan a todos los puntos objeto de un solo litigio.

Por otro lado, la emisión de una sentencia definitiva autónoma que decida sobre el divorcio incausado y reserve para otras, posteriores, el resto de las prestaciones, no vulnera el principio de congruencia externa. Como prevenimos, el tratamiento de ese axioma debe ser reconfigurado hacia un repaso integral de todas las constancias –absolutamente todas– que obren en el proceso y, entre ellas, las diversas sentencias definitivas que se hubieren dictado.

Bajo esa óptica, la idea de las sentencias definitivas debe alejarse de su graduación cuantitativa. Es decir, el calificativo de *definitiva* de la que es acreedora una sentencia, de ninguna manera significa que en el proceso exista una sola, porque ese lo dota la materialidad de esta, es decir, el significado que tiene para la secuela procesal (Primera Sala de la SCJN, 2013: 592; Primera Sala de la SCJN, 2020: 597). Dicho de otro modo, cuando hablamos de sentencias definitivas, poco importa cuántas se dicten en un proceso, sino que, para su obtención se hayan observado las formalidades del procedimiento y en ella se contenga la definición resolutoria del punto que, individual o como parte del objeto de litigio, se encuentre alegando. Sin dejar de observar que pudieran existir ocasiones en que por más que el juzgador quisiera, no pueda dividir la continencia de la causa, porque la resolución de una prestación impida el pronunciamiento de otras. Por ello, antes dijimos que ese aspecto procesal debe verse con lentes cualitativos y no cuantitativos, con índices epistémicos jurídicos.

Por esa razón, cuando tratamos del divorcio incausado, cuya finalidad es resolver la situación *fáctica*, de unión jurídica, entre dos personas unidas en matrimonio y, en la hipótesis de que en un mismo proceso se ventilen las consecuencias de esa disolución, es menester que se resuelva el estado del resto de las relaciones jurídicas familiares y patrimoniales. Sin embargo, la causa puede escindirse, para decidir autónomamente sobre la voluntad de uno de los consortes de no permanecer unido en matrimonio al otro, y dejar a salvo las demás prestaciones y derechos para ser ejercitados y resueltos en otras

sentencias definitivas, porque la continencia de la causa no es una medida necesaria que pueda ni deba privilegiarse sobre el contenido del libre desarrollo de la personalidad, al ser este el basamento de la decisión, alternativa, de un cónyuge de no permanecer en el matrimonio y concretar así el modelo del proyecto de vida que ha decidido ejercitar.

### **Conclusiones**

El ejercicio de cualquier derecho humano no es absoluto. Mediante la incorporación de la figura procesal de la continencia de la causa, el legislador ordinario protegió el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, pues a través de ella, se dota de certidumbre jurídica a los litigantes de evitar sentencias contradictorias cuando existen pluralidad de acciones con identidad de personas y cosas y, se economiza procesalmente el juicio. Empero su aplicación se encuentra sujeta a un criterio de necesidad. Esto es, con claridad es la regla general que debe ser leída en integralidad con sus excepciones.

Desde una primera óptica, la preservación de la continencia de la causa es una condición de seguridad para el colitigante de un proceso con múltiples acciones. Ahora, cuando se trata de un litigio compuesto, en el que una de las pretensiones es la acción del divorcio incausado, la aplicación de aquella figura debe ceder para que esta prestación sea resuelta de forma autónoma, en virtud de que mediante su interposición se concreta una decisión protegida constitucionalmente por el libre desarrollo de la personalidad, que supone diseñar el proyecto de vida soberanamente, sin injerencias de terceros ni del orden público.

Con la facultad de dirección que tiene el operador jurisdiccional, sus competencias para desplazar fundada y motivadamente las piezas del ajedrez denominado juicio y, la obligación de remover los obstáculos que impidan la garantía de un derecho humano, el criterio de que la continencia de la causa debe ser inexcusablemente aplicada, debe ser matizado. El propio CPCV no impide su división, así que el matiz proviene de la posibilidad de dictar diversas sentencias definitivas, incluso una por cada asunto principal controvertido, dado que el reduccionismo a una sola sentencia es un extremo procesal sin asidero legal ni constitucional.

## Fuentes de consulta

### Bibliografía

- Aguilera Portales, R. E. (2018). Concepto, fundamento y doctrina de los derechos humanos y libertades fundamentales en el sistema constitucional. En: R. Sánchez Vázquez (Coord.), *Derechos humanos, seguridad humana, igualdad y equidad de género* (pp. 187-202). México: CNDH.
- Briseño García Carrillo, M. E. (2016). El derecho procedural. En: M. E. Briseño García Carrillo y C. Gómez Fröde (Coords.), *Nuevos paradigmas del derecho procesal* (pp. 191-216). México: UNAM.
- Eraña, M. (2014). El libre desarrollo de la personalidad en la legislación mexicana entendiendo su significado más allá de ser el bien protegible en delitos contra trata humana. En: J. Vega Gómez (Coord.), *Temas selectos de derecho internacional privado y de derechos humanos. Estudios en homenaje a Sonia Rodríguez Jiménez* (pp. 127-150). México: UNAM.
- Flores Castillo, D. (2019). La jurisprudencia y su armonización en el contexto del divorcio sin expresión de causa. En: A. Guzmán Ávalos y M. del C. Valdés Martínez (Coords.), *Construcción del derecho de familia* (pp. 118-240). México: Tirant Lo Blanch.
- García Mánynez, E. (2008). *Introducción al estudio del Derecho* (60<sup>a</sup> ed.). México: Porrúa.
- Hernández Cruz, A. (2018). *Derecho al libre desarrollo de la personalidad*. México: UNAM.
- Jongitud Zamora, J. (2015). *Introducción al Derecho* (2<sup>a</sup> ed.). México: Universidad Veracruzana.
- López Sánchez, R. (2019, enero-abril). La dignidad humana en México: su contenido esencial a partir de la jurisprudencia alemana y española. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año LI. (154), 137-173.
- Lozano Villegas, G. (2004). El libre desarrollo de la personalidad y cambio de sexo: el transexualismo. En: M. Carbonell (Coord.), *Derecho Constitucional. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Contemporáneos* (pp. 619-637). México: UNAM.

Moral Ferrer, A. (enero-julio-diciembre, 2012). El libre desarrollo de la personalidad en la jurisprudencia constitucional colombiana. *Cuestiones Jurídicas de la Universidad Rafael Urdaneta, vol. VI* (2), 63-96.

Ovalle Favela, J. (1981). *Estudios de Derecho Procesal*. México: UNAM.

Rumoroso Rodríguez, J. A. (2013, enero). Las sentencias. *Praxis de la Justicia Fiscal y Administrativa, año V* (1), 1-11.

Silva Mesa, J. S. y Valls Hernández, S. A. (2014). *Transexualidad y matrimonio y adopción por parejas del mismo sexo. Criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación* (2<sup>a</sup> ed.). México: Porrúa.

Vázquez, R. (2017). *Derechos humanos. Una lectura igualitaria*. México: UNAM.

Victoria Pellegrini, M. (2019). Divorcio incausado: estrategia legal para la pacificación familiar. En: A. Guzmán Ávalos y M. del C. Valdés Martínez (Coords.), *Construcción del derecho de familia* (pp. 34-58). México: Tirant Lo Blanch.

### Internetgrafía

RAE. (2019). Unidad. [Archivo HTLM]. Recuperado de <https://dle.rae.es/unidad>

### Resoluciones en extenso

Primera Sala de la SCJN. (2019). *Contradicción de Tesis 104/2019 suscitada entre el Décimo Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, en Pleno del Octavo Circuito y el Pleno del Trigésimo Circuito*. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito. (2018a). *Amparo Directo: 571/2017*. Tribunales Colegiados de Circuito.

Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito. (2018b). *Amparo Directo: 825/2017*. Tribunales Colegiados de Circuito.

Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito. (2018c). *Amparo Directo: 269/2018*. Tribunales Colegiados de Circuito.

CoIDH. (2001). Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas.

Primera Sala de la SCJN. (2009). *Amparo Directo Civil 6/2008 relacionado con la Facultad de Atracción 3/2008-PS*. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Primera Sala de la SCJN. (2015). *Contradicción de Tesis 73/2014 entre las sustentadas por el Cuarto Tribunal Colegiado del Décimo Octavo Circuito y el Segundo Tribunal*

*Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Cuarta Región. Suprema Corte de Justicia de la Nación.*

**Jurisprudencia y tesis aisladas**

Pleno de la SCJN. Jurisprudencia P./J. 47/95. Diciembre de 1995.

Primera Sala de la SCJN. Jurisprudencia 1a./J. 1/2020 (10a.). Febrero de 2020.

Primera Sala de la SCJN. Jurisprudencia 1a./J. 10/2019 (10a.). Febrero de 2019.

Primera Sala de la SCJN. Jurisprudencia 1a./J. 103/2017 (10a.). Noviembre de 2017.

Primera Sala de la SCJN. Jurisprudencia 1a./J. 111/2012 (10a.). Febrero de 2013.

Primera Sala de la SCJN. Jurisprudencia 1a./J. 25/2019 (10a.). Marzo de 2019.

Primera Sala de la SCJN. Jurisprudencia 1a./J. 28/2015 (10a.). Julio de 2015.

Primera Sala de la SCJN. Jurisprudencia 1a./J. 28/2015 (10a.). Julio de 2015.

Primera Sala de la SCJN. Jurisprudencia 1a./J. 3/2019 (10a.). Febrero de 2019.

Primera Sala de la SCJN. Jurisprudencia 1a./J. 37/2016 (10a.). Agosto de 2016.

Primera Sala de la SCJN. Jurisprudencia 1a./J. 9/2019 (10a.). Febrero de 2019.

Primera Sala de la SCJN. Jurisprudencia 1a./J. 82/2017 (10a.). Octubre de 2017.

Primera Sala de la SCJN. Tesis aislada 1a. CCXXIX/2012 (10a.). Octubre de 2012.

Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada VII.1o.C.55 C (10a.). Junio de 2019.

Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada XXI.2o.12 K. Agosto de 1997.

**Legisgrafía**

Código Civil para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave [CCV]. Artículos 75, 140 y 141. 15 de septiembre de 1932 (México).

Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Veracruz [CPCV]. Artículos 4, 13, 20, 3, 21, 56, 57, 60, 338, 342-A, 342-, 342-C, 342-D, 342-E, 342-F, 342-G, 342-H, 342-I, 342-J, 342-K, 342-L y 342-LL. 13 de octubre de 1932 (México).

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [CPEUM]. Artículos 1, 14 y 16. 5 de febrero de 1917 (México).

## Los delitos contra la seguridad y la higiene en el trabajo a propósito del Covid-19\*

Álvaro Alzina Lozano\*\*

**RESUMEN:** La protección de la salud de los trabajadores ha aumentado debido al virus Covid-19, provocando numerosas críticas a las administraciones públicas y las empresas por no dotar de suficiente material a sus trabajadores. El Código Penal en sus artículos 316 y 317, recoge la posibilidad de condenar a los responsables de las empresas que no cumplan con las medidas de seguridad e higiene suficientes para evitar el contagio de sus empleados. Esto nos lleva a determinar cuáles son los requisitos necesarios para poder aplicar dicho artículo en sustitución de la sanción administrativa recogida en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales.

**Palabras Clave:** Derecho Penal, Derecho de los Trabajadores, Salud, Higiene, Seguridad.

**SUMARIO:** Introducción. 1. La protección de la salud de los trabajadores. 2. La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo: artículos 316 y 317 del Código Penal. Conclusiones. Fuentes de consulta.

### Introducción

El trabajo como derecho fundamental, aparece recogido en el artículo 35 de la Constitución Española:

Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.

\* Artículo recibido el 15 de abril de 2020 y aceptado para su publicación el 26 de mayo de 2020.

\*\* Profesor de Derecho Penal, Universidad Rey Juan Carlos. [alvaro.alzina@urjc.es](mailto:alvaro.alzina@urjc.es)

Esto se debe principalmente a la importancia que tiene en la sociedad el desarrollo de una profesión con el fin de poder tener un sustento con el que vivir. Las reglas esenciales del ejercicio del trabajo se establecen en el Estatuto de los Trabajadores.

Los derechos de los trabajadores es una cuestión abordada en todo el continente europeo. La Carta Social Europea, aprobada por el Consejo de Europa en 1961 y ratificada por España en 1978, pone de manifiesto la importancia que tiene en el continente europeo la consideración de los derechos de los trabajadores. Este documento serviría como primer avance en el derecho a unas condiciones de trabajo equitativas, el derecho a poder participar en un sindicato y a la seguridad e higiene en el trabajo, entre otras consideraciones.

Por su parte, la Unión Europea, constituida a través de las Comunidades creadas en 1951 y 1957, acabaría compartiendo el espíritu y voluntad de la Carta Social Europea. El artículo 117 del Tratado de la Comunidad Europea convenía la necesidad de *“fomentar la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores”*, sobre todo en la construcción del Mercado Único Europeo, con el fin del desarrollo y la creación del empleo.

En 1989 los Jefes de Estado y de Gobierno reunidos en el Consejo Europeo, presentarían una carta propia que tomaría el nombre de: “Carta Comunitaria de los Derechos Sociales de los Trabajadores” (Anguita Osuna, 2019: 259). Asimismo, se aprobaría la Directiva 89/391/CEE, relativa a la aplicación de las medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo.

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) en su Título X –TFUE – garantiza una serie de derechos en todos los Estados Miembros, como la aplicación de un principio de igualdad de retribución entre los trabajadores (artículo 157) o la realización de acciones conjuntas relacionadas con las condiciones de trabajo, la higiene en el trabajo y el derecho de sindicación (artículo 156).

Este último artículo se ve refrendado por la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo (EU-OCHA), enfocada a conseguir una mejora en los lugares de trabajo para que sean más seguros, saludables y productivos, en beneficios de todos los agentes sociales (trabajadores, empresarios y las administraciones).

La protección de la seguridad e higiene en el trabajo en España se ve reflejada a través de la normativa laboral y de la protección penal para los casos más graves. En este último ámbito, los delitos contra los derechos de los trabajadores aparecen tipificados en el Título XV del Código Penal (artículos del 311 al 318), en los que se regulan las acciones punibles en el entorno laboral contra los trabajadores. No sólo se castiga a los empresarios o empleadores como personas físicas, sino también las personas jurídicas en su artículo 318:

cuando los hechos previstos en los artículos de este título se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello. En estos supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código.

El Código Penal español protege a los trabajadores que se encuentren en condiciones de inferioridad desde el punto de vista laboral, bien frente a empresarios o empleadores. En el presente artículo se realiza hacer un análisis de cómo es la relación laboral en momentos delicados como el actual, donde es necesaria una especial

protección de la salud de los trabajadores, más concretamente la que establece en el artículo 316 y 317.

La definición de trabajador aparece en el Estatuto de los Trabajadores: “la persona que voluntariamente presta sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica denominada empleador o empresario”. Del mismo modo, es importante precisar el concepto de empresario, que aparece seguidamente del concepto de trabajador en el mismo Estatuto:

serán empresarios todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior, así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas. (Art 40, ET)

Estos son los dos sujetos principales que, junto con la administración, deben asegurar unas buenas condiciones de trabajo. Debemos tener en cuenta la seguridad y la higiene de los trabajadores es importante para evitar que enfermedades o virus como el Covid-19, se pueda transmitir o incluso infectar en su puesto de trabajo pues este tipo de situaciones pueden evitarse.

Este virus es considerado pandemia por la Organización Mundial de la Salud, está afectando a un gran número de individuos a lo largo de todos los continentes. Debemos reflexionar si desde el ámbito laboral español se protege la salud de los trabajadores que están en primera línea de batalla (personal sanitario, cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, personal de limpieza, personal de supermercado...). Estos trabajadores se exponen de manera constante durante su jornada laboral y, a pesar de existir obligación de cumplir el precepto anterior (seguridad en el trabajo), han aparecido noticias en los medios de comunicación de la queja por parte de los profesionales tanto sanitarios como de otros ámbitos por la falta de equipamiento para evitar el posible contagio.

La declaración del Estado de Alarma por parte del gobierno español ha provocado que la mayoría de las empresas y administraciones públicas continúen su actividad con sus empleados desde casa a través de medios telemáticos, pero hay determinados puestos de trabajo, como los grupos que hemos señalado anteriormente, que no pueden acogerse a este régimen. Así, tanto el empresario como la Administración pública deben asegurar la seguridad y la higiene de sus trabajadores.

## **1. La protección de la salud de los trabajadores**

Al igual que la Constitución protege el derecho al trabajo en el artículo 35, también recoge la salud de los trabajadores en el artículo 40.2, y que por lo tanto, las Administraciones deben velar porque este precepto se cumpla:

Asimismo, los poderes públicos fomentarán una política que garantice la formación y readaptación profesionales; velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados. (Art 40 CE)

La protección de la salud de los trabajadores es uno de los ejes fundamentales en la lucha por los derechos de los trabajadores. La implicación de todos los agentes sociales (empresas, Estado y trabajadores) es necesario para llegar a un consenso en la importancia que tiene dotar a los empleados de medios suficientes para poder realizar su función de manera segura.

El concepto de salud e higiene en el trabajo es definido de manera acertada por Arroyo Zapatero como “la ausencia de riesgos para la vida y la salud del trabajador dimanante de las condiciones materiales de prestación del trabajo” (Arroyo Zapatero, 1998: 1507). Es por ello que, aunque la formación es importante (cursos de prevención de riesgos laborales, o manejo de productos químicos), lo principal es la correcta utilización del material de protección, cuestión fundamental para evitar contagios.

De esta cuestión podemos traer en a colación una valoración expuesta por Cárcoba sobre la salud en el trabajo, en la que determina que uno de los principios fundamentales es la supresión de cualquier daño a la salud derivado de las condiciones que hay en el mismo, por lo que se tiene que considerar como innecesario, es decir, se puede prevenir (Cárcoba, 1996: 464).

Una gran parte de los contagios que ha habido durante el Estado de Alarma donde la mayoría de las personas han tenido muy limitada la movilidad, han sido de trabajadores durante el desarrollo de su actividad laboral debida, principalmente, a la falta de equipos y material suficiente para poder realizar el trabajo de manera segura. No sólo nos referimos al personal sanitario, que ha sido el más perjudicado, sino también al personal de limpieza y servicios y policías y militares que están colaborando en la organización logística y sanitaria.

La falta del material para poder hacer frente al virus, afecta principalmente a la seguridad de los trabajadores, provocado principalmente por la dejadez y la falta de previsión frente a este tipo de sucesos, pues se ha valorado más la mejora de la producción y los beneficios, pues el fin ha sido hacer las empresas más rentables y las Administraciones públicas más eficientes. En este sentido, Zúñiga alude a la producción *postfordista* en la que se subcontratan la producción a otras empresas o a trabajadores autónomos con el fin de reducir costes y así evitar tener que trabajar por la protección de sus propios trabajadores, lo que provoca una mejora de sus beneficios al no tener que invertir en seguridad, asimismo, considera que las normas económicas, políticas y laborales, apoyarían esta transformación suprimiendo los derechos laborales esenciales de los trabajadores (Zúñiga, 2008: 10).

Estas críticas han surgido a lo largo del tiempo desde distintos ámbitos, pero sobre todo, desde el ámbito sindical. En palabras de Ramírez Barbosa, está inobservancia de la obligación genérica de seguridad y salud en el trabajo debe atajarse, pues viene establecido en la normativa laboral como uno de los deberes que conforman las responsabilidades en materia de prevención de riesgos laborales, así como planes de prevención de riesgos laborales, formación, observancia y vigilancia (Ramírez, 2007: 141).

Con el propósito de asegurar el cumplimiento de todas las medidas de seguridad e higiene en el trabajo, se aprobaría la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Ley 31/1995), con el propósito principal de armonizar nuestras leyes laborales al acervo comunitario, pero además con el fin de reconocer la salud en el ámbito del trabajo y establecer unos criterios de protección específicos. Pues como señala la propia Ley en su exposición de motivos:

La protección del trabajador frente a los riesgos laborales exige una actuación en la empresa que desborda el mero cumplimiento formal de un conjunto predeterminado, más o menos amplio, de deberes y obligaciones empresariales y, más aún, la simple corrección a posteriori de situaciones de riesgo ya manifestadas. La planificación de la prevención desde el momento mismo del diseño del proyecto empresarial, la evaluación inicial de los riesgos inherentes al trabajo y su actualización

periódica a medida que se alteren las circunstancias, la ordenación de un conjunto coherente y globalizador de medidas de acción preventiva adecuadas a la naturaleza de los riesgos detectados.

Un ejemplo del riesgo que supone desempeñar determinados puestos de trabajo lo pone de manifiesto el Tribunal Supremo en una sentencia de 2013, en la que señala como el trabajador se encontró en una situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad profesional, pues la patología que le había sido diagnosticada tenía un nexo existente con los productos químicos que utilizaba en el desempeño de su puesto de trabajo (STS 4403/2013).

Este cuidado objetivo que debe disponer el empresario, ha sido reforzada en la propia norma en el artículo 42.1 de la Ley, al establecer la imposición de sanciones a los empresarios que incumplan las condiciones impuestas:

El incumplimiento por los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales dará lugar a responsabilidades administrativas, así como, en su caso, a responsabilidades penales y a las civiles por los daños y perjuicios que puedan derivarse de dicho incumplimiento. (Art 42.1 LPR)

Para la imposición de estas sanciones debe haber una infracción previa por parte del empresario, lo que nos lleva al planteamiento de las conductas que son objeto de infracción debemos acudir al Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, en el que se establecen cuáles son los tipos de infracción que son motivo de sanción.

Esta razón ha sido la principal la cual ha llevado al legislador a establecer un proceso de leyes administrativas con el propósito de sancionar las conductas contrarias a los derechos de los trabajadores, valorándose la gravedad de cada situación para determinar si es infracción muy grave, grave o leve. En los casos en los que se ha considerado que puede en poner en peligro la vida o la integridad física del propio trabajador se ha establecido la intervención del Derecho penal. Aunque no podemos olvidar el principio de *última ratio*, que sirve como freno a la utilización excesiva del Derecho penal, pues no podemos olvidar que la pena debe ser el último recurso.

Esta falta de la atención debida a los riesgos por parte de empresario, ha provocado que el legislador haya tenido que adelantar las barreras punitivas y hacer partícipe al Derecho penal, pues como señala Gallardo García: "la multa pecuniaria es la pena reina de la vía administrativo laboral, y ésta, no consigue los niveles de motivación necesarios para que el empresario deje de poner en peligro la vida y la salud de sus empleados" (Gallardo, 2006: 270).

## **2. La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo: artículos 316 y 317 del código penal**

La expansión del Derecho penal hacia todos los ámbitos y sectores de la sociedad es un fenómeno que ha sido abordado por la jurisprudencia y la doctrina durante estos años (Silva Sánchez: 2011; Berdugo Gómez de la Torre; 2012). En el ámbito que compete a este trabajo encontramos sentencias como la de la Audiencia provincial de Lérida en la que se alude a la fuerza expansiva del Derecho penal, considerando que no todas las cuestiones administrativas/laborales relacionadas con las medidas de seguridad y la higiene en el trabajo deben pasar el umbral de la sanción laboral para llegar a ser una condena penal, sino que la implicación del propio Código Penal en este ámbito se deberá ser cuando:

el riesgo suponga un peligro potencial para la vida, salud e integridad física, fuera conocido o cognoscible por quien tenía la obligación de garantizarlos y que en atención a las demás circunstancias, la omisión para evitar la producción del riesgo impliquen intencionalidad en la omisión o infracción del deber de cuidado. (Audencia Provincial de Lérida 271/2009)

En este sentido, Terradillos Basoco hace una valoración respecto a la utilización de los instrumentos penales para la tutela de la vida y la salud de los trabajadores, expresando que debe utilizarse por el bien jurídico que se ve atacado por el ataque que se ha infringido. Asimismo, el autor observa como beneficio posible de la imposición de una pena la “función didáctica”, al manifestar este hecho la importancia que tiene la protección de los trabajadores: “integrándolos en el catálogo de bienes jurídicos de primer orden, de irrenunciable protección pública” (Terradillos Basoco, 2006: 18-26).

Del mismo modo Pérez Ferrer alude al principio de intervención mínima del Derecho penal, para los casos que infrinjan la normativa de prevención de riesgos laborales creando un peligro grave, siempre y cuando tenga la misma terminología que el descrito en el artículo 316 (Pérez Ferrer, 2016: 147). Por tanto, no toda infracción de la norma laboral debe ser considerada delito sino sólo aquellas que puedan poner en peligro la salud de los trabajadores.

Otro de los motivos por el que se ha optado por el Derecho penal es por la necesidad de seguir protegiendo este ámbito, pues como señala Martínez Barroso:

el fracaso de muchas de las políticas preventivas o la obtención de resultados por debajo de lo deseado, como demuestra el elevado índice de siniestralidad laboral y la falta de consecución de los niveles de seguridad buscados, hace en ocasiones necesario acudir al Derecho Penal. (Martínez Barroso, 2016: 36-45)

Este adelanto de la barrera punitiva llevaría al legislador a plantear dentro del Título del Código Penal referido a los derechos de los trabajadores, dos artículos sobre la seguridad y la higiene en el trabajo (Salvador Concepción, 2011: 742), el primero de ellos en su forma dolosa en el artículo 316:

los que con infracción de las normas de prevención de riesgos laborales y estando legalmente obligados, no faciliten los medios necesarios para que los trabajadores desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas, de forma que pongan así en peligro grave su vida, salud o integridad física, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses. (Art 316, CP)

Y el segundo en su forma imprudente en el artículo 317: “cuando el delito a que se refiere el artículo anterior se cometa por imprudencia grave, será castigado con la pena inferior en grado”.

Recapitulando ideas, debemos apoyar la reflexión de Lascuráin respecto a la utilización del Derecho penal para las conductas más graves en este ámbito, pues presenta unos argumentos sólidos respecto a la criminalización de las conductas empresariales irregulares en el ámbito de las relaciones laborales, al considerarse ilegítima desde la perspectiva del Derecho Penal y del propio de un Estado democrático, por llegar a poder existir sanciones desproporcionadas en relación con hechos de desvalor leve, pudiendo provocar un “severo nocivo efecto disuasorio general de la actividad productiva, con todo lo que ello comporta para el desarrollo económico” (Lascuráin Sánchez, 2004: 20).

En consecuencia, es necesario garantizar unas condiciones de seguridad en el trabajo dignas, así como evitar una siniestralidad alta en el entorno laboral, que en

determinadas ocasiones ocurre por no tomar las medidas de seguridad exigidas. Es un tipo penal omisivo pues protege la ausencia de riesgo para la vida o para salud en la realización de un trabajo. Este derecho debe ser asegurado por el empresario o empleador (sujetos activos) siendo el trabajador el sujeto pasivo.

Esta referencia respecto al tipo omisivo también la encontramos en la Sentencia del Tribunal Supremo 1355/2000, al referirse al artículo 316 como un tipo complejo, que cuenta con dos elementos principales, tal y como define el propio tipo penal: el primero de ellos es la omisión realizada por parte del empresario que provoca una infracción de las normas de prevención de riesgos laborales; y la segunda, la consecución de un peligro grave para la vida, la salud o la integridad física (Tribunal Supremo 6307/2000).

El peligro real y grave que señala la Sentencia aparece definido en la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales en su artículo 4.4: "Se entenderá como «riesgo laboral grave e inminente» aquel que resulte probable racionalmente que se materialice en un futuro inmediato y pueda suponer un daño grave para la salud de los trabajadores". Igualmente, en el artículo 21 aparecen las actuaciones que el empresario está obligado a realizar cuando un trabajador puede sufrir un peligro grave e inminente.

Por tanto, lo que pretender castigar el legislador con este precepto penal es la no facilitación de los medios para evitar esta puesta en peligro del trabajador, que en ocasiones puede llevar incluso a que el trabajador acabe falleciendo, como en los casos de sanitarios que están siendo contagiados en los propios hospitales al tratar a enfermos del Covid-19 con el material insuficiente para poder evitar contagios.

El artículo 316 que como ya hemos afirmado se configura como un medio omisivo que pretende proteger la seguridad y la higiene, la cual es entendida por la Audiencia Provincial de Zaragoza como una ausencia de riesgo para el trabajador de lo que el Estado debido a la protección constitucional del 40.2 tiene obligación de velar por ella. Por lo tanto, estaríamos hablando que para que exista la conducta típica debe haberse omitido este principio, es decir, la obligación en materia de seguridad de los trabajadores que el ordenamiento impone a los sujetos activos (Audiencia Provincial Zaragoza 504/2019).

Esta afirmación de la Audiencia Provincial nos hace señalar que el artículo 316 y 317 nos remiten a una serie de normas sobre prevención de riesgos laborales, lo que nos lleva a considerar que se trata de una norma penal en blanco. Por ello los empresarios y los responsables de los departamentos de prevención de riesgos laborales que en este delito actúan como sujetos activos, son garantes de que se cumplan estas normas:

pero no es cualquier infracción de la normativa laboral, sino que esa norma infringida debe poner en peligro grave la vida, salud, o integridad física, es decir debe tratarse de una infracción muy grave, y cuya omisión sea capaz de generar aquel riesgo grave, existiendo un adecuado nexo de causalidad. (Audiencia provincial de Cádiz 668/2011)

Que sea una infracción de peligro grave para la salud es el fundamento para entender que hemos superado la barrera de la sanción administrativa laboral y debemos acudir a la normativa penal. Este riesgo grave es el principal fundamento en el que se basa el principio de intervención mínima del derecho penal, que impide traspasar los límites propios del ámbito puramente laboral por lo que se sancionaría únicamente desde el ámbito administrativo (Audiencia Provincial Zaragoza 504/2019).

Es por ello que debemos fijar la atención en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, con el fin de conocer que elementos son de cumplimiento por parte del

empresario. Uno de los elementos principales que aparece en dicha Ley es la definición que aporta sobre el riesgo grave e inminente, pues el empresario que pueda percibir esta circunstancia tiene que cumplir una serie de obligaciones para no tener sanción administrativa y si el riesgo excede la vía administrativa pues pone en peligro la salud de los trabajadores la condena penal:

- a) Informar lo antes posible a todos los trabajadores afectados acerca de la existencia de dicho riesgo y de las medidas adoptadas o que, en su caso, deban adoptarse en materia de protección;
- b) Adoptar las medidas y dar las instrucciones necesarias para que, en caso de peligro grave, inminente e inevitable, los trabajadores puedan interrumpir su actividad y, si fuera necesario, abandonar de inmediato el lugar de trabajo. En este supuesto no podrá exigirse a los trabajadores que reanuden su actividad mientras persista el peligro, salvo excepción debidamente justificada por razones de seguridad y determinada reglamentariamente.
- c) Disponer lo necesario para que el trabajador que no pudiera ponerse en contacto con su superior jerárquico, ante una situación de peligro grave e inminente para su seguridad, la de otros trabajadores o la de terceros a la empresa, esté en condiciones, habida cuenta de sus conocimientos y de los medios técnicos puestos a su disposición, de adoptar las medidas necesarias para evitar las consecuencias de dicho peligro.

Respecto a la protección de los trabajadores frente al Covid-19, podemos tomar como ejemplo la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 2012, en la que señalaría que la conducta típica del artículo 316 sería la negativa a facilitar “el equipamiento personal (cascos, mascarillas, anclajes, etcétera) y colectivo (mecanismos de seguridad en la maquinaria, sistemas de protección mediante cercado de huecos o colocación de redes en prevención de caídas, y otros semejantes)”. Además de una serie de obligaciones que tienen relación con el deber de la empresa de dotar del material suficiente para proteger la salud, la vida y la integridad del trabajador, después de haber evaluado los riesgos y haber planificado correctamente qué equipos y que formación necesitan los trabajadores para desempeñar su trabajo, por lo que finaliza la Audiencia estableciendo que: “los medios negados a los trabajadores han de ser los necesarios para que éstos desempeñen su actividad con las medidas de seguridad e higiene adecuadas” (Audiencia Provincial de Madrid 1418/2012).

Serrano Piedecasas considera que respecto a los medios que se refiere son las medidas consistentes en la formación, la adecuación entre su capacidad y las tareas encomendadas, la adopción de medidas de emergencia o el derecho a la coordinación de las actividades preventivas (Serrano Piedecasas, 2002: 100).

Por tanto, en este tipo penal es fundamental que afecte a la vida y a la salud de los trabajadores (Gallardo García, 2006: 271). Pero además, es importante determinar si este deber recae en el propio empresario o se debe a una “conducta imprudente del trabajador al incumplir las diferentes obligaciones que en la materia le impone también el ordenamiento jurídico laboral en el artículo 29 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales” (Martínez Barroso, 2016: 36-45).

Respecto al bien jurídico, Serrano Piedecasas considera que la protección es la seguridad en el trabajo, con el fin de equilibrar la desigualdad material del trabajador asalariado, con el fin de proteger su campo de actividades (Serrano Piedecasas, 2002: 98). Además, la Audiencia Provincial de Lérida resalta que es un bien jurídico colectivo, un derecho mínimo del trabajador nacido de la relación laboral con el que se procura la seguridad de un grupo social integrado por las personas que prestan servicios retribuidos por cuenta ajena (Audiencia Provincial de Lérida 271/2009).

En estos días, desgraciadamente, se han dado casos de fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, y de personal sanitario que ha fallecido a causa del Covid-19 en el ejercicio de sus funciones. Según el tipo penal debemos concretar qué responsabilidad ha tenido el empleador, en este caso la Administración pública, al ser garante del deber de vigilancia para que los trabajadores puedan tener los equipos suficientes para poder hacer su trabajo sin poner en peligro su salud, habiendo planificado un posible riesgo sanitario. Haciendo alusión al artículo 17 de la Ley de Prevención de riesgos laborales, el empresario adoptará las medidas necesarias con el fin de que los equipos de trabajo sean adecuados para el trabajo que deba realizarse y convenientemente adaptados a tal efecto, de forma que garanticen la seguridad y la salud de los trabajadores al utilizarlos.

Del mismo modo, para poder considerar responsable a la Administración debemos aludir a lo que plantea Olaizola Nogales, al referirse que debe tenerse en cuenta la previsibilidad de la lesión, es decir, plantear la teoría del hombre medio ideal, para constatar si la conducta realizada ha sido peligrosa. En concreto, podríamos señalar que ningún hospital está preparado para recibir tan avalancha de pacientes en estado grave, pues como se ha podido observar en otros países, todos han tenido que improvisar nuevos hospitales y han tenido problemas para abastecer a su personal del equipamiento suficiente para que puedan estar a salvo del virus. Por lo que podríamos considerar que este elemento no se cumpliría, aunque la autora señala que se puede tener responsabilidad penal siempre y cuando: “la conducta es objetivamente igual de grave tanto si el sujeto conoce que está infringiendo una norma de cuidado o no lo conoce, pero debería conocerlo” (Olaizola Nogales, 2010; 8-9).

De acuerdo con el tipo penal, el sujeto activo, en este caso, será el responsable de dotar de los medios necesarios a los trabajadores para que desempeñen su actividad sin poner en riesgo su salud (Ramírez Barbosa, 2007:140). Esto nos remitirá a analizar la responsabilidad del empresario y sus posibles delegaciones a los responsables de prevención de riesgos laborales de las empresas o de las Administraciones Públicas (Martínez Barroso, 2016: 36-45). Es por ello que señala la autora que el sujeto activo en este delito es muy amplio, el empresario como persona que ostenta el poder de dirección, así como puede ser también los técnicos en prevención de riesgos laborales cuando se haya delegado tal competencia sobre ellos.

Siguiendo a Lascuraín debemos afirmar que el titular de la empresa es el responsable, aunque este haya delegado frente al responsable de prevención, pues la misión del empresario es la observancia de que se cumplen las normas, siempre y cuando el que recibe la delegación haya aceptado dicha encomienda. Igualmente, ocurriría en el caso de los contratistas si el contrato es una delegación de funciones y no una prestación de servicios (Lascuraín Sánchez, 2006: 62).

Para conocer quiénes son los obligados en materia de seguridad en el trabajo, debemos acudir a la Ley de Prevención de Riesgos laborales, más concretamente al artículo 14.2:

En cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo. A estos efectos, en el marco de sus responsabilidades, el empresario realizará la prevención de los riesgos laborales mediante la integración de la actividad preventiva en la empresa y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, con las especialidades que se recogen en los artículos siguientes en materia de plan de prevención de riesgos laborales, evaluación de riesgos, información, consulta y participación y formación de los trabajadores, actuación en casos de emergencia y de riesgo grave e inminente, vigilancia de la

salud, y mediante la constitución de una organización y de los medios necesarios en los términos establecidos en el capítulo IV de esta ley. (Art 14.2 LPR)

En este artículo señala como obligación del empresario dotar a los trabajadores de la seguridad suficiente para poder desempeñar su trabajo, así como de formar equipos de prevención de riesgos laborales para asegurar el cumplimiento de la Ley, por lo que encontramos como posibles sujetos activos ambos grupos, pero siempre y cuando como señala Lascuraín haya aceptado el equipo de prevención dicha función.

En definitiva, el objeto principal que se persigue es conocer quién es el sujeto activo obligado legalmente a asegurar la salud en el trabajo, señalando Zúñiga que principalmente este tipo va destinado al empresario, pues como beneficiario de la actividad productiva de la empresa, es el “titular para adoptar las medidas preventivas pertinentes, sino también para hacer cumplir y vigilar el cumplimiento de las normas de seguridad e higiene dentro de la empresa” (Zúñiga Rodríguez, 2008: 5).

Respecto al sujeto pasivo hay un acuerdo en que puede ser cualquier trabajador, en el que recae la puesta en peligro, pues en estos casos la salud, por ejemplo, del familiar del trabajador que puede caer contagiado por este mismo no tiene repercusión penal para aplicar el tipo penal, pues el propio Título define que es una protección de los trabajadores en el desarrollo de su trabajo y por lo tanto, el empresario tiene que tener una especial atención para que no sufra ningún daño predecible y evitable.

Por último, respecto a la parte subjetiva del tipo debemos mencionar que se trata el artículo 316 de un tipo doloso, pues el autor es consciente del riesgo grave que pueden asumir los trabajadores, y con su falta de acción, es decir, su omisión de realizar alguna actividad para evitarlo es lo que constituye el dolo. De esta forma la Audiencia Provincial de Zaragoza se ha referido a que lo que pretende perseguir el tipo penal es “la conciencia de la infracción de las normas de prevención y el conocimiento de la ausencia de facilitación de los elementos de seguridad que se precisan en la ejecución del trabajo”. Precisamente considera suficiente el dolo eventual, manifestado en la posibilidad alta de que se estén infringiendo normas de prevención de riesgos laborales, que pueda materializarse en un resultado (Audiencia Provincial Zaragoza 504/2019). Asimismo, la Audiencia Provincial de Baleares matiza que para entender la voluntad dolosa del empresario hay que conocer a sabiendas el peligro que supone de manifiesto la voluntad dolosa (Audiencia Provincial de Baleares 223/2014).

Por otra parte, podríamos analizar si el comportamiento de las autoridades puede estar más relacionadas con el artículo 317, es decir, en su forma imprudente (Muñoz Conde: 2015: 362). Este artículo lleva una pena inferior en grado a la establecida en el tipo doloso, basada en la puesta en peligro grave de los trabajadores, en la que el empresario no ha actuado de manera cuidadosa. En este sentido, aunque la puesta en peligro de la salud de los trabajadores se ha puesto en peligro por encima de lo permitido, pero se han ido tomando las medidas necesarias para evitarlo.

Finalmente, cabe destacar que dentro de la imprudencia, no queda delimitado de manera certera la imprudencia grave o leve, por lo que presenta Martínez Barroso que esta falta de delimitación es no facilita para fijar el criterio de cuando la conducta podrá ser relevante penalmente o si por el contrario, se deberá acudir a la norma laboral (Martínez Barroso, 2016: 36-45).

## Conclusiones

La crisis del coronavirus o Covid-19, ha desatado numerosas cuestiones referidas a la salud y a la protección de la seguridad de los trabajadores. Muchas empresas para preservar la salud, siempre y cuando su función empresarial lo permitía, han permitido que sus empleados trabajasen desde sus propias casas. Pero hay un gran número de trabajadores que por su tipo de profesión han tenido que seguir acudiendo a sus puestos de trabajo.

Es por ello, que se ha puesto de manifiesto una mejora de las condiciones de seguridad para evitar los contagios, objeto principal de las principales reclamaciones de los trabajadores, pues en ocasiones se han estado contagiando también, siendo más de 10.000 los sanitarios que tienen la enfermedad.

Para paliar este tipo de situaciones, en las que no tienen los suficientes recursos, siempre y cuando no haya sido por negligencia o intencionadamente por el empresario o por la Administración, el legislador incluiría como la salud y la higiene en el trabajo como uno de los aspectos a proteger, tanto desde el Derecho Administrativo como en los casos más graves desde el Código Penal.

El delito aparece tipificado en el artículo 316 en su comisión dolosa y en el 317 en la forma imprudente, y viene a presentar un tipo omisivo concreto que basta solo con la falta de acción del empresario para poder tener repercusiones penales, siempre y cuando se ponga en riesgo de manera grave la salud de sus trabajadores.

Finalmente, debemos señalar que en los momentos que vivimos no estaría contemplado por ahora la utilización de este tipo penal, pues la administración y las empresas han dotado dentro de las posibilidades que existen del material y de la formación suficiente para seguir evitando que pueda haber más contagios, pues los contagios que hemos expuesto anteriormente, se debían a la falta de material, pero no podemos considerar que haya habido una negligencia, al no esperarse de ningún modo que pudiese haber una pandemia a nivel mundial, pero esto puede servir para recapacitar a las autoridades con el fin de dotar de más recursos y de mayor previsión para futuras epidemias.

## Fuentes de consulta

- Anguita Osuna, J.E. (2019). *Marco histórico jurídico de la acción social en la Unión Europea. Medidas contra la pobreza y la exclusión social*. Revista Aequitas, número 14.
- Arroyo Zapatero, L. (1998). *Manual de Derecho del Trabajo*, Barcelona. AA.VV. Comentarios al nuevo Código Penal, Quintero Olivares, G. (Dir.).
- Berdugo Gómez De La Torre, I. (2012). *Viejo y nuevo Derecho penal. Principios y desafíos del Derecho penal de hoy*. Madrid. Iustel.
- Cárcoba, Á. C. (1996). *Salud laboral y Ley de prevención de riesgos laborales*. Rev Esp Salud Pública, vol. 70, no 4.
- Gallardo García, R. M. (2006). *La protección penal de la salud de los trabajadores*. DS: Derecho y salud, vol. 14, no 2.
- Lascuraín Sánchez, J. A. (2006). *La imputación penal del accidente de trabajo*. Tutela penal de la seguridad en el trabajo. Universidad de Deusto.
- Lascuraín Sánchez, J. A. (2004). *Los delitos contra los derechos de los trabajadores: lo que sobra y lo que falta*. Anuario de derecho y ciencias penales, vol. 57, no 1.
- Martínez Barroso, Mª R. (2016). Sujetos responsables de los incumplimientos en materia preventiva. Albacete, Bomarzo.
- Muñoz Conde, F. (2015). *Manual de Derecho penal parte especial*. Valencia, Tirant Lo Blanch.
- Olaizola Nogales, I. (2010). *Delitos contra los derechos de los trabajadores (arts. 316 y 317 CP) y su relación con los resultados lesivos*. InDret, no 2.
- Ramírez Barbosa, P. A. (2007). *Determinación de la conducta típica como elemento objetivo del tipo de delito contra la seguridad y salud en el trabajo*. Revista penal, no 19.
- Salvador Concepción, R. (2012). *Antecedentes del actual delito de creación de riesgo para la salud del trabajador*. Revista de Derecho de la UNED (RDUNED), no 11.
- Serrano Piedecasas, J. R. (2002). *La responsabilidad penal del empresario, personal técnico y de los servicios de prevención en los delitos contra la seguridad e higiene en el trabajo*. Revista penal, no 10.

Silva Sánchez, J. M. (2011). *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Buenos Aires, Edisofer.

Terradillos Basoco, J. M. (2006) *Respuesta penal frente a la siniestralidad laboral*. Cuadernos Penales José María Lídon, Bilbao, vol. 3.

Zúñiga Rodríguez, L. (2008). *Problemas de responsabilidad (penal, administrativa y civil) en el ámbito empresarial por accidentes de trabajo*. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, no 10-10.

#### **Legisgrafía**

Tribunal Supremo - Sala Cuarta, de lo Social STS, 12 de Julio de 2013, Nº de Recurso: 2294/2012. Roj: STS 4403/2013.

Tribunal Supremo, Sala de lo Penal. Nº de Recurso: 4716/1998. Roj: STS 6307/2000

Audiencia Provincial de Lérida, Nº de Recurso: 178/2008. Roj: SAP L 271/2009.

Audiencia Provincial de Baleares, Nº de Recurso: 223/2014.

Audiencia Provincial Zaragoza, Nº de Recurso: 1051/2018, Roj: SAP Z 504/2019

Audiencia Provincial de Madrid, Nº de Recurso: 1418/2012

Audiencia provincial de Cádiz, Nº de Recurso: 135/2010. Roj: SAP CA 668/2011

## Obsolescencia del juicio de interdicción\*

María del Rosario Huerta Lara\*\*

**RESUMEN:** En México, el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad tiene como primera traba, la vigencia de un régimen jurídico gobernado por la exclusión, la marginalidad y la vulnerabilidad, en menoscabo de la autonomía de las personas que padecen algún tipo de discapacidad física o mental.

Contra sensu, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad formula una amplia tutela basada en el reconocimiento irreductible de la persona humana. Cuando se trata de discapacidades del orden mental, la Convención ha propuesto un modelo social cuyo contenido tuitivo no se limita al reconocimiento de la personalidad jurídica sino que se extiende a la capacidad jurídica y procesal, contrapuesta al modelo médico acogidos en la mayoría de las legislaciones del orden jurídico nacional.

Este trabajo plantea una redimensión de la problemática considerando a las personas con discapacidad como sujetos de derechos plenos, basados en el principio de la equidad jurídica y sustantiva, por lo que se propone la armonización del Derecho Civil mexicano a los principios de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, lo que significaría una amplia reforma en el ámbito estatal.

**ABSTRACT:** In México, the exercise of the fundamental rights of disabled people has as a first obstacle, the validity of a juridical regime ruled by exclusion, marginalization and vulnerability which associated with the lessening of the autonomy of people with some type of physical or mental disability.

The Convention of the United Nations, upon the Rights of disabled people, formulates contra sensu a broad responsibility based upon the irreducible recognition of the human person. Regarding mental disabling, the Convention has proposed a social model whose responsibility is not limited to the recognition of the juridical personality, but extends to the juridical and procesal capacity oposite to the medical model aproved in most federal and state legislations.

This essay poses a redimentioning of the issue considering disabled people as individuals with full rights based on the principal of juridical and sustantive equity. Considering all the afore mentioned, this essay proposes the armonization of the mexican civil rights with the principles of the Convention on the rights of disabled people, which means a brosd reform within the state.

\* Artículo recibido el 10 de marzo de 2020 y aceptado para su publicación el 26 de mayo de 2020.

\*\* Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Veracruzana.

**Palabras clave:** Juicio, personalidad y **Keywords:** Trial, personality and juridical capacidad jurídica de personas con capacity of disabled people discapacidad

**SUMARIO:** Introducción, 1. Algunos modelos de tratamiento de la discapacidad, 2. Reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual, 3. Adecuación del Código Civil a la CDPD, Conclusión, Fuentes de consulta.

## Introducción

La *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD)* fue aprobada junto con su Protocolo facultativo el 13 de diciembre de 2006, en Nueva York en la sede de las Naciones Unidas. En México entró en vigor el 3 de mayo de 2008 (CNDH, 2012). Es un tratado internacional que reconoce a las personas con inhabilidades físicas, sensoriales o psíquicas como sujetos de derecho en igualdad de condiciones que las demás. Este instrumento, de jurisdicción internacional, tiene como premisa el reconocimiento de la autonomía de la voluntad de la persona con algún tipo de discapacidad y de manera principal las de índole psíquica o mental. Según la Organización Mundial de la Salud -OMS-

La discapacidad (...) es un fenómeno complejo que refleja una interacción entre las características del organismo humano y las características de la sociedad en la que vive. Es un término general que abarca las deficiencias, las limitaciones de la actividad y las restricciones de la participación. Las deficiencias son problemas que afectan a una estructura o función corporal; las limitaciones de la actividad son dificultades para ejecutar acciones o tareas, y las restricciones de la participación son problemas para participar en situaciones vitales. (Organización Mundial de la Salud, 2017)

En él, se trazan las líneas maestras para la adopción de un *modelo social de derechos humanos* incluyente que, debido a su fuerza vinculante, los estados adherentes al Tratado se han obligado a expresar normativamente en el ámbito civil de sus legislaciones, el tratamiento jurídico de la discapacidad mental.

En oposición, el *modelo médico*, firmemente establecido en la legislación civil mexicana, para quien la discapacidad está de inmediato referida a la ausencia de *capacidad jurídica* en toda persona pretendidamente privada de voluntad y racionalidad para la realización sus decisiones y, en consecuencia, será nula o inexistente su intervención en todo acto jurídico relacionados con el ejercicio de sus derechos fundamentales. Se trata, entonces, de una impertinencia que se mantiene vigente en una legislación civil que hace ya más de una década se ha tornado obsoleta.

En contrario, el reconocimiento de la *capacidad jurídica* que disponen las personas discapacitadas, sujetas a la jurisdicción de la Convención, y en general al derecho convencional, colisiona con todos los ordenamientos civiles y las normas regulatorias de la política pública nacional. Sin embargo, la adopción del Derecho de los derechos humanos y su armonización a las leyes nacionales aplicables a las personas con discapacidad, ha germinado más en sede judicial que legislativa, a partir de los nuevos criterios desarrollados en la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al establecer desde el año 2013 (Tesis Aislada 1a. CCCXLIII, 2013, pp. 518) los límites para restringir la capacidad procesal, más allá de la *racionalidad* del sujeto, como todavía establecen los ordenamientos civiles.

De acuerdo a este criterio, el derecho que debe prevalecer, es aquél que más tutela la *autonomía de la voluntad* de la persona, como reducto último de la capacidad procesal que el modelo médico anula, como se razona en la siguiente tesis

PERSONAS CON DISCAPACIDAD. EL DÉFICIT DE LA CAPACIDAD MENTAL NO DEBE UTILIZARSE COMO JUSTIFICACIÓN PARA NEGAR SU CAPACIDAD JURÍDICA. La capacidad jurídica consiste tanto en la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones (capacidad de goce) como en la de ejercerlos (capacidad de ejercicio). En ese sentido, la capacidad jurídica y la toma de decisiones (autonomía de la voluntad) son conceptos estrechamente vinculados y constituyen herramientas fundamentales para que una persona pueda participar en la vida jurídica, pero también tiene su impacto en la vida cotidiana; ambos conceptos parten de una tradición civilista y se han proyectado como derechos humanos. Ahora bien, la capacidad mental se refiere a la aptitud de una persona para adoptar decisiones que, naturalmente, varían de una persona a otra y puede ser diferente en función de distintos factores ambientales y sociales. Así, el hecho de que una persona tenga una discapacidad o una deficiencia no debe ser motivo para negarle la capacidad jurídica ni derecho alguno. En consecuencia, el déficit en la capacidad mental no debe utilizarse como justificación para negar su capacidad jurídica, pues con ello se contraviene el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que se reconoce expresa e indudablemente su derecho a la capacidad jurídica, sin excepción alguna, sin que se haga diferencia entre discapacidades. Así, el derecho a la capacidad jurídica no es una cuestión de inteligencia en las decisiones que se adoptan, ni debe estar ligada a las condiciones mentales, ya que se basa simplemente en el reconocimiento de la voluntad de todo ser humano como elemento central del sistema de derechos. (Tesis Aislada 1a. XLII, 2019, pp. 1258)

Además de este giro sustancial que opera la Corte sobre el criterio clínico, debe anotarse, que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, posee un alcance acotado por el artículo 1o de la Constitución, en el sentido de la aplicación de la norma más favorable a la tutela de los derechos humanos. Por ello, al plantear un modelo social de derechos humanos en el tratamiento de las discapacidades en general y, en particular, las mentales a fin de reservar la protección de la *voluntad* como elemento principal de la *autonomía* de las personas, irremisiblemente choque con el modelo médico establecido en la norma nacional, como nos lo anticipan las Tesis dictadas por la Corte Constitucional.

En ese orden, el 13 de marzo de 2019 la primera sala de la Suprema Corte ha declarado inconstitucional el *estado de interdicción* que, de acuerdo al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, citado por Parra Lara, la definición más precisa de lo que debiera entenderse por interdicción civil, es la siguiente:

Privación de derechos civiles definida por la ley. Entonces, se entendería que el estado de interdicción es una privación de los derechos civiles, concretamente en cuanto a su ejercicio directo e inmediato por parte del mayor de edad legal, acaecida con motivo de una incapacidad (hoy aludida como discapacidad) en él. (Parra Lara, F. J. 2018)

Al estado de interdicción decretado a una persona con discapacidad intelectual, en el amparo en revisión 1368/2015, la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación -SCJN- resolvió que,

Los artículos 23 y 450, fracción 11, del Código Civil para el Distrito Federal (hoy Ciudad de México) que regulan el estado de interdicción, son inconstitucionales. El estado de interdicción es aquél en el que la ley determina la necesidad de nombrar a un tutor para las personas mayores de edad que, por alguna enfermedad o por tener una discapacidad, no pueden gobernarse, obligarse o manifestar su voluntad por sí mismos. así, la Primera Sala determinó que dicha regulación normativa es excesivamente

restrictiva puesto que no prevé la posibilidad de que la interdicción sea graduable y proporcional respecto de las características y condiciones de las personas, y en consecuencia no armoniza con la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. (Suprema Corte de Justicia de la Nación, amparo en revisión 1368/2015, Primera Sala, 2015)

Así, la Sala determinó que la interdicción es incompatible con el artículo 1º constitucional (igualdad y no discriminación) y con el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (igual reconocimiento como persona ante la ley). Esto significa que, sin excepción, no se podrá desconocer a las personas con discapacidad su *capacidad jurídica*, por lo que, *contra sensu*, deben, los juzgadores y operadores jurídicos dar acceso al apoyo necesario para ejercerla y para tomar sus propias decisiones; asumiendo que cada tipo de discapacidad requiere de medidas específicas en virtud de su condición particular y de requerimientos personales; *ergo*, la Primera Sala determinó que las personas con discapacidad deben ejercer su autonomía y todos sus derechos plenamente.

En vista de lo anterior, es inaplazable el escrutinio del sistema civil en materia de limitaciones a la capacidad jurídica de las personas, debido a las restricciones que impone al ejercicio de los derechos fundamentales. *El juicio de interdicción* en materia de discapacidades mentales, como lo adopta la materia civil, es una clara violación a los derechos de las personas y, al mismo tiempo, una transgresión a la jurisdicción internacional de los derechos humanos.

Históricamente las personas con discapacidad intelectual y mental han sido objeto de discriminación y exclusión, por lo que el Derecho, en particular la materia civil, bajo una perspectiva restrictiva de la voluntad y la autonomía, arrogó al *juicio de interdicción civil* y la *representación* para que una tercera persona sustituya al *interdicto* en la toma de decisiones. Al respecto, los autores Guzmán, F.; Toboso, M. y Romañach, J., mencionan en Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico (como se citó en Velarde Lizama, 2012), lo siguiente:

Lo más común es asumir que las personas que no expresan un grado mínimo de estas competencias físicas o mentales no pueden aportar nada de importancia en un intercambio, sea éste material, ético, o de cualquier otro tipo. Por esta misma razón se extiende la creencia de que no tendrían que participar en el reparto de ventajas y deberes sociales fuera de un marco adaptado a sus especiales características, y, en consecuencia, no podrían ser sujetos de justicia ordinarios, sino más bien sujetos de un espacio jurídico particular situado entre la legalización de la exclusión y la institucionalización de la beneficencia, en el mejor de los casos. (Velarde Lizama, V., 2012)

En contraste, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha significado un cambio de paradigma en el marco del *modelo social de derechos humanos*, al reconocer la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad, incluidas las físicas y mentales, es decir, la capacidad de ser titulares de derechos y obligaciones, como lo expresa el artículo 12 de la CDPD (2014).

Esta incompatibilidad entre el Código Civil, ante la ausencia de reconocimiento de la *capacidad jurídica* de las personas con discapacidad mental e intelectual, frente al derecho convencional de los derechos humanos, debe ser revisada y superada en armonía a los preceptos del derecho internacional. Para ello, el concepto de capacidad jurídica debe

construirse legislativamente desde el artículo 12 de la CDPD (2014), en virtud de su impacto en el ejercicio de otros derechos fundamentales, para los cuales el reconocimiento de la capacidad jurídica es *conditio sine qua non* para el ejercicio de la libertad personal y la vida independiente e inclusión en la comunidad; para la integridad personal y protección contra la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; para la participación en la vida política y pública; para el respeto del hogar y la familia; acceso a la justicia; derecho a la propiedad; herencia; control de asuntos económicos propios, acceso a créditos financieros, entre otros derechos fundamentales y diversos.

Para todo ello, al tenor del Derecho Convencional, es impostergable proponer lineamientos para la reforma del Código Civil federal y estatales, para la implementación de un sistema de apoyos y salvaguardas que coadyuven a adecuar la legislación a lo dispuesto por la Convención, eliminando las barreras legales existentes y elaborando una política pública que garantice el acceso de todas las personas con discapacidad al apoyo que puedan requerir en el ejercicio de su capacidad jurídica en todos los ámbitos de su vida.

En esta consideración, las personas con discapacidad mental e intelectual podrán tomar decisiones por sí mismas, en todos los ámbitos de su vida, sean de carácter personal o patrimonial. La respuesta negativa del Código Civil vigente se explica por los prejuicios y estereotipos de la sociedad que equipara discapacidad con incapacidad. Se trata de no sólo de limitaciones socialmente impuestas, sino también legales que encontramos en gran parte de legislaciones no sólo en México, sino en toda Iberoamérica.

## 1. Algunos modelos en el tratamiento de la discapacidad

El nuevo paradigma que trajo consigo la Convención fue la sustitución del enfoque médico por otro social de derechos humanos que determine y garantice a la persona con discapacidad, los medios y oportunidades para actuar como sujeto activo, titular de derechos y tomador de decisiones.

Para Agustina Palacios en su libro *El modelo social de discapacidad: Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (Palacios, A. 2008), muestra la coexistencia de diversos modelos de abordaje de la discapacidad, por ejemplo, el Derecho internacional en contraste con los ordenamientos jurídicos nacionales; en tiempo histórico, primero prevaleció el **modelo prescindencia** en el que la discapacidad se percibe como un *castigo divino* y las personas son consideradas como una carga social innecesaria. Por tanto, la sociedad y el Estado pueden prescindir de ellas, aplicando políticas *eugenésicas* como sucedió en Atenas y Esparta o, excluyéndolas de la vida social como también aconteció en la Edad Media, este modelo incluye el abandono de muchas personas con discapacidad mental en instituciones de salud mental, anteriormente denominados manicomios o psiquiátricos. En el mismo sentido, el Código Penal en relación al aborto cuando supone una valoración menor por la vida de un feto con discapacidad.

Un segundo modelo, citado por la autora, es el **médico rehabilitador** que centra la discapacidad en las deficiencias de las personas e implica un modelo de *sustitución* en la toma de decisiones, al asumir que estas deficiencias impiden a la persona hacerlo por sí misma, por ello, se persigue la rehabilitación con la idea de normalizar a las personas con

discapacidad. Ello refuerza los estereotipos y la equiparación de discapacidad con incapacidad. Por ello, muchas legislaciones han definido a la persona con discapacidad exclusivamente tomando como base sus deficiencias, por lo que suponía la disminución o ausencia de capacidad para realizar actividades dentro de los márgenes normalizantes.

En tercer lugar, el **modelo social** que considera a la discapacidad una cuestión de derechos humanos al enfatizar la atención en las barreras del entorno social que a las limitaciones de la persona. En este enfoque, se encuentra la CDPD, que refiere en el artículo 1º que las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás (CDPD, 2006).

Esta definición sostiene que la discapacidad es resultado de la interacción de las deficiencias de una persona (físicas, sensoriales, mentales o intelectuales) y de las barreras del entorno que también pueden ser físicas, sociales, comunicacionales, económicas y culturales, que impiden la participación plena de las personas con discapacidad en la sociedad. Por ejemplo, la imposibilidad de ver es una deficiencia, pero la imposibilidad de escribir o leer, porque no se cuenta con el método de escritura y lectura táctil *Braille*, es una discapacidad. Por tanto, en el modelo social la diferencia es valorada como parte de la diversidad humana.

Una relatoría de los instrumentos de Derecho Internacional, evoca en primer lugar cierta invisibilización con las personas con discapacidad, por ejemplo, la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, el *Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos*, el *Pacto Internacional de los Derechos Sociales y Culturales*, la *Declaración Americana de los Derechos Humanos* y la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, solo se refieren a la visión médico rehabilitador. Por otra parte, destacando normas de *soft law*, Mauricio del Toro señala:

La expresión *soft law* busca describir la existencia de fenómenos jurídicos caracterizados por carecer de fuerza vinculante aunque no carentes de efectos jurídicos o al menos con cierta relevancia jurídica. Con el uso del término no sólo se pretende evidenciar la existencia de determinados instrumentos internacionales que no obstante no ser vinculantes tienen relevancia jurídica, si no también albergar bajo su mando diversas manifestaciones de acuerdos interestatales y consensos internacionales que independientemente de su valor jurídico se incorporan al discurso internacional y producen ciertos efectos que repercuten de diferentes formas en la formación, desarrollo, interpretación, aplicación y cumplimiento del derecho internacional, tanto en el ámbito interno de los Estados como en el propio seno del derecho internacional. (del Toro, 2006)

Entre ellas se encuentran, la *Declaración de los Derechos del Retrasado Mental*, la *Declaración de los Derechos de los Impedidos*, el *Programa de Acción Mundial para los Impedidos*, los *Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Salud Mental*.

Por último, como parte del fortalecimiento del modelo social, es preciso mencionar las *Normas uniformes sobre la igualdad de oportunidad para las personas con discapacidad* de la Organización Mundial de la Salud (2017), la *Declaración de Caracas*, la *Declaración de Montreal sobre la Discapacidad Intelectual* que, a pesar de reconocer a las barreas del entorno como parte del concepto de discapacidad, comparten rasgos del modelo médico

citado con anterioridad, pues en el texto admite la interdicción como no discriminatoria. No obstante, sin duda la CDPD es el tratado que mejor consolida el modelo social.

Un aspecto cardinal de la CDPD es el reconocimiento de la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad, incluidas las mentales e intelectuales. Al respecto, conforme a su artículo 12, esto supone: 1) reconocimiento de la personalidad jurídica, 2) capacidad jurídica en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida, 3) acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, 4) salvaguardas adecuadas y efectivas para impedir los abusos en relación a las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica, 5) garantía del derecho a ser propietarias, heredar, controlar sus propios asuntos económicos y acceso a créditos financiero, en igualdad de condiciones.

En este contexto, la falta de reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual, se refleja en las barreras o prácticas que vulneran la autonomía y otros derechos que requieren el conocimiento previo de la capacidad jurídica para ejercerlos. Otro autor, (de Asís, 2013), en relación a la autonomía refiere que esta se presenta como una facultad asociada a la idea de ser humano. En el ámbito jurídico, es la principal manifestación de la libertad y la fuente desde la que se construyen los derechos y las obligaciones. En el discurso de los derechos humanos, la libertad es uno de los presupuestos de los derechos, al asociarse a la propia concepción del ser humano (de Asís, 2013).

Por ello, la importancia de la autonomía en materia del reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual.

A propósito de todo ello, el Comité de la CDPD a través de sus *Observaciones generales* aprobadas por el Comité de Derechos Humanos

El Comité de la CDPD solicita al Estado parte derogar toda disposición legal que limite parcial o totalmente la capacidad jurídica de las personas con discapacidad adultas, y adoptar medidas concretas para establecer un modelo de toma de decisiones con apoyo que respete la autonomía, voluntad y preferencias de las personas con discapacidad, en armonía con el artículo 12 de la Convención y la Observación General número 1 (2014) del Comité. (ONU y CDPD, 2016)

De lo cual, ha manifestado su preocupación por los efectos jurídicos de la interdicción en los países donde operan esta figura, por ejemplo en México, se afectan principalmente los derechos de las personas con discapacidad mental e intelectual, de manera que los internamientos involuntarios y la institucionalización violan la libertad personal y el derecho a la vida independiente e inclusión en la sociedad. Las condiciones precarias en centros de salud mental y el sometimiento a tratamientos médicos sin consentimiento libre e informado, vulneran la integridad personal y la prohibición de tortura, tratos crueles inhumanos o degradantes.

De igual modo, existen barreras a la participación en la vida política y pública, impedimentos para contraer matrimonio, ejercer la patria potestad, otorgar testamentos y, para ejercer su autodeterminación sexual y reproductiva; obstáculos de tipo comunicacional para participar en procesos judiciales y administrativos que afectan su acceso a la justicia, así como impedimentos para adquirir propiedad y heredar, controlar los asuntos económicos propios y acceder a créditos financieros.

En este contexto, el Comité de la CDPD ha exhortado a los Estados nacionales a realizar reformas a las leyes civiles que garanticen el derecho a la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad y la implementación de un sistema de apoyos y salvaguardas.

Expuesto lo anterior, resulta imperioso proponer lineamientos para una reforma sustancial del Derecho Civil mexicano en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad, a fin de facilitar el diseño e implementación de un sistema de apoyos en el marco de las obligaciones del Estado de garantizar el acceso a estas medidas y, cuyo incumplimiento permite la vigencia del modelo de sustitución en la toma de decisiones.

En efecto, la interdicción no solo vulnera el derecho al reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual, sino que también les impide el ejercicio de otros derechos fundamentales. Estos lineamientos de reforma, tanto del Código Civil Federal como los de las entidades federativas, destaca la derogación de la interdicción para personas con discapacidad mental e intelectual, así como la revisión de otras normas sustantivas y procesales, de otros cuerpos normativos que limitan el ejercicio de sus derechos (Ley Federal sobre Personas con Discapacidad).

## **2. Reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual**

La personalidad jurídica es un derecho conocido en distintos instrumentos de todos los sistemas internacionales de protección de derechos humanos, por ejemplo, el artículo 16 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, norma considerada como modelo, seguido por el artículo 12, inciso 1 de la CDPD que dispone que,

todo ser humano tiene derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica, en tanto que la norma del CDPD establece que los estados partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. (ONU, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966)

La capacidad jurídica incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho. La capacidad jurídica de ser titular de derechos concede a la persona la protección plena de sus derechos por el ordenamiento jurídico. La capacidad jurídica de actuar en derecho reconoce a esa persona como actor facultado para realizar transacciones y para crear relaciones jurídicas, modificarlas o ponerles fin. El derecho al reconocimiento como actor jurídico está establecido en el artículo 12, párrafo 5, de la Convención, en el que se expone la obligación de los Estados partes de:

Tomar todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y[velar] porque las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria. (ONU, CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, 2006)

Se define la capacidad jurídica como un concepto más amplio que el de personalidad jurídica, compuesto “por la capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones (elemento estático) y la capacidad de ejercer dichos derechos o de asumir obligaciones a través de sus propias decisiones (elemento dinámico)”. En este sentido, mientras que la personalidad

jurídica alude solo al elemento estático, la capacidad jurídica engloba tanto el elemento estático como al dinámico.

Por otra parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce que “toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica” (artículo 3). Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado en reiterada jurisprudencia que el contenido propio de este derecho es que se reconozca la persona: En cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones y al gozar de los derechos civiles fundamentales (lo cual) implica la capacidad de ser titular de derechos (capacidad y goce) y de deberes; la violación de aquel reconocimiento supone desconocer en términos absolutos la posibilidad de ser titular de derechos y deberes civiles y fundamentales (CIDH, 2005).

Finalmente, la CDPD reconoce ampliamente los derechos de las personas con discapacidad. Esta amplitud se refiere a la capacidad de las personas para remover toda clase de obstáculos que interfieran en el ejercicio de su autonomía personal y su núcleo esencial constituido por la voluntad. Estos valores han quedado claramente expresos en el artículo 12, a la cita:

Igual reconocimiento como persona ante la ley - Las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, entre otras cosas para adoptar decisiones, heredar bienes o tener acceso a préstamos bancarios. En ciertas circunstancias el Estado tiene la obligación de prestar apoyo y asistencia a las personas con discapacidad en la adopción de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica. (CDPD, 2014)

### **3. Adecuación del Código Civil a la CDPD**

El artículo 4 de la CDPD establece que los Estados tienen la obligación de adoptar las medidas legislativas necesarias, esto es, modificar o derogar leyes, para hacer efectivos los derechos reconocidos por el tratado, con el fin de erradicar aquellas prácticas que pueden suponer algún tipo de discriminación para todas las personas con discapacidad.

En este contexto, el Comité de la CDPD ha expresado su especial preocupación con la legislación civil nacional que adopta un modelo de sustitución en la toma de decisiones y permite la restricción de los derechos civiles de las personas con discapacidad mental e intelectual en los casos de interdicción judicial, en el caso de Perú, presentado en su primer informe (CDPD, 2009). Por ello, ha recomendado al Estado peruano que derogue la práctica de la interdicción judicial, a fin de garantizar su plena conformidad con el artículo 12 de la CDPD. Ahora bien, este criterio resulta altamente aplicable al modelo de sustitución que plantea el Código Civil Federal de México.

Para esta propuesta, a fin de que surtan sus efectos las recomendaciones del Comité de la CDPD en el ámbito mexicano, se debe atender, al menos, dos aspectos fundamentales: el reconocimiento explícito de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual, por tanto, la derogación de su régimen de incapacidad y del proceso de interdicción que contempla el Código Civil Federal y los correspondientes a las entidades federativas; por último, las reformas de algunas normas específicas del Código Civil y de otros cuerpos normativos que vulneran derechos conexos a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual.

La presunción de la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad, debe ser un aspecto central en una hipotética reforma al Código Civil. Ello significa, al tenor de la

CDPD que la discapacidad nunca debe ser motivo de una restricción o limitación de la capacidad jurídica, pues de otra manera sería discriminatorio. En este sentido, por ser capacidad jurídica es un elemento central de los atributos de la persona.

En consecuencia, se debe asumir que las personas con discapacidad mental e intelectual tienen capacidad jurídica, es decir, de goce y ejercicio, y pueden tomar sus propias decisiones en todos los ámbitos de su vida, conforme al multicitado artículo 12 de la CDPD. Por lo que el ordenamiento civil mexicano debe reconocer la validez de estas decisiones en respeto a la dignidad, independencia y autonomía de estas personas, principios reconocidos en el artículo 3 de la CDPD.

Cabe señalar que, las reivindicaciones de derechos humanos en el último tercio del siglo pasado, ya no apuntan tanto al reconocimiento de derechos sino más bien a su cumplimiento, para lo cual se requiere centrarse en la capacidad de una persona de ejercer según su propia voluntad, los derechos reconocidos, aspecto del cual históricamente han sido excluidas las personas con discapacidad mental e intelectual, por ello, la derogación del régimen de incapacitación y del proceso de interdicción para estas personas, como todavía lo considera la legislación civil.

Desde la perspectiva del modelo social, adoptado por la CDPD, las normas que contengan causales de incapacitación como consecuencia directa o indirecta de una discapacidad, son normas de carácter discriminatorio. Por tanto, los modelos de atribución de incapacidad deben ser derogados de la legislación civil, a fin de superar la equiparación errada de discapacidad como incapacidad.

Es importante mencionar que el sujeto de derecho, por definición, siempre tiene capacidad por lo que no caben expresiones como personas incapaces, incapacidad absoluta o relativa, sino lo que se presenta en el ordenamiento jurídico son los sujetos de derecho con capacidad relativa o restringida y plena o absoluta.

En este marco, la premisa conforme a la CDPD es la presunción de la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad, incluyendo aquellas con discapacidad mental e intelectual, de manera que de acuerdo con la CDPD, se debe reconocer que las personas con discapacidad mental e intelectual son personas con discernimiento, por lo que solo por excepción se deben considerar con una discapacidad absoluta aquellas personas en estado de coma o vegetativo. En el mismo sentido, los retardados mentales que se consideran incapaces relativos para ejercer derechos, que de acuerdo a la CDPD una consideración así resulta discriminatoria y debe ser derogada.

En esta lógica, las normas que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad también debe ser derogadas; bajo este supuesto, se encuentran las personas con un daño progresivo, en mayor o menor medida de sus facultades mentales, lo que puede ser consecuencia de la vejez o de trastornos arterioesclerosis. Por ello, se debe erradicar la idea de que una persona con discapacidad mental tiene en sí misma un deterioro mental que le impide expresar su voluntad, pues se presumiría la incapacidad de estas personas, se desconocería la diversidad de este colectivo y la existencia de medios alternativos de comunicación.

El Comité de la CDPD, ha sostenido que:

Negar la capacidad jurídica con el propósito o el efecto de obstaculizar el derecho de las personas con discapacidad al igual reconocimiento como persona ante la ley es una violación de los artículos 5 y 12 de la Convención. El Estado puede, efectivamente, limitar la capacidad jurídica de una persona en función de determinadas circunstancias como la quiebra o la condena penal; sin embargo, el derecho al igual que el reconocimiento como persona ante la ley y al no sufrir discriminación exige que cuando el Estado niegue la capacidad jurídica, debe de hacerlo por los mismos motivos a todas las personas. La negación de la capacidad jurídica no debe basarse en un rasgo personal como el género, la raza o la discapacidad, ni tener el propósito o el efecto de tratar a esas personas de manera diferente. (Comité CDPD, 30 marzo-11 abril, 2014)

Por todo lo expuesto, debe de plantearse la derogación del régimen de incapacitación que restrinja el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad mental e intelectual en nuestro Código Civil.

## Conclusión

Si bien la comprensión de un sistema de apoyos y salvaguardas supone un proceso progresivo de implementación al ser una norma de desarrollo a mediano y largo plazo, una medida inmediata que debe adoptarse, es la derogación de procesos de interdicción. Es preciso mencionar que este tipo de procesos no solo afectan la autonomía de la persona interdicta para manejar sus asuntos económicos y controlar sus bienes, sino que también limita el ejercicio de derechos personalismos como el voto o el contraer matrimonio.

Por tanto, la interdicción tal y como está establecida en el ordenamiento civil, resulta abiertamente incompatible con el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental e intelectual al no permitirles tomar sus propias decisiones sobre su patrimonio, como sobre sus asuntos personales.

Otro cuestionamiento relevante de la interdicción es que la persona con discapacidad mental e intelectual es el sujeto pasivo y que son terceras personas las legitimadas para solicitar la interdicción (cónyuge, parientes y el ministerio público), incluso la demanda puede ser presentada por cualquier otra persona en el caso de que el “incapaz” sea un peligro para la tranquilidad pública.

Otros criterios que no se ajustan a la concepción de discapacidad que postula la CDPD, es cuando el problema no está la persona con discapacidad sino en las barreras del entorno para que ésta se pueda desarrollar, como es el caso de la intervención del médico cuyo fin es emitir un certificado para declarar la interdicción, lo cual es claramente un rezago del modelo médico.

En esta medida la presunción de incapacidad es equivocada por que se parte de un concepto de discapacidad en el que ésta solo es atendida desde parámetro médicos que suponen la sustitución en la toma de decisiones, desconociendo nuevamente que las barreras del entorno forman parte del concepto discapacidad.

Es preocupante que la persona declarada interdicta, carece en la práctica de los medios para cuestionar la medida de interdicción. Si bien existe la declaración de rehabilitación, los jueces solo podrían levantar la interdicción si se comprueba que el motivo que propició la incapacidad ha desaparecido, lo que es imposible de ocurrir, pues la evaluación es exclusivamente médica. Además, preocupa que no exista una verdadera revisión periódica *ex officio* de las sentencias que declara la interdicción.

Por tales consideraciones, debe proponerse la derogación inmediata del proceso de interdicción que viene siendo aplicado desde el modelo médico, y que en muchos casos se ha convertido en un modelo de interdicción plena. En su lugar, debe proponerse incorporar al procedimiento civil un proceso de asistencia en el ejercicio de la capacidad jurídica, como medida temporal y de transición hacia la institucionalización de un verdadero sistema de apoyos y, a la vez, debería aplicarse un tipo de tolerancia cero sobre la interdicción a fin de que no se inicien más procesos de ese tipo en el ámbito judicial de nuestro país.

De manera concordante, una vez implementado el sistema de apoyos, el nuevo proceso de asistencia en el ejercicio de la capacidad jurídica debería ser aplicado solo para casos excepcionales. Este proceso, debería cumplir con algunas garantías mínimas del debido proceso, como que sea la persona con discapacidad mental o intelectual quién lo solicite y que se respete su voluntad o preferencias para la asistencia en la toma de decisiones.

En la misma línea, se debe garantizar el acceso a recursos sencillos para cuestionar esta medida, del mismo modo que la asignación de un asistente, no un tutor, debería estar sujeta a revisiones periódicas desde un enfoque multidisciplinario, es decir, no solo médico, para evaluar su necesidad y para evitar abusos.

Finalmente, las personas que ya tienen una sentencia de interdicción podrían sujetarse al nuevo proceso de asistencia en el ejercicio de la capacidad jurídica, si así lo requiere el interdicto, como una medida temporal que transite hacia un verdadero sistema de apoyos.

## Fuentes de consulta

### Bibliografía

de Asís Roig, R. (2013). *Sobre discapacidad y derechos*, Madrid, Dykinson.

Velarde Lizama, V. (2012). Los modelos de la discapacidad: un recorrido histórico, *REVISTA EMPRESA Y HUMANISMO*, VOL XV, Nº 1.

### Legisgrafía

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. (30 marzo-11 abril, 2014).

Observación general núm. 1, Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley. Recuperado de

[https://www.ohchr.org/\\_layouts/15/WopiFrame.aspx?sourcedoc=/Documents/HR%20Bodies/CRPD/GC/DGCArticle12.doc&action=default&DefaultItemOpen=1](https://www.ohchr.org/_layouts/15/WopiFrame.aspx?sourcedoc=/Documents/HR%20Bodies/CRPD/GC/DGCArticle12.doc&action=default&DefaultItemOpen=1)

Corte Interamericana De Derechos Humanos. Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia (8 de septiembre de 2005). Recuperado de [https://www.cejl.org/sites/default/files/legacy\\_files/I.%20Corte%20Interamericana%20de%20Derechos%20Humanos\\_4.pdf](https://www.cejl.org/sites/default/files/legacy_files/I.%20Corte%20Interamericana%20de%20Derechos%20Humanos_4.pdf)

Corte Interamericana De Derechos Humanos. Caso Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia (22 de septiembre de 2009). Recuperado de [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_202\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_202_esp.pdf)

Organismo de las Naciones Unidas (2008). *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Serie de Capacitación Profesional Núm. 15, Nueva York y Ginebra. Recuperado de: [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/AdvocacyTool\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/AdvocacyTool_sp.pdf)

Organización de las Naciones Unidas y Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. CRPD/C/CHL/1. Observaciones finales sobre el informe inicial de Chile. 255<sup>a</sup> sesión. (13 de abril de 2016). Recuperado de <https://acnudh.org/comite-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad-crc/>

Organización Mundial de la Salud (2017). Recuperado de <https://www.who.int/topics/disabilities/es/>

Suprema Corte de Justicia de la Nación (2015). Recuperado de <http://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/noticia.asp?id=5838>

### Internetgrafía

Del Toro Huerta, M. I. (2006). *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México. Recuperado de diccionariojuridico.mx/definicion/soft-law/

Palacios, A. (2008). *El modelo social de discapacidad: Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cermi-Cinca. Recuperado de: <https://es.slideshare.net/yadirapmangual/el-modelo-social-de-discapacidad>

Parra Lara, F. J. (2018). Estado de Interdicción y la limitación de la capacidad jurídica de una persona, En Hechos y Derechos, revistas del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México. Recuperado de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/12018/13755>

### Tesis Jurisprudenciales

Tesis Aislada 1a. CCCXLIII/2013 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 1, diciembre de 2013.

Tesis Aislada 1a. XLII/2019 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 66, t. II, mayo de 2019.

## La limitación coercitiva del libre tránsito en México frente al Covid-19\*

Alan Jair García Flores\*\*

**RESUMEN:** El presente artículo analiza la limitación coercitiva del ejercicio de libre tránsito en México que esgrimieron los Gobernadores de Michoacán, Jalisco y Yucatán mediante decretos o discurso punitivo sobre el tipo penal de peligro de contagio como medida para garantizar el resguardo domiciliario de su población en el marco de la pandemia Covid-19.

Con base en lo anterior, se abordan aspectos esenciales de las directrices de intervención sanitaria establecidas por el Consejo de Salubridad General (CSG) en México, al tiempo que se examinan los postulados normativos de restricción o suspensión de derechos humanos consagrados en la Constitución Federal y los tratados internacionales, particularmente del ejercicio de libre tránsito, en aras de determinar los requisitos formales y materiales que deben acreditarse, así como los sujetos legitimados para proclamarlas.

**Palabras clave:** Covid-19, libre tránsito, limitación coercitiva, estado de excepción, estado de sitio.

**SUMARIO:** Introducción. 1. Prolegómeno de la pandemia Covid-19. 2. Reminiscencia constitucional de la limitación a la libertad de tránsito en México. 3. El ardid de la limitación

**ABSTRACT:** This article analyzes the coercive limitation of the exercise of free transit in Mexico used by the Governors of Michoacán, Jalisco and Yucatán through decrees or punitive discourse on the fellony of contagion danger as a measure to guarantee the home issolation of their population at the framework of the Covid-19 pandemic.

Based on the above, essential aspects of the health intervention guidelines established by the General Health Council (GHC) in Mexico are addressed, while examining the regulatory postulates of restriction or suspension of human rights enshrined in the Federal Constitution and international treaties, particularly the exercise of free transit, in order to determine the formal and material requirements that must be accredited, as well as the legal entities to proclaim them.

**Keywords:** Covid-19, free transit, coercive limitation, state of emergency, state of siege.

\* Artículo recibido el 11 de mayo de 2020 y aceptado para su publicación el 1º de junio de 2020.

\*\* Docente de la facultad de Derecho e investigador del Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad de la Universidad Veracruzana.

coercitiva al ejercicio de libre tránsito en México como política sanitaria contra el Covid-19. Conclusiones. Fuentes de consulta.

## Introducción

La pandemia Covid-19 constituye un desafío para el Estado mexicano, el cual debe esgrimir políticas públicas para afrontar este grave problema epidemiológico sin que medien determinaciones arbitrarias que se aparten del halo protecciónista de derechos humanos trazado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los tratados internacionales.

Es por lo anterior que resulta indispensable estudiar el devenir de la pandemia a nivel internacional y su arribo a México para determinar las intervenciones de salubridad que adoptara el Gobierno Federal en coordinación con las autoridades locales y municipales.

En virtud de los métodos dogmático-jurídico, sistemático jurídico y análisis de contenido, se identifican las autoridades legitimadas para decretar la restricción o en su caso suspensión de la libertad de tránsito así como los requisitos de procedibilidad formales y materiales que deben cumplimentarse a la luz de las disposiciones constitucionales y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) como punto de distinción entre los límites de esta prerrogativa y el establecimiento de un Estado de excepción consagrado por el numeral 29 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El fin ulterior del presente artículo reside en analizar la limitación coercitiva a la libertad de tránsito esgrimida por los Gobernadores de Michoacán, Jalisco y Yucatán mediante decretos o discursos punitivos como medio para garantizar el resguardo domiciliario de la población frente a la pandemia Covid-19, y su desajuste con las directrices emitidas por el CSG en México.

### 1. Prolegómeno de la pandemia Covid-19

El coronavirus fue advertido en la década de los 60's como miembro de la familia de virus que provocan enfermedades respiratorias que afecta a animales y humanos, aunque con cepas distintas que provocan el Síndrome Respiratorio Agudo Severo (SARS).

El 31 de diciembre de 2019, la Comisión Municipal de Salud de Wuhan, China notificó a la Organización Mundial de la Salud (OMS), el brote de casos de neumonía atípica ocasionada por el coronavirus 2 del Síndrome Respiratorio Agudo Severo (SARS-CoV-2) de probable origen zoonótico y que fuere causante de la enfermedad denominada Covid-19 (Organización Mundial de la Salud, 2020: s/p; Gobierno de México, 2020: 4).

Es dable destacar que la OMS ha precisado que la enfermedad se propaga mediante "gotículas despedidas de la nariz o la boca de una persona infectada al toser, estornudar o hablar [...] y que pueden caer en objetos que a su vez estén en contacto con personas provocando su contagio]", por lo que cualquier persona puede contraer el coronavirus y desarrollar alguna enfermedad grave, en cuyo tenor, los síntomas de esta patología son: "Fiebre, tos seca y cansancio [...] dolores, congestión nasal, dolor de garganta o diarrea" (Organización Mundial de la Salud (a), 2020: s/p).

La OMS informó en fecha 11 de marzo de 2020, que debido a las dimensiones del Covid-19, éste alcanzó el nivel de pandemia (Organización Mundial de la Salud, 2020: s/p), misma que debe diferenciarse de una epidemia, debido a que aquélla se refiere a “la propagación mundial de una nueva enfermedad [...] y la mayoría de las personas no tienen inmunidad” (Organización Mundial de la Salud, 2010: s/p); mientras que la epidemia se avoca a “un aumento inusual del número de casos de una determinada enfermedad en una población específica, en un periodo de tiempo determinado” (Horcajada y Padilla, 2013: 182).

Amén de lo anterior, resulta prudente apuntalar que, al 30 de mayo de 2020, se registraron a nivel mundial un total de 5, 817, 385 casos confirmados de Covid-19, de los cuales son advertibles 362, 705 defunciones asociadas a esta enfermedad, correspondiente a una tasa global de letalidad de 6.2% (Secretaría de Salud, 2020: 1). Asimismo, la cifra global de mérito se distribuye de la siguiente forma: América (2, 677, 500); Europa (2, 122, 350); Mediterráneo Oriental (489, 921); Asia Sudoriental (294, 525); Pacífico Oriental (181, 187); y, África (96, 902) (Secretaría de Salud, 2020: 1).

A partir de los precitados datos, el continente americano lidera el número de confirmados por Covid-19. Sin embargo, el caso de México requiere especial atención pues al 30 de mayo de 2020, se acumularon 87, 512 confirmados y 9, 779 defunciones atribuidas a este padecimiento (Secretaría de Salud, 2020: 2).

La experiencia internacional sobre el impacto del coronavirus permitió que el Gobierno de la República encabezado por el presidente Andrés Manuel López Obrador impulsara una serie de determinaciones para su abordaje, en cuya virtud, la Secretaría de Salud (SSA) dio a conocer que a partir de los tres escenarios de transmisión del Covid-19 emitidos por la OMS, se definían las siguientes fases de la epidemia en México:

Escenario OMS	Fases SS
1. Países con uno o más casos importados o detectados localmente (casos esporádicos)	Fase 1: Esta fase corresponde únicamente a casos importados, es decir, personas que adquirieron el virus fuera del país. En esta etapa el número de afectados es reducido y los contactos de estos se encuentran identificados. Medidas: Aislamiento de los pacientes diagnosticados, identificación de los contactos, supervisión de las personas contagiadas y seguimiento de las que estuvieron en contacto con ellos.
2. Países que experimentan casos agrupados en el tiempo, ubicación geográfica y/o exposición común (grupos de casos)	Fase 2: Contagios por transmisión local, es decir, que adquirieron el virus por una fuente dentro del país. El número de afectados rebasa los cientos de casos. Medidas: Se utiliza contención sanitaria focalizada en las áreas donde se registra la mayoría de los contagios y la

	suspensión de actividades dentro de éstas.
3. Países que experimentan grandes brotes locales (transmisión comunitaria)	<p>Fase 3: En esta etapa se registra una propagación extensa y miles de personas resultan afectadas por el virus. Las cadenas de propagación resultan difíciles de romper, lo cual requiere de estrategias más drásticas.</p> <p>Medidas: Las actividades masivas y escolares deben ser suspendidas.</p>

(Martínez, Torres y Orozco, 2020: 8-9).

Con base en lo preceptuado por la SSA se advirtió que el primer caso confirmado de Covid-19 en México en fecha 27 de febrero de 2020 -correspondiente a la fase 1-, se debió a una importación ya que se trató de un masculino de 35 años de la Ciudad de México con antecedentes de viaje a Italia (Comité Nacional para la Vigilancia Epidemiológica, 2020: 2).

Así las cosas, el 14 de marzo de 2020 se dio a conocer que el número de casos confirmados por Covid-19 ascendía a 41 personas (Secretaría de Salud (a), 2020: 2), en cuyo tenor, Esteban Moctezuma, Secretario de Educación Pública informó que las clases presenciales en todos los niveles educativos se suspendían del 23 de marzo al 17 de abril de 2020 (Secretaría de Educación Pública, 2020: s/p).

Habida cuenta de lo anterior, el Estado mexicano reconoció en fecha 24 de marzo de 2020 que se encontraba en fase 2, misma que previamente había sido determinada por la OMS (Consejo General del Instituto Nacional Electoral, 2020: s/p) y en consecuencia, emitió a través de la SSA el acuerdo por el que precisan dos aspectos fundamentales: el reconocimiento que hiciera el CSG de "la epidemia de enfermedad por el virus SARS-CoV2 (COVID-19) en México como una enfermedad grave de atención prioritaria" en fecha 19 de marzo de 2020; y, el establecimiento de medidas preventivas "[...] a] implementar para la mitigación y control de los riesgos para la salud que implica [esta enfermedad]" (Secretaría de Salud (b), 2020: s/p).

El supra mencionado acuerdo de la SSA puntuizó aspectos esenciales que deben tener presente tanto autoridades como gobernados ya que proclama que, por ministerio de la Ley General de Salud, es precisamente la SSA a quien le compete elaborar y realizar en coordinación con instituciones del sector salud y los gobiernos estatales los programas o campañas temporales o permanentes para el control o erradicación como el Covid-19, toda vez que:

[...] en caso de epidemia de carácter grave, peligro de invasión de enfermedades transmisibles, situaciones de emergencia o catástrofe que afecten al país, la dependencia que se refiere el considerando anterior dictará inmediatamente las medidas indispensables para prevenir y combatir los daños a la salud, a reserva de que tales medidas sean después sancionadas por el Presidente de la República. (Secretaría de Salud (b), 2020: s/p)

En este sentido, el acuerdo en referato especifica que las medidas indispensables para prevenir, controlar o erradicar el Covid-19 deben ser dictadas por la SSA a reserva de ser

sancionadas por el titular del Ejecutivo Federal y que, a su vez, los gobiernos estatales trabajarán en coordinación con aquélla, sin que esto implique la adopción de medidas fuera de su esfera competencial.

De tal guisa, el artículo primero del acuerdo de marras señala que las medidas preventivas contra el Covid-19 se encuentran definidas por la Jornada Nacional de Sana Distancia cuyo objetivo estriba en:

[...] El distanciamiento social para la mitigación de la transmisión poblacional de virus SARS-CoV2 (COVID-19), disminuyendo así el número de contagios de persona a persona y por ende el de propagación de la enfermedad, con especial énfasis en grupos vulnerables, permitiendo además que la carga de enfermedad esperada no se concentre en unidades de tiempo reducidas, con el subsecuente beneficio de garantizar el acceso a la atención médica hospitalaria para los casos graves. (Secretaría de Salud (b), 2020: s/p)

El fin ulterior de las medidas preventivas favorece la idea del distanciamiento social como vía para disminuir los contagios por Covid-19, sin que medie adopción de un Estado de excepción, circunstancia que se reafirma en el artículo segundo de este acuerdo, a saber:

- ❖ Evitar la asistencia a centros de trabajo, espacios públicos y otros lugares concurridos, a los adultos mayores de 65 años o más y grupos de personas con riesgo a desarrollar enfermedad grave y/o a morir a causa de ella.
- ❖ Suspensión temporal de las actividades escolares en todos los niveles educativos.
- ❖ Suspensión temporal de las actividades de los sectores público, social y privado que involucren la concentración física, tránsito o desplazamiento de personas.
- ❖ Suspensión temporal de eventos masivos, reuniones y congregaciones de más de 100 personas.
- ❖ Cumplir con las medidas básicas de higiene.
- ❖ Las demás que en su momento se determinen necesarias por la Secretaría de Salud y que serán informadas a la población en general. (Secretaría de Salud (b), 2020: s/p)

Siguiendo este hilo de pensamiento, es dable reconocer que entre las acciones de prevención que hasta ahora se han publicado por parte de la SSA no se aprecia la restricción al libre tránsito bajo amenaza de imponer pena corporal de prisión, ya que, solo la última medida deja abierta la posibilidad de establecer determinaciones adicionales a las enunciadas, las cuales deben ser dadas a conocer.

En esta tesisura, es menester recordar que en fecha 21 de abril de 2020, el Subsecretario de Prevención y Promoción de la Salud, Hugo López Gatell informó que el CSG había aprobado el inicio de la fase 3 en México, hecho que representaba “la existencia de brotes activos y propagación en el territorio con más de mil casos” (Secretaría de Salud (c), 2020: s/p).

Entre las acciones estatales que implicaba la fase 3 de Covid-19 se aprecia la extensión de la Jornada Nacional de Sana Distancia hasta el 30 de mayo de 2020 y, en consecuencia, la ampliación de la suspensión de actividades que no fueran esenciales para el Gobierno de la República.

El Subsecretario de Prevención y Promoción de la Salud sentenció que las medidas que empleen las entidades federativas no pueden ser más laxas que las proclamadas por la autoridad federal, ya que su trabajo es precisamente, hacer cumplir lo dictado por la SSA (Secretaría de Salud (c), 2020: s/p).

Así las cosas, el 14 de mayo de 2020, la SSA publicó en el Diario Oficial de la Federación el acuerdo que estableció la estrategia para la reapertura gradual, ordenada y cauta de las actividades sociales, educativas y económicas; y, un sistema de semáforo por regiones estructurado en cuatro colores: rojo (permite actividades económicas esenciales); naranja (admite aforo reducido de actividades de espacio público en lugar abierto, así como actividades esenciales y no esenciales con operación reducida); amarillo (acepta aforo permitido de actividades de espacio público en lugar abierto y cerrado siendo este último con restricciones; y, consiente todas las actividades económicas); y, verde (no restringe escuelas, espacio público y actividades económicas generales), el cual iniciaría el 1 de junio de 2020 y evaluaría semanalmente el riesgo epidemiológico relacionado con la reapertura de actividades en cada entidad federativa (Secretaría de Salud (d), 2020: s/p).

Lo anterior sentará las bases de la estrategia general de nueva normalidad que permitirá un retorno o la continuidad de las actividades laborales seguro, escalonado y responsable, a partir de la observancia de etapas, donde la primera incluiría a los municipios de la esperanza donde no tuvieran contagios reportados ni vecindad con municipios con contagios -inició el 18 de mayo de 2020-; la segunda abarcaría la ampliación de las actividades esenciales hacia a la minería, transporte y construcción; y, por otro lado, la emisión de los Lineamientos Técnicos de Seguridad Sanitaria en el Entorno Laboral para la reactivación temprana de estos sectores -contemplaría del 18 al 31 de mayo de 2020-; y, la tercera versaría sobre la reapertura socioeconómica, a través de un sistema de semáforo de riesgo epidemiológico semanal por regiones -comenzaría el 1 de junio de 2020- (Secretaría de Salud (e), 2020: s/p).

Llegado este punto, se infiere que la política nacional sanitaria de prevención contra la pandemia del Covid-19 encabezada por el Gobierno Federal no propone la adopción de un Estado de excepción caracterizado por la suspensión de derechos fundamentales sino que apuesta por la concientización de los gobernados para ser responsables y acatar las medidas en el ámbito de sus características individuales en aras de mitigar los efectos de este fenómeno viral que día a día causa estragos a nivel mundial.

## **2. Reminiscencia constitucional de la limitación a la libertad de tránsito en México**

El Estado mexicano ha enfrentado grandes desafíos que poco a poco permitieron el reconocimiento de prerrogativas inherentes a la persona humana, en cuyo caso, es prudente recordar que debido a la reforma al artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los derechos humanos se positivizaron erigiéndose en derechos fundamentales:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

[...]

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad,

interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. (Art. 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos)

Las autoridades del Estado mexicano al tenor de sus ámbitos competenciales tienen la obligación de proteger, respetar, promover y garantizar los derechos fundamentales, cuyo ejercicio solo puede ser restringido o suspendido de acuerdo con lo estipulado por la propia Constitución Federal.

No obstante, es dable sostener que el ejercicio de los derechos fundamentales como la libertad de tránsito puede ser objeto de restricción o suspensión siempre que se actualicen los supuestos normativos plasmados en la propia Ley Suprema (Human Right Watch, 2020: s/p), situación que también se encuentra prevista en el DIDH, pero que en definitiva, no debe prestarse a confusiones entre los límites de ciertas prerrogativas y la restricción o suspensión del ejercicio de derechos previsto en el artículo 29 de la Constitución Federal.

Hecha esta salvedad es menester referir que la protección de derechos fundamentales constituye un aspecto esencial en un Estado de Derecho, sin demeritar que, ante amenazas graves, se deban hacer valer sus límites normativos previamente establecidos en aras de salvaguardar otros.

Lo dicho hasta aquí permite considerar que la salud es un derecho de vital importancia en el ámbito constitucional e internacional, pues se traduce en una obligación irreductible para los Estados:

- ❖ Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución (Art. 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).
- ❖ Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar (Art. 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos).
- ❖ Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (Art. 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).
- ❖ Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social. [...] Con el fin de hacer efectivo el derecho a la salud los Estados Partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público (Art. 10, párrs. 1 y 2 del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador").

En este sentido, se aprecia que la salud además de considerarse como una prerrogativa del gobernado debe ser tratada como un bien público que requiere la generación de políticas públicas que garanticen a cualquier persona el más alto nivel de disfrute.

Avanzando con nuestro razonamiento, se advierte que algunos derechos reconocidos por la Ley Suprema del Estado mexicano tienen parámetros delimitadores que los rigen, verbigracia, la libertad de tránsito, misma que estriba en:

Toda persona tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a

las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país. (Art. 11 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos)

De tal suerte, la libertad de tránsito del gobernado en el territorio mexicano no media exigencia de requisitos como pasaporte, salvoconductos o cartas de seguridad, sin embargo, ello no implica que sea absoluto sino por el contrario, se prevé la subordinación de su ejercicio a las atribuciones de las autoridades judiciales y administrativas siendo estas últimas de vital importancia pues refiere limitaciones sobre leyes de salubridad general.

En consonancia con lo anterior, la interpretación constitucional aquí planteada requiere considerar el texto del artículo 11 en correlación con la redacción del numeral 73 fracción XVI del cuerpo legal en referato:

Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

[...]

XVI. Para dictar leyes sobre nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, naturalización, colonización, emigración e inmigración y salubridad general de la República.

1a. El Consejo de Salubridad General dependerá directamente del Presidente de la República, sin intervención de ninguna Secretaría de Estado, y sus disposiciones generales serán obligatorias en el país.

2a. En caso de epidemias de carácter grave o peligro de invasión de enfermedades exóticas en el país, la Secretaría de Salud tendrá obligación de dictar inmediatamente las medidas preventivas indispensables, a reserva de ser después sancionadas por el Presidente de la República.

3a. La autoridad sanitaria será ejecutiva y sus disposiciones serán obedecidas por las autoridades administrativas del País.

La redacción del texto constitucional en estudio refiere una serie de aspectos que no pueden pasarse por alto:

- ❖ La única autoridad a la que se subordina el CSG es el Presidente de la República.
- ❖ Las disposiciones generales que emita el CSG son obligatorias.
- ❖ Ante la existencia de epidemias graves o peligro de invasión de enfermedades exóticas corresponde obligatoriamente a la SSA la emisión de medidas de prevención que deben ser sancionadas por el Presidente de la República.
- ❖ Las autoridades administrativas del país deben acatar las disposiciones emitidas por el CSG.

Bajo esta óptica se aprecia que, por ministerio de ley, las determinaciones dictadas por el CSG se erigen como obligatorias y, por lo tanto, deben ser obedecidas por las autoridades administrativas, quienes no pueden implementar medidas más laxas ni, por el contrario, invadir esferas competenciales al implementar acciones más rigurosas que las dictadas por los sujetos legitimados constitucionalmente para tal efecto.

En este orden de ideas, el DIDH prevé la restricción de la libertad de tránsito al tenor de puntuales supuestos:

- ❖ El artículo 22.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos estipula que el ejercicio del derecho de circulación y residencia puede ser restringido

siempre que exista una ley que la regule y el fin ulterior estribé en proteger, entre otros, a la salud pública.

- ❖ El numeral 12.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos proclama que la libertad de circulación, residencia y migración solo será objeto de restricción cuando se estipule en la ley, sea necesaria para proteger la salud y a su vez, compatible con los demás derechos reconocidos en el mismo pacto.
- ❖ El arábigo 4 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala que el ejercicio de los derechos solo puede someterse a las limitaciones que estipule la ley en la medida compatible con la naturaleza de esas prerrogativas siempre que se promueva el bienestar general en una sociedad democrática.
- ❖ La cláusula 15 de los Principios de Siracusa sobre las disposiciones de limitación y derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos "Salud Pública" constituye una razón para la procedencia de ciertos derechos en aras de permitir a un Estado esgrimir medidas para atender una grave amenaza a la salud de la población o de alguno de sus miembros.

Los instrumentos internacionales en referencia aluden a la procedencia de la restricción del ejercicio de derechos siempre que sea legitimada por la ley y obedezca a garantizar la protección de otras prerrogativas, entre ellas, la salud.

Sin embargo, no debe pasarse por alto que, de llegararse a decretar un Estado de excepción, dicha determinación deberá colmar los principios generales sobre su imposición y aplicación, verbigracia, estar sometida a principios jurídicos de aplicación general; ser de buena fe, al tenor de una evaluación objetiva de la situación, a fin de determinar el grado de amenaza a la vida de la nación; atender una interpretación restrictiva sobre las disposiciones del pacto que lo permite; sometimiento irrestricto al imperio de la ley; subordinación de todos los procedimientos a los objetivos básicos de los derechos humanos; proscripción de la inobservancia general de las obligaciones internacionales (Principios de Siracusa sobre las disposiciones de limitación y derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1984: s/p), es decir, que la autoridad legitimada para tomar esta decisión deberá justificar su proceder en una evaluación puntual y objetiva de la magnitud de la situación que se enfrenta, así como el impacto en poblaciones específicas o grupos marginados.

Habiendo abordado la limitación constitucional al ejercicio del derecho de libre tránsito, es menester distinguirlo de los supuestos jurídicos tendientes a la restricción y suspensión de derechos fundamentales consagradas en el numeral 29 de la Ley Suprema, en cuyo tenor, resulta esencial puntualizar que el presente estudio no tiene como fin analizar a fondo la figura jurídica de Estado de excepción.

De tal suerte, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos proclama a través de su numeral 29, que el ejercicio de los derechos puede restringirse o suspenderse, circunstancia que hace latente la presencia de un Estado de excepción que en ocasiones se asimila incorrectamente con un Estado de sitio.

El Estado de sitio tuvo su origen en el Derecho Público Francés, a través de la Asamblea de 1791, en la cual, se utilizó el término *état siège* que preceptuaba el sometimiento constitucional de las autoridades y la población civil frente a las autoridades marciales, en cuya virtud, se infiere que el objetivo esencial reside en la suspensión de la libertad personal y sus garantías que favorecieran la detención y el traslado obligado de los individuos durante los conflictos de guerra (Salazar, 2013: 234).

Por su parte, la figura de Estado de excepción se atribuye a la “adquisición de un predominio temporal del Poder Ejecutivo sobre los otros poderes donde adquiere potestades especiales que no posee en una normalidad constitucional” (Salazar, 2013: 231).

De forma semejante, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la suspensión de garantías no debe desvincularse de un escenario de democracia representativa ni mucho menos advertirse en sentido absoluto:

18. [...] no se trata de una ‘suspensión de garantías’ en sentido absoluto, ni de la ‘suspensión de los derechos’ ya que siendo éstos consustanciales con la persona lo único que podría suspenderse o impedirse sería su pleno y efectivo ejercicio.

20. [...] la Corte debe subrayar que, dentro de los principios que informan el sistema interamericano, la suspensión de garantías no puede desvincularse del ‘ejercicio efectivo de la democracia representativa’ a que alude el artículo 3 de la Carta de la OEA. [...] La suspensión de garantías carece de toda legitimidad cuando se utiliza para atentar contra el sistema democrático, que dispone límites infranqueables en cuanto a la vigencia constante de ciertos derechos esenciales de la persona. (CIDH, 1987: 7)

Ante lo esgrimido es dable señalar que la titularidad de derechos no es susceptible de ser restringida o suspendida pues las prerrogativas son inherentes a la persona por su sola condición humana, por tanto, lo único que puede resentir dicha afectación es el ejercicio del propio derecho.

Amén de lo anterior, resulta advertible que la restricción o suspensión del ejercicio de derechos determinada en el numeral 29 de la Constitución Federal no corresponde a un Estado de sitio ya que no se prevé la subordinación de las autoridades civiles y gobernados ante las autoridades marciales, sino por el contrario, se circscribe a los siguientes puntos:

- ❖ Los supuestos que la motivan son la invasión, perturbación grave de la paz pública o de cualquier otro que ponga a la sociedad en peligro o conflicto.
- ❖ La única autoridad que podrá restringir o suspender en todo el país o área geográfica con aprobación del Congreso de la Unión o la Comisión Permanente cuando éste no se encuentre reunido es el Presidente de la República.
- ❖ La restricción o suspensión del ejercicio de derechos y garantías solo recaerá en aquéllas que constituyan un obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación que la motivó.
- ❖ La restricción o suspensión del ejercicio de derechos debe hacerse por un tiempo determinado, mediante prevenciones generales y sin que se contraiga a una determinada persona.
- ❖ Hallándose reunido el Congreso de la Unión concederá las autorizaciones necesarias para que el Ejecutivo Federal enfrente la situación, sin embargo, si aquél se

encuentra en receso se le convocará inmediatamente para que acuerde lo procedente.

- ❖ La restricción o suspensión del ejercicio de derechos debe estar fundada y motivada en los términos de la Constitución Federal, sin perjuicio de ser proporcional al peligro enfrentado.
- ❖ En todo momento se deben observar los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación.
- ❖ No podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.
- ❖ La restricción o suspensión del ejercicio de derecho finalizará si se vence el plazo o lo decreta el Congreso de la Unión, sin que el Ejecutivo Federal pueda hacer observaciones a este último.
- ❖ Durante la restricción o suspensión del ejercicio de derechos será la Suprema Corte de Justicia de la Nación la que revise y se pronuncie con inmediatez sobre los decretos que emita el Ejecutivo Federal (Art. 29 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

El artículo 29 constitucional ofrece aspectos medulares sobre el procedimiento a seguir para que pueda restringirse (limitarse parcialmente los derechos sin llegar a la suspensión total), o suspenderse (vedarse totalmente los derechos con excepción de los prohibidos constitucionalmente), lo cual implica que el Presidente de la República con aprobación del Congreso de la Unión sea quien lo esgrima, sin dejar de lado, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación deberá analizar la constitucionalidad de los decretos que se emitan durante ese periodo, motivo por el que se avista que hasta el momento, no es posible hablar de un Estado de excepción con motivo de la pandemia Covid-19, ya que no se han actualizado los supuestos jurídicos de mérito.

### **3. El ardid de la limitación coercitiva al ejercicio de libre tránsito en México como política sanitaria contra el Covid-19**

El Estado como garante de los derechos fundamentales de los gobernados debe esgrimir acciones tendientes a proteger la convivencia humana sin rebasar los límites establecidos en su Constitución Federal y los instrumentos jurídicos inherentes al DIDH. De tal suerte, en el marco de la pandemia por Covid-19 en México, el CSG es la única autoridad legitimada para limitar el ejercicio del derecho al libre tránsito, circunstancia que previamente se distinguió del procedimiento inherente al artículo 29 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Amén de lo anterior, el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sostenido que la restricción o suspensión de derechos humanos requiere de la acreditación de ciertos requisitos entre los que destacan: la aplicación basada en la ley con límites establecidos; la búsqueda del interés general; y, el pleno ajuste con el propósito de su emisión.

Así las cosas, la Subsecretaría de Derechos Humanos, Población y Migración (SDHPM) dependiente de la Secretaría de Gobernación ha puntualizado que:

Si bien la reducción de la movilidad de las personas es el objetivo prioritario de la Jornada Nacional de Sana Distancia, imponer la obligatoriedad del resguardo domiciliario mediante el uso de la fuerza pública es una medida lesiva, desproporcional, puede ocasionar abusos de autoridad y no corresponde al objetivo de salvaguardar la salud pública. Además, según la distribución de competencias, únicamente puede dictarla el Consejo de Salubridad General, no los estados o municipios. (2020: 4)

En este mismo orden de ideas, es dable inferir que la política nacional sanitaria contra el Covid-19 no ha incorporado el uso de la fuerza pública como mecanismo para asegurar el resguardo domiciliario y, por el contrario, apostó por la concientización de la población para evitar una mayor exposición a este virus.

Por su parte, resulta destacable la postura de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre la necesidad de cumplimentar los requisitos de naturaleza formal y material que validen la restricción o en su caso, la suspensión del ejercicio de derechos humanos como la libertad de tránsito, a saber:

- ❖ Formales:
  - Establecimiento de las medidas en una ley formal y material (principio de reserva de ley) que persiga el interés general o público.
  - Se garantice los derechos de igualdad y seguridad jurídica.
- ❖ Material:
  - Se supere un test de proporcionalidad en que se verifique:
    - La necesidad de las medidas.
    - Persecución de un interés o finalidad constitucionalmente legítima.
    - Las medidas sean razonables y ponderables en el marco de una sociedad democrática. (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013: 557)

En atención a lo dispuesto por el Máximo Tribunal Constitucional es dable considerar que, si bien la Ley Fundamental y los tratados internacionales en materia de derechos humanos reconocen que la protección de la salud se privilegia sobre la libertad de tránsito, ello no implica que la necesidad de las medidas de limitación coercitiva sobre el ejercicio de esta prerrogativa para garantizar el resguardo domiciliario proclamado por las autoridades locales sea razonable y ponderable ya que resultan más restrictivas que las directrices esgrimidas por el CSG -las cuales son obligatorias para todas las autoridades administrativas del país-, quien por ministerio del artículo 73, fracción XVI de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se erige como la autoridad legitimada para emitir una restricción sobre el derecho de mérito -previa sanción del Ejecutivo Federal-.

Por su parte, el Subsecretario de Prevención y Promoción de la Salud, Hugo López Gatell, ha declarado que las medidas de intervención de salud pública en México no involucran la

coerción a las personas en su individualidad como vía de acato al llamado de la Jornada Nacional de Sana Distancia:

[...] De acuerdo lo que ocurrió en los países europeos en donde usó la fuerza pública como un mecanismo de coerción para inducir a que los ciudadanos se quedaran en casa, desde el principio nos pareció inconveniente en México, lo hemos dicho, lo seguimos diciendo, aun en este momento de mayor transmisión, no tenemos plan alguno de militarizar la respuesta de salud pública, no se va a implantar toques de queda, estados de excepción ni se va a usar la fuerza pública como mecanismos de coerción.

Las intervenciones de salud pública que diseñó el Gobierno de México fueron cuidadosamente analizadas para que restringieran las actividades que hacen que las personas salgan de casa.

Una persona en general puede salir por muchas razones de la casa, pero hay tres que son las principales: trabajo, escuela o recreación. (Presidencia de la República, 2020: s/p)

Bajo esta tesis, las autoridades estatales y municipales deben alinear sus acciones a las medidas de intervención de salud pública dictadas por el CSG ya que, de acuerdo con la distribución de competencias, aquellas no están legitimadas para decretar medidas más restrictivas sobre el ejercicio de la libertad de tránsito como el uso de fuerza pública para garantizar el resguardo domiciliario.

Con base en lo anterior, se infiere que el ejercicio de libre tránsito puede restringirse siempre que sea dictado por las autoridades legitimadas constitucionalmente y “se comprueben debidamente los motivos en que se funda la restricción” (Suprema Corte de Justicia de la Nación (a), 1924: 111), en cuya virtud, la autoridad local no es competente para emitir determinaciones de esta naturaleza puesto que:

[...] las medidas impuestas con el uso de la fuerza no cumplen con los requisitos de proporcionalidad, propician actos de abuso de autoridad y pueden tener efectos graves sobre el abasto de alimentos y medicinas; el acceso a servicios públicos, como seguridad y saneamiento, y en las cadenas de suministros de insumos esenciales de salud. (Subsecretaría de Derechos Humanos, Población y Migración, 2020: 4)

Al respecto, el numeral 11.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos señala que el principio de legalidad es la base de la imputación penal, sin embargo, las autoridades deben estar legitimadas para determinar la imposición de sanciones frente a conductas que sean antijurídicas y en última instancia, delictivas.

Habría que decir también que la SDHPM refirió que diversos gobiernos estatales y municipales implementaron una serie de medidas que se extralimitan a las proclamadas por el CSG, entre las que se encuentran:

El establecimiento de un mal llamado ‘Toque de queda’ en al menos 31 municipios de 11 estados al 22 de abril: Guerrero, Michoacán, Quintana Roo, Yucatán, Jalisco, Baja California, Sonora, Chihuahua, Morelos, Coahuila y Nuevo León.

El gobierno del estado de Sonora anunció desde el 13 de abril el programa ‘Quédate en casa obligatorio fase 2’, como acuerdo del Consejo Estatal de Salud, imponiendo multas a las personas por incumplir el confinamiento obligatorio y facultando a las corporaciones policiales a arrestar con uso de la fuerza pública a las personas. Además, 11 municipios del estado han decretado ‘toque de queda’ en distintos horarios.

Los gobiernos de Michoacán y Jalisco decretaron el aislamiento obligatorio, señalando sanciones como multas, arrestos y trabajo comunitario a la persona que lo incumpla, lo que puede llevar al uso desmedido y arbitrario de la fuerza pública. (2020: 4)

De acuerdo con la teoría relativa o utilitarista de la pena en su dimensión de prevención general negativa, se aprecia que la intimidación es una forma en que el Estado evita que la población cometa alguna conducta delictiva, situación que va de la mano con la idea del control como función principal del Derecho Penal (Contreras, 2011: 36), sin embargo, no debe olvidarse que toda acción vertida por la autoridad debe basarse en el principio de legalidad.

Entre las medidas de prevención esgrimidas por las autoridades estatales y municipales registradas por la SDHPM, sobresalen las relativas a Jalisco, Michoacán y Yucatán.

Así las cosas, la imposición de medidas de prevención sanitaria como el resguardo domiciliario obligatorio para “personas mayores de 60 años, mujeres embarazadas, con puerperio inmediato, personas con padecimientos de hipertensión arterial, diabetes mellitus, enfermedades cardíacas o pulmonar crónica, inmunosupresión, o insuficiencia renal o hepática” (Gobierno del Estado de Jalisco, 2020: 5), que involucran sanciones administrativas como la privación de la libertad mediante arresto de hasta treinta y seis horas (Gobierno del Estado de Jalisco, 2020: 4); o bien, el “arresto de hasta treinta y seis horas sin opción de permuto a trabajo comunitario” (Gobierno Constitucional del Estado de Michoacán de Ocampo, 2020: 4) que prevé el Estado de Michoacán a quien incumpla o se resista a las órdenes de la autoridad competente dictadas mediante decreto que declara el aislamiento obligatorio constituyen una invasión de esferas competenciales con la Federación y en consecuencia, involucran un desajuste con las directrices impulsadas por la autoridad legitimada constitucionalmente para atender la actual pandemia de coronavirus.

Aunado a lo esgrimido, puede destacarse el abordaje de prevención de Covid-19 en Yucatán, toda vez que sin miramientos el Gobernador de dicha entidad federativa, Mauricio Vila declaró vía Twitter que:

No permitiremos que la salud de la población yucateca se ponga en riesgo, es por eso que a la persona que presente los síntomas o haya sido diagnosticada con el Coronavirus y no acate las medidas de aislamiento para evitar el contagio, se le podrá imponer un castigo ... (1/2). (Vila, 2020: s/p)

[...]

de hasta 3 años de cárcel y además podrá ser acreedora a una multa de hasta \$86,800. Esto bajo las sanciones que contemplan el Código Penal y La Ley de Salud de #Yucatán. ¡Prevenir es tarea de todos! #QuédateEnCasa # UnidosComoUnoSolo (2/2). (Vila (a), 2020: s/p)

El posicionamiento estatal refiere la imposición de sanciones a quienes no acaten el resguardo domiciliario y presenten síntomas o hayan sido diagnosticadas con Covid-19, circunstancia que se antoja delicada en virtud, del señalamiento intimidatorio a quienes presenten síntomas aun sin poseer un resultado clínico que confirme el padecimiento de mérito.

Hecha esta salvedad, es pertinente invocar el tipo penal de peligro de contagio consagrado en el numeral 189 del Código Penal de Yucatán:

A quien sabiendo que está enfermo de un mal venéreo o de alguna enfermedad grave, transmisible en período infectante y de manera dolosa tenga cópula o por cualquier otro medio directo ponga en peligro de contagio la salud de otras personas, se le impondrá prisión de tres meses a tres años y además podrá ser recluido en un hospital.

De acuerdo con la clasificación de daño que causa este tipo penal se puede ubicar en la categoría de peligro, ya que la conducta del agente coloca en riesgo al bien jurídico tutelado, aunque no cause lesión.

Asimismo, se destacan los siguientes aspectos del tipo penal de mérito: (I) Elemento subjetivo específico “sabiendo que está enfermo de un mal venéreo o de alguna enfermedad grave”, ya que implica tener el conocimiento concreto de padecer una enfermedad de tal naturaleza; (II) Existencia de un periodo infectante de transmisión; (III) La forma o medio de ejecución será a través de “cópula o cualquier otro medio directo”; y, (IV) El núcleo del tipo estriba en poner “en peligro de contagio la salud de otras personas”.

La existencia de resultados clínicos para detectar la presencia de Covid-19 en el organismo de las personas constituye un presupuesto necesario que concatenado con los demás elementos objetivos y subjetivos del tipo penal de peligro de contagio permitirían la actualización de la conducta punible, a fin de imponer sanciones, sin embargo, el hecho de emitir un mensaje como autoridad estatal tendiente a fomentar la coacción como vía para garantizar el resguardo domiciliario de quienes presenten síntomas evidencia acciones gubernamentales que exceden las directrices marcadas por el CSG, quien por disposición constitucional, se encuentra legitimado para dictar las medidas obligatorias a las que deben ceñirse las autoridades administrativas del país.

En consonancia con lo anterior, Amnistía Internacional sostiene que “las medidas de corte coercitivo suelen afectar de forma desproporcionada a comunidades que viven en la pobreza y a colectivos marginados o con riesgo de sufrir discriminación” (Guevara, 2020: s/p), en razón de lo cual, es dable recordar que el Estado mexicano tiene una marcada pluralidad de condiciones socioeconómicas que provocan la inviabilidad de la aplicación de medidas extremas como el empleo del Derecho Penal para prevenir o controlar contagios en la población, sin dejar de lado, la invasión de atribuciones en que incurren las autoridades estatales y municipales al decretar acciones que constitucionalmente corresponden al CSG o en su caso, al Presidente de la República.

## **Conclusiones**

La pandemia de Covid-19 representa un desafío para la comunidad mundial pues implica la toma de decisiones por parte de los Estados para afrontar esta amenaza, sin embargo, deben destacarse las pautas normativas que engarzan la protección del derecho humano a la salud para evitar la implementación de acciones arbitrarias que adolezcan de un sustento jurídico a nivel nacional e internacional.

Habida cuenta de lo anterior, se aprecia que el ejercicio de los derechos humanos solo puede ser suspendido o restringido por la autoridad legitimada por ministerio de ley para tal efecto y que, a su vez, existen casos puntuales como el libre tránsito que tienen un límite de acuerdo con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y el DIDH.

El CSG impulsó la Jornada Nacional de Sana Distancia como política sanitaria contra el Covid-19, en la que, instruyen las directrices de intervención pública a las autoridades estatales y municipales, a fin de que coadyuven sin exceder su ámbito competencial, no obstante, es dable advertir que éstas han implementado acciones más restrictivas en su

afán de consolidar una estrategia de prevención epidemiológica, entre las que sobresale, el uso de la coerción para garantizar el resguardo domiciliario obligatorio sin que medie legitimación en su proceder.

Finalmente, resulta necesario precisar que el Estado mexicano no ha decretado el uso de la fuerza pública contra la población o el establecimiento de un Estado de excepción como medida de control social para atender la pandemia de Covid-19, sin embargo, debe hacer cesar los excesos en que incurren los gobernadores y alcaldes en virtud del espíritu garantista proclamado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

### Fuentes de consulta

CIDH. (1987). *Opinión consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. El habeas corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. San José de Costa Rica: CIDH. Recuperado de [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_08\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf)

Código Penal de Yucatán.

Comité Nacional para la Vigilancia Epidemiológica. (2020). *Aviso Epidemiológico CONAVE /09/ 2020/COVID-19 del 6 de abril de 2020*. México: Comité Nacional para la Vigilancia Epidemiológica. Recuperado de [https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/545445/AE\\_Enfermedad\\_COVID-19\\_SARS-CoV-2\\_2020.04.06.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/545445/AE_Enfermedad_COVID-19_SARS-CoV-2_2020.04.06.pdf)

Consejo General del Instituto Nacional Electoral. (2020). *ACUERDO del Consejo General del Instituto Nacional Electoral por el que se determina como medida extraordinaria la suspensión de plazos inherentes a las actividades de la función electoral, con motivo de la contingencia sanitaria derivada de la pandemia del coronavirus, COVID-19*. México: Diario Oficial de la Federación. Recuperado de [http://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5590949&fecha=01/04/2020&print=true](http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5590949&fecha=01/04/2020&print=true)

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Contreras, López, R. E. (2011). *Lecciones de Derecho Penal*. 2<sup>a</sup> ed. México: Códice.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. (22 de noviembre de 1969). OEA. “Pacto San José de Costa Rica”. San José de Costa Rica.

Declaración Universal de los Derechos Humanos (10 de diciembre de 1948).

Gobierno Constitucional del Estado de Michoacán de Ocampo. (2020). *Decreto por el que se declara el aislamiento obligatorio ante la pandemia del virus SARS-COV-2 (Covid-19)*. Periódico Oficial del Gobierno Constitucional del Estado de Michoacán de Ocampo. 20 de abril de 2020. Tomo CLXXIV. México. Recuperado de <http://www.periodicooficial.michoacan.gob.mx/download/2020/abril/20/7a-9320.pdf.pdf>

Gobierno de México. (2020). *Lineamiento general para la mitigación y prevención de COVID-19 en espacios públicos abiertos*. México: Gobierno de México. Recuperado de [https://coronavirus.gob.mx/wp-content/uploads/2020/04/Lineamiento\\_Espacios\\_Abiertos\\_07042020.pdf](https://coronavirus.gob.mx/wp-content/uploads/2020/04/Lineamiento_Espacios_Abiertos_07042020.pdf)

Gobierno del Estado de Jalisco. (2020). *Acuerdo del Ciudadano Gobernador Constitucional del Estado Libre y Soberano de Jalisco, mediante el cual se emiten diversas medidas de seguridad sanitaria para el aislamiento social, de carácter general y obligatorio, con motivo de la pandemia Covid-19*. El Estado de Jalisco. Periódico Oficial. 19 de abril de 2020. Tomo CCCXCVII. México. Recuperado de <https://periodicooficial.jalisco.gob.mx/sites/periodicooficial.jalisco.gob.mx/files/04-19-20-bis.pdf>

Guevara Rosas, E. (2020). *El falso dilema entre los derechos humanos y el control del COVID-19*. México. Recuperado de <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2020/04/falso-dilema-entre-derechos-humanos-y-control-covid19/>

Human Right Watch. (2020). *Dimensiones de derechos humanos en la respuesta al COVID-19*. New York. Recuperado de <https://www.hrw.org/es/news/2020/03/31/dimensiones-de-derechos-humanos-en-la-respuesta-al-covid-19>

Horcajada, J. P. y Padilla, B. (2013). *Endemia y epidemia. Investigación de un brote epidémico nosocomial*. En Enfermedades infecciosas y microbiología clínica. Vol. 31. Núm. 3. Pp. 181-186. Recuperado de [https://www.seimc.org/contenidos/documentoscientificos/eimc/seimc\\_eimc\\_v31n03p181a186.pdf](https://www.seimc.org/contenidos/documentoscientificos/eimc/seimc_eimc_v31n03p181a186.pdf)

Martínez Soria, J.; Torres Ramírez, M. C.; y, Orozco Rivera, E. D. (2020). *Documento de trabajo. Características, medidas de política pública y riesgos de la pandemia del Covid-19*. México: Instituto Belisario Domínguez del Senado de la República. Pp. 1-23. Recuperado de <http://bibliodigitalbd.senado.gob.mx/bitstream/handle/123456789/4816/Covid19%20%28doc%20de%20trabajo%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Organización Mundial de la Salud. (2010). *¿Qué es una epidemia?* Recuperado de [https://www.who.int/csr/disease/swineflu/frequently\\_asked\\_questions/pandemic/es/](https://www.who.int/csr/disease/swineflu/frequently_asked_questions/pandemic/es/)

Organización Mundial de la Salud. (2020). *COVID-19: cronología de la actuación de la OMS*. Recuperado de <https://www.who.int/es/news-room/detail/27-04-2020-who-timeline---covid-19>

Organización Mundial de la Salud. (a). (2020). *Preguntas y respuestas sobre la enfermedad por coronavirus (COVID-19)*. Recuperado de <https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses>

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (16 de diciembre de 1966). ONU. Nueva York. E.U.A.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (16 de diciembre de 1966). ONU. Nueva York. E.U.A.

Presidencia de la República. (2020). *Versión estenográfica. Conferencia de prensa. Informe diario sobre coronavirus COVID-19 en México del 4 de mayo de 2020*. México: Presidencia de la República. Recuperado de <https://www.gob.mx/presidencia/articulos/version-estenografica-conferencia-de-prensa-informe-diario-sobre-coronavirus-covid-19-en-mexico-241579?idiom=es>

Principios de Siracusa sobre las disposiciones de limitación y derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos- Naciones Unidas. Nueva York. 24 de agosto de 1984.

Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador".

Salazar Ugarte, P. (2013). "Estado de excepción, suspensión de derechos y jurisdicción". En Ferrer McGregor, E.; Caballero Ochoa, J. L.; y, Steiner, C. (Coords.). *Derechos humanos en la Constitución. Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*. México: UNAM, SCJN, Konrad Adenauer Stiftung. Pp. 231-257. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3567/13.pdf>

Secretaría de Salud. (2020). *Comunicado Técnico Diario Covid-19. 2020.05.30*. México: Secretaría de Salud. Pp. 1-2. Recuperado de [https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/554970/Comunicado\\_Tecnico\\_Diario\\_COVID-19\\_2020.05.30.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/554970/Comunicado_Tecnico_Diario_COVID-19_2020.05.30.pdf)

Secretaría de Salud. (a). (2020). *Comunicado Técnico Diario Covid-19. 2020.03.14*. México: Secretaría de Salud. Pp. 1-2. Recuperado de

[https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/541491/Comunicado\\_Tecnico\\_Diario\\_COVID-19\\_2020.03.14.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/541491/Comunicado_Tecnico_Diario_COVID-19_2020.03.14.pdf)

Secretaría de Salud. (b). (2020). *ACUERDO por el que se establecen las medidas preventivas que se deberán implementar para la mitigación y control de los riesgos para la salud que implica la enfermedad por el virus SARS-CoV2 (COVID-19)*. México: Diario Oficial de la Federación. Recuperado de [https://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5590339&fecha=24/03/2020](https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5590339&fecha=24/03/2020)

Secretaría de Salud. (c). (2020). *Inicia la fase 3 por COVID-19*. México: Secretaría de Salud. Recuperado de <https://www.gob.mx/salud/prensa/110-inicia-la-fase-3-por-covid-19>

Secretaría de Salud. (d). (2020). *ACUERDO por el que se establece una estrategia para la reapertura de las actividades sociales, educativas y económicas, así como un sistema de semáforo por regiones para evaluar semanalmente el riesgo epidemiológico relacionado con la reapertura de actividades en cada entidad federativa, así como se establecen acciones extraordinarias*. México: Diario Oficial de la Federación. Recuperado de [www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5593313&fecha=14/05/2020](https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5593313&fecha=14/05/2020)

Secretaría de Salud. (e). (2020). *ACUERDO por el que se establecen los Lineamientos Técnicos Específicos para la Reapertura de las Actividades Económicas*. México: Diario Oficial de la Federación. Recuperado de [https://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5594138&fecha=29/05/2020](https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5594138&fecha=29/05/2020)

Secretaría de Educación Pública. (2020). *ACUERDO número 02/03/20 por el que se suspenden las clases en las escuelas de educación preescolar, primaria, secundaria, normal y demás para la formación de maestros de educación básica del Sistema Educativo Nacional, así como aquellas de los tipos medio superior y superior dependientes de la Secretaría de Educación Pública*. México: Diario Oficial de la Federación. Recuperado de [https://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5589479&fecha=16/03/2020](https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5589479&fecha=16/03/2020)

Subsecretaría de Derechos Humanos, Población y Migración. (2020). *Observaciones sobre Violaciones a Derechos Humanos durante la Contingencia Sanitaria por COVID-19*. México: Secretaría de Gobernación. Pp. 1-18. Recuperado de [https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/549001/OBSERVACIONES\\_SOBRERIVOLACIONES\\_A\\_DERECHOS\\_HUMANOS\\_DURANTE\\_LA\\_CONTINGENCIA\\_SANITARIA\\_POR\\_COVID-19\\_\\_2\\_.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/549001/OBSERVACIONES_SOBRERIVOLACIONES_A_DERECHOS_HUMANOS_DURANTE_LA_CONTINGENCIA_SANITARIA_POR_COVID-19__2_.pdf)

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (1924). *Derecho de tránsito*. Tesis s/n. Pleno. Quinta Época. Tomo XIV. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2013). *Derechos humanos. Requisitos para restringirlos o suspenderlos conforme a los artículos 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Tesis 1a. CCXV/2013 (10a.). Primera Sala. Décima Época. Libro XXII. Julio de 2013. Tomo 1. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Vila Dosal, M. [@MauVila]. (29 de marzo de 2020). “No permitiremos que la salud de la población yucateca se ponga en riesgo, es por eso que a la persona que presente los síntomas o haya sido diagnosticada con el Coronavirus y no acate las medidas de aislamiento para evitar el contagio, se le podrá imponer un castigo ...”. 5:25 pm., [Tuit]. Twitter. <https://twitter.com/MauVila/status/1244405294874099718> Recuperado el 30 de mayo de 2020.

Vila Dosal, M. (a). [@MauVila]. (29 de marzo de 2020). “... de hasta 3 años de cárcel y además podrá ser acreedora a una multa de hasta \$86,800. Esto bajo las sanciones que contemplan el Código Penal y La Ley de Salud de #Yucatán. ¡Prevenir es tarea de todos! #QuédateEnCasa # UnidosComoUnoSolo (2/2)”. 5:25 pm., [Tuit]. Twitter. <https://twitter.com/MauVila/status/1244405297176854531> Recuperado el 30 de mayo de 2020.

## Teletrabajo: modalidad en expansión\*

Josefa Montalvo Romero\*\*

**RESUMEN:** El presente artículo tiene como objeto de estudio la viabilidad del teletrabajo como una alternativa ante las situaciones globales de salud que vivimos. Caracterizado por la deslocalización del trabajo y el uso de tecnologías de la información y comunicación, la adaptación de este modelo de trabajo supone la posibilidad de alcanzar ventajas para todas las partes integrantes de la relación de trabajo y para la sociedad en general, desde la productividad y la flexibilidad laboral a la motivación y la satisfacción. Sin embargo, presenta retos importantes en materia de seguridad laboral y salud ocupacional que deben resolverse. En términos generales, el cómo se ha encarado la temática regulatoria y normativa no ha ido más allá de la extensión de disposiciones legislativas existentes de trabajo a domicilio hacia el teletrabajo, dejando vacíos temáticos en cuanto a relaciones sindicales, a riesgos domésticos y laborales en el hogar y a costos vinculados a la tecnología.

**Palabras clave:** Teletrabajo, Tecnologías, Flexibilidad, Seguridad.

**SUMARIO:** Introducción. 1. Que entender por Teletrabajo. 2. El Teletrabajo en España, Chile y Colombia. 3. Factores para su implementación. Reflexión final. Fuentes de Consulta.

**ABSTRACT:** The purpose of this article is the feasibility of telework as an alternative to the global situations we live in. Characterized by the relocation of work and the use of information and communication technologies, the adaptation of this working model implies the possibility of achieving advantages for all the integral parts of the working relationship and for society at large, from productivity and work flexibility to motivation and satisfaction. However, it presents significant occupational safety and occupational health challenges that need to be addressed. Overall, how the regulatory and regulatory issues have been addressed has not gone beyond the extension of existing home-working legislative provisions towards telework, leaving thematic gaps in trade union relations, domestic and labour risks at home and technology-related costs.

**Keywords:** Telework, Technologies, Flexibility, Security.

\* Artículo recibido el 7 de mayo de 2020 y aceptado para su publicación el 9 de junio de 2020.

\*\* Doctora en Derecho, Investigadora del Centro de estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad de la Universidad Veracruzana, Docente de las Facultades de Derecho y Ciencias Administrativas y Sociales de la UV, Profesor con Perfil Prodep. fmONTALVO@uv.mx

## Introducción

La transformación de los entornos laborales en ambientes virtuales es hoy una realidad en todo el mundo. Los acontecimientos de los últimos meses en materia sanitaria nos han enseñado que las relaciones de trabajo deben visualizarse desde otra perspectiva. La opción que analizamos en esta ocasión es el teletrabajo.

En este sentido, la modalidad del trabajo a distancia ha propiciado un cambio en las relaciones laborales, permitiendo a los empleados tener control sobre su tiempo y sus objetivos, y brindando a las organizaciones mayor productividad derivada del aumento en la calidad de vida de los trabajadores gracias al teletrabajo. Aquí analizamos como pasa de ser una modalidad de excepción para el trabajo a ser una opción prioritaria de hacerlo. Para ello partimos de conocer lo que se entiende por Teletrabajo y su recepción conceptual en nuestro país.

En materia comparada, son varias las experiencias en este sentido, nosotros tomamos como ejemplo a España, Chile y Colombia, por presentar características de desarrollo social y/o tecnológico similares a nuestro país. En este sentido, se estudiará el Teletrabajo en su aspecto legislativo.

Posteriormente tratamos de determinar las condiciones idóneas para su implementación sin dejar de señalar los riesgos que también se corren y algunos factores, como la salud ocupacional del trabajador, que requieren ser tomados en cuenta. Finalmente realizamos una reflexión final vislumbrando el futuro del teletrabajo.

### 1. Qué entender por Teletrabajo

El teletrabajo está ligado de manera inherente a las TIC ya que son las que dan cabida a que se puedan realizar las tareas fuera del entorno organizacional. Esta nueva modalidad laboral viene desarrollada por la evolución en el contexto de la Sociedad de la Información, permitiendo el acceso universal a la información, infraestructuras y tecnologías, entre otras (Agudo, 2014: 174).

Las primeras referencias al término teletrabajo se remontan a los años 70, cuando el físico Jack Nilles (1976: 4) buscaba formas de ahorro energético, y abogaba por el trabajo a distancia haciendo uso de las entonces incipientes tecnologías de la comunicación. Su idea era llevar el trabajo al trabajador y no el trabajador al trabajo.

Para García Palomino (2013: 173) el teletrabajo consta de cuatro etapas: primera etapa en los años setenta (crisis del petróleo), segunda etapa en los años ochenta (aparición de la computadora), tercera etapa en los años noventa (auge Internet), y la cuarta y última etapa a partir del siglo XXI coincidiendo con la llegada de las tabletas, móviles, y la virtualización de escritorios.

Posteriormente, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en su convenio 177 sobre el trabajo a domicilio de 1996, lo define como el trabajo que una persona, designada como trabajador a domicilio, realiza:

- en su domicilio o en otros locales que escoja, distintos de los locales de trabajo del empleador;
- a cambio de una remuneración;

- con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones del empleador, independientemente de quién proporcione el equipo, los materiales u otros elementos utilizados para ello. (OIT, 1996)

Inicialmente se pensó que el teletrabajo podría equipararse al trabajo a domicilio, el cual es definido en nuestro país por la Ley Federal del Trabajo en su artículo 311 como “aquel que se ejecuta habitualmente para un patrón, en el domicilio del trabajador o en un local libremente elegido por el sin vigilancia ni dirección inmediata de quien proporciona el trabajo”.

Con la reforma del 2012 a la Ley Federal del Trabajo se adicionó un segundo párrafo a este artículo donde se destaca que el trabajo realizado utilizando tecnologías de la información y la comunicación también es considerado trabajo a domicilio.

Sin embargo, la conceptualización legal expuesta queda limitada al solo intercambio de materiales cuantificables que no incluyen las actividades especializadas realizadas con conocimientos tecnológicos que implica el teletrabajo.

El Teletrabajo es definido por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), como una forma de trabajo en la cual, el mismo se realiza en “una ubicación alejada de una oficina central o instalaciones de producción, separando así al trabajador del contacto personal con colegas de trabajo que estén en esa oficina y la nueva tecnología hace posible esta separación facilitando la comunicación” (OIT, 2006).

Más allá de la definición, el teletrabajo se entiende a partir de sus características como:

1. Una actividad laboral que se lleva a cabo fuera de la organización en la cual se encuentran centralizados todos los procesos.
2. La utilización de tecnologías para facilitar la comunicación entre las partes sin necesidad de estar en un lugar físico determinado para cumplir sus funciones.
3. Un modelo organizacional diferente al tradicional que replantea las formas de comunicación interna de la organización y en consecuencia genera nuevos mecanismos de control y seguimiento a las tareas.

Por otro lado, el fundamento para hacer posible esta modalidad de trabajo, lo podemos ubicar en el artículo 6º de nuestra Constitución Federal, que en uno de sus párrafos señala la obligación del Estado de garantizar el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e internet.

En este contexto, el 9 de junio del 2019 la Cámara de Senadores aprobó la iniciativa de decreto<sup>1</sup> por la que se modifica el artículo 311 de la Ley Federal del Trabajo y se define al teletrabajo. La redacción propuesta es la siguiente:

Artículo 311.- Trabajo a domicilio es la que se ejecuta habitualmente para un patrón, en el domicilio del trabajador o en un local libremente elegido por él. Sin vigilancia ni dirección inmediata de quien proporciona el trabajo. Si el trabajo se ejecuta en condiciones distintas de las señaladas en este artículo se regirá por las disposiciones generales de esta ley. (2019)

---

<sup>1</sup> La Iniciativa establece que el teletrabajo supone varios desafíos que debe enfrentar relacionados con las tecnologías de la información o inclusive con servicios financieros. En este momento la iniciativa se encuentra pendiente de trámite en la Cámara de Diputados.

Como vemos se elimina el párrafo que hacía referencia al uso de las tecnologías de la información.

El concepto de teletrabajo se incluye de la siguiente manera:

Artículo 330-A.- Será considerado como teletrabajo a la forma de organización laboral que consiste en el desempeño de actividades remuneradas, sin requerirse la presencia física del trabajador en un sitio específico de trabajo y utilizando como soporte las tecnologías de la información y la comunicación para el contacto entre el trabajador y empleador.

Para fines de esta ley, el teletrabajador es la persona que en el marco de la relación laboral utiliza las tecnologías de la información y comunicación como medio o fin para realizar su actividad laboral fuera del local del empleador. (2019)

Sin embargo, no todo es tan claro, el teletrabajo en los sectores de las TIC y de los servicios financieros puede plantear una serie de retos específicos para el sector y en materia de trabajo decente, también en lo que respecta a la ciberseguridad, la privacidad o la exposición a información confidencial (Foro de Dialogo OIT: 2016).

Es indispensable que en este tipo de trabajo las condiciones sobre las que se realizará queden establecidas lo más clara posible en el convenio o contrato de trabajo. Especial atención habrá que poner a los acuerdos sobre la solicitud, supervisión y entrega del trabajo, ya que en estas actividades el elemento de subordinación tiende a difuminarse.

No debemos perder de vista que esta modalidad de trabajo no debe implicar renuncia o menoscabo de los derechos laborales para el trabajador. Se deben buscar los mecanismos que garanticen un trabajo decente y de igualdad de trato en cuanto a remuneración, capacitación, formación, seguridad social, acceso a mejores oportunidades laborales y todas las condiciones de que gozan los trabajadores presenciales que prestan sus servicios en la sede de la empresa y que son protegidos por la Ley Federal del Trabajo.

El teletrabajo se ha estado adaptando a diseños organizativos más o menos jerárquicos, burocráticos o tayloristas y a la regulación más o menos colectiva de las relaciones de trabajo, para mejorar los rendimientos empresariales, introduciendo ciertos elementos de flexibilidad que contribuyan a configurar un sistema de relaciones laborales, que se desarrolle en el plano del contrato individual, por lo que en este contexto el teletrabajo ha sido considerado como una estrategia de flexibilización de la organización del trabajo y de las condiciones de trabajo de los empleados. (Gil y Bolio, 2007: 67)

## 2. El Teletrabajo en España, Chile y Colombia

La recepción del teletrabajo en la legislación laboral comparada ha sido variada, siendo regulada por la vía de la negociación colectiva o por leyes particulares. En la mayoría de los casos su adopción es voluntaria por parte del trabajador, no afecta sus derechos laborales y conserva su derecho de regresar a su lugar de trabajo cuando lo deseen.

Antes de entrar al análisis de los países seleccionados, consideramos pertinente señalar, a manera de antecedente, lo que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y Europa vienen realizando en materia de Teletrabajo.

Durante el Foro de Dialogo Mundial sobre Teletrabajo (OIT: 2016), se tomaron puntos de consenso para el desarrollo del teletrabajo en el mundo.

Los teletrabajadores deben gozar efectivamente de igualdad de trato en relación con sus homólogos que desempeñan modalidades tradicionales de trabajo en términos de acceso a la seguridad social; condiciones de trabajo, formación y desarrollo profesional; seguridad

y salud en el trabajo; conciliación de la vida laboral y familiar; libertad sindical y negociación colectiva, y a la hora de hacer frente a los posibles riesgos de los efectos psicosociales.

En dicho Foro, se concluyó que el teletrabajo puede aportar numerosos beneficios laborales y sociales:

Los beneficios para los trabajadores pueden ser, entre otros, unos desplazamientos más cortos, menos gastos personales relacionados con el trabajo y una mejor conciliación de la vida laboral y familiar, incluida una mayor capacidad para equilibrar las responsabilidades profesionales y de prestación de cuidados, y más oportunidades de trabajo. Los empleadores pueden beneficiarse de una mayor productividad, menos gastos generales y el acceso a una oferta más amplia, diversa, motivada y calificada de trabajadores. En lo que respecta a los gobiernos, el teletrabajo puede ser una estrategia para afrontar los problemas medioambientales y de congestión urbana, y para promover oportunidades de empleo incluyentes para todos. (OIT: 2016)

Europa desde hace varios años viene perfeccionando su regulación sobre el teletrabajo. El Acuerdo Marco Europeo de teletrabajo (2002, 1),<sup>2</sup> se presenta como el instrumento jurídico que constituye un marco general y que define al teletrabajo como una forma de organización y/o de realización del trabajo, utilizando las tecnologías de la información en el marco de un contrato o de una relación de trabajo, en la cual un trabajo que podría ser realizado igualmente en los locales de la empresa se efectúa fuera de estos locales de forma regular.

El grupo de expertos de la Comisión Europea<sup>3</sup> definen el teletrabajo como cualquier forma de trabajo desarrollada por cuenta de un empresario o un cliente, por un trabajador dependiente, un trabajador autónomo o un trabajador a domicilio, y efectuada regularmente y durante una parte importante del tiempo de trabajo desde uno o más lugares distintos del puesto de trabajo tradicional, utilizando tecnologías informáticas y/o de telecomunicaciones.

En España, el trabajo a distancia o teletrabajo se encuentra regulado en el artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores y se contempla como una modalidad del contrato de trabajo. Se conceptualiza como aquel en que “la prestación de la actividad laboral se realice de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por este, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa”.

Para considerar que existe trabajo a distancia, no es obligatorio que toda la jornada se realice fuera del centro de trabajo, sino que basta con que la mayoría de las funciones se realicen fuera de dicho centro. Por lo tanto, no hay ningún inconveniente en que el trabajador acuda ocasionalmente a desarrollar sus funciones al centro de trabajo.

En el año 2019 se introdujeron reformas importantes sobre el tema, donde el trabajador puede solicitar la adaptación de la jornada para conciliar la vida laboral y familiar, ya sea por cuidado de un hijo o un familiar, solicitando el contrato a distancia.

Este derecho, no es absoluto, ya que la empresa se puede negar en caso de que exista una razón objetiva para no realizar este tipo de contrato.

---

<sup>2</sup> Acuerdo firmado en Bruselas el 16 de Julio de 2002.

<sup>3</sup> La comisión Europea es el órgano ejecutivo y de iniciativa legislativa sobre el parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea. Se encarga de proponer la legislación, la aplicación de las decisiones, la defensa de los tratados de la Unión y de los trabajos diarios de la Unión Europea.

Los derechos sobre capacitación y derechos sindicales de estos trabajadores, deben ser garantizados por el empleador a fin de que tengan los mismos derechos y opciones a su desarrollo profesional que el resto de los trabajadores.

En Colombia, el teletrabajo se encuentra definido en la Ley 1221 de 2008 como:

Una forma de organización laboral, que consiste en el desempeño de actividades remuneradas o prestación de servicios a terceros utilizando como soporte las tecnologías de la información y comunicación -TIC- para el contacto entre el trabajador y la empresa, sin requerirse la presencia física del trabajador en un sitio específico de trabajo. (Artículo 2, Ley 1221 de 2008)

Se establecen tres modalidades de teletrabajo o tipo de teletrabajador, que responden a los espacios de ejecución del trabajo, las tareas a ejecutar y el perfil del trabajador:

**TELETRABAJO AUTÓNOMO** Trabajadores independientes o empleados que se valen de las TIC para el desarrollo de sus tareas, ejecutándolas desde cualquier lugar elegido por ellos.

**TELETRABAJO SUPLEMENTARIO** Trabajadores con contrato laboral que alternan sus tareas en distintos días de la semana entre la empresa y un lugar fuera de ella usando las TIC para dar cumplimiento. Se entiende que teletrabajan al menos dos días a la semana.

**TELETRABAJO MÓVIL** Trabajadores que utilizan dispositivos móviles para ejecutar sus tareas. Su actividad laboral les permite ausentarse con frecuencia de la oficina. No tienen un lugar definido para ejecutar sus tareas (2008).

Lo anterior plantea un escenario con tres requerimientos, como mínimo, para el teletrabajo:

- Gestión de cambio organizacional, compromiso y sensibilización.
- Definición de la infraestructura y plataformas tecnológicas que soportaran el teletrabajo.
- Atender a la legislación sobre riesgos de trabajo y acuerdos con los sindicatos (Libro blanco, 2020: 10).

Chile por su parte, incluye la figura del Teletrabajo en su Código del Trabajo (2008: 86), el cual fue modificado este año 2020 por la Ley No. 21.220 que incorpora el Capítulo IX en el Título II del libro I denominado “Del trabajo a distancia y Teletrabajo” y lo maneja junto al trabajo a distancia con la siguiente definición:

Art. 152. Es trabajo a distancia aquel en el que el trabajador presta sus servicios, total o parcialmente desde su domicilio u otro lugar o lugares distintos de los establecimientos, instalaciones o faenas de la empresa.

Se denominará teletrabajo si los servicios son prestados mediante la utilización de medios tecnológicos, informáticos o de telecomunicaciones o si tales servicios deben reportarse mediante estos medios.

Un elemento importante que llama la atención en la legislación Chilena es el derecho a la desconexión, donde el empleador debe garantizar un tiempo, no menor a 12 horas

continuas en un periodo de veinticuatro horas, en el que el trabajador no estará obligado a atender sus comunicaciones ni órdenes y este derecho se extenderá a los días de descanso, permisos o días festivos de los trabajadores.

Respecto de la jornada de trabajo, si el patrón ejerciera control funcional y supervisión sobre el trabajo a desempeñar, el trabajador se entenderá sujeto a la jornada ordinaria de trabajo. Por su parte, las condiciones de salud y seguridad podrán ser verificadas por el empleador, mediante la intervención del organismo administrador del seguro y siempre cuando el trabajador autorice se acceda a su domicilio para constatar que el puesto de trabajo cumple con todas las condiciones de seguridad y salud.

### **3. Factores para su implementación**

Si nos preguntáramos ¿Qué se requiere para implementar el teletrabajo? Sin duda la respuesta más simple sería:

- Cultura organizacional,
- Tecnología de punta,
- Apego a la legislación y dialogo con sindicatos.

Sin embargo, no es tan sencillo. El teletrabajo plantea como reto un cambio interno y nuevas formas de relaciones entre patrones y trabajadores, por ejemplo; trabajar por objetivos, metas o tareas específicas a las cuales se les pueda dar seguimiento y no bajo el esquema de control de horarios; en materia de productividad, la experiencia en otros países ha demostrado que un trabajador concentrado en el logro de metas definidas y disfrutando de mayor equilibrio entre su vida laboral y familiar es más productivo y; una inversión inicial en tecnología puede ser recuperada a mediano plazo pues se estarán disminuyendo gastos fijos.

Nuestro país presenta avances al respecto. Líneas arriba mencionamos la iniciativa de decreto aprobada por el senado, pero también se formuló la Norma Mexicana sobre Tecnologías de la información-seguridad de la información en el Teletrabajo<sup>4</sup> la cual tiene como objetivo establecer los lineamientos necesarios para generar un entorno propicio para el teletrabajo, estableciendo los mecanismos y medidas de seguridad para proteger la información a la que se accede, procesa o almacena en sitios de teletrabajo (NMX: 1).

De manera específica, la Secretaría del Trabajo y Fomento al Empleo, conjuntamente con la Asociación Mexicana de la Industria de Tecnologías de Información (AMITI), en alianza con entidades de los sectores privado, público, académico y sindical, firmaron el 5 de julio de 2017 un “Convenio de Concertación para la Implementación y Fomento del Teletrabajo”, con motivo del Primer Foro de Teletrabajo en la Ciudad de México. Producto de dicho convenio surge la Guía “teletrabajo en la Ciudad de México”, con la que se busca promover la cultura del teletrabajo dando una orientación clara y precisa sobre los procesos de innovación organizacional necesarios para su implementación (Guía: 3).

De acuerdo al espacio y tiempo, la guía nos propone las siguientes modalidades de teletrabajo:

---

<sup>4</sup> Declaratoria de vigencia publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 6 de marzo del 2020.

- a) Centros de teletrabajo. El trabajo se realiza en un lugar destinado para tal efecto, el cual cumple con ciertas normas y especificaciones. El objetivo es que el teletrabajador acuda al centro más cercano a su domicilio, evitando así largos traslados para desempeñar sus labores, lo cual impacta positivamente en su calidad de vida y en la movilidad de la comunidad.
- b) Teletrabajo autónomo. El trabajo es desempeñado por los trabajadores independientes o empleados, llevando a cabo sus actividades desde el lugar de su preferencia.
- c) Teletrabajo suplementario. Los trabajadores con contrato laboral alternan sus tareas, acudiendo a la empresa algunos días y trabajando fuera de ella en otros. Para ser considerado en este rubro, los teletrabajadores deben realizar sus tareas a distancia al menos dos días a la semana.
- d) Teletrabajo móvil. Los trabajadores realizan sus tareas utilizando dispositivos móviles, debido a que su actividad laboral les permite ausentarse con frecuencia de la oficina, en la cual no cuentan con un lugar fijo para realizar sus tareas. Debido a la naturaleza de estas labores, este tipo de teletrabajo suele realizarse en diversos espacios que facilitan la conectividad, como cafés, bibliotecas y centros de trabajo colaborativo. (Guía: 7)

Como beneficios del teletrabajo podemos enunciar los siguientes:

- Mejora la calidad de vida de los trabajadores e incentiva el trabajo en equipo.
- Aumenta la productividad y reduce los costos fijos.
- Aporta al mejoramiento de la movilidad en las ciudades y reduce los índices de contaminación.
- Promueve la inclusión social.
- Impulsa el uso y apropiación de las nuevas tecnologías.

A estos beneficios se le pueden sumar la disminución de costos por ahorro de espacio, ahorro de renta, energía eléctrica, agua, papelería, espacios de estacionamiento, transporte y combustible (Jiménez, 2015: 136).

Sin embargo, también hay aspectos que pueden jugar en contra del Teletrabajo. A manera de ejemplo, la falta de medidas apropiadas pueden enfrentar a los trabajadores a problemas psicosociales relacionados con el aislamiento y con la dificultad para establecer una separación entre la vida laboral y familiar. Pueden tener menos acceso a oportunidades de formación y percibir una falta de desarrollo profesional. Las condiciones de seguridad y salud en el trabajo son más difíciles de supervisar y controlar en las modalidades de teletrabajo, en particular cuando el hogar también es el lugar de trabajo. Los empleadores o patrones, a menos que se acuerde lo contrario con el trabajador, deberían asumir los costos de los equipos y programas informáticos. Asimismo, los empleadores serían responsables de gestionar la integridad de los datos y las cuestiones de privacidad, y de manera adicional los sistemas educativos deben proporcionar las competencias profesionales necesarias para un teletrabajo efectivo.

Dentro de este nuevo contexto, la salud ocupacional es otro elemento a tener en cuenta, pues busca reconocer el modo común de operar dentro de las diferentes disciplinas que se unen y colaboran en esta modalidad de trabajo, con el objetivo de prevenir riesgos para la salud, así como para vigilar y atender las nuevas necesidades que este trabajo proyecta. De

este modo, la salud ocupacional forma parte del punto de convergencia interdisciplinario que pretende unir esfuerzos para lograr que el teletrabajo genere condiciones laborales adecuadas y, por ende, empleos de buena calidad. En el Teletrabajo se debe entender la salud ocupacional desde la óptica del bienestar integral del trabajador (Cataño y Gómez, 2014: 90).<sup>5</sup>

En este momento podríamos estar en condiciones, siguiendo a Jaramillo y Restrepo (2011: 4), de señalar algunas características que necesita tener el teletrabajador para desempeñar su trabajo:

- Su trabajo tiene claramente definidos sus objetivos: para que el teletrabajador pueda tener éxito éste debe tener unas tareas con objetivos bien delimitados y medibles. Además, se debe tener en cuenta que se deben priorizar los resultados más que los procesos.
- Puede establecer prioridades y manejar bien el tiempo: establecer prioridades y manejar bien el tiempo son habilidades esenciales cuando se está en teletrabajo. Hay muchos aspectos tecnológicos que pueden hacer que se pierda mucho tiempo, como revisar el correo cada cinco minutos, no planear las prioridades del día, ser desorganizado en los horarios, entre muchos otros. Por ello, es necesario saber qué es lo urgente, lo menos urgente, y lo que se puede posponer para priorizar estos eventos y lograr administrar el tiempo de manera eficiente y eficaz.
- Tiene un sólido conocimiento sobre su trabajo: es bastante complejo realizar un trabajo con el cual no se está familiarizado.
- No requiere mucha supervisión: Como el ambiente del teletrabajo no está sujeto al control físico y visual del ambiente tradicional de la oficina, la autodisciplina es fundamental.
- Perfil: El candidato a teletrabajador tiene que tener las competencias necesarias para al área que vaya a desarrollar y además de eso, tiene que formarse para trabajar desde casa de manera correcta.
- Habilidades para la comunicación: El teletrabajo coloca restricciones a la sociabilización. Para las personas que les resulta más difícil trabajar solos desde casa, es recomendable que busquen soluciones mixtas (tiempo en casa y en la oficina, o en régimen de centros de teletrabajo). Para las personas que les cuesta menos, pero necesitan sociabilizar con compañeros de trabajo o clientes, establecer técnicas de comunicación por Internet como video llamadas.

---

<sup>5</sup> Hoy se habla de la “salud de los trabajadores” para poder entender que la salud ocupacional es toda gestión que se realice principalmente en los ambientes del trabajo a favor de todos los integrantes de la organización, pero también la salud del trabajador fuera de su ambiente laboral. Por ello se considera, además de los accidentes y enfermedades de trabajo, las patologías asociadas al trabajo y las derivadas de su vida fuera de su centro de trabajo.

- Considerar el entorno familiar: La familia tiene que ser considerada en el análisis, ya que la casa será tanto el sitio para compartir con ellos, como para trabajar y todos se deben sentir cómodos con esta decisión. Por otro lado, no se debe elegir trabajar desde el hogar para resolver problemas domésticos.

- Organizar el ambiente: Tiene que haber un espacio claramente demarcado en el hogar para el teletrabajo. La separación en relación con las actividades familiares es crucial.

También hay rasgos de la personalidad que son importantes destacar en un teletrabajador:

- Es organizado y adaptable: Quien tenga dificultades en adaptarse a las nuevas situaciones, no es un buen candidato para el teletrabajo.

- Automotivación: El teletrabajador es más sensible a las distracciones y a la dispersión. Además, el aislamiento puede afectarlo psicológicamente. Por lo tanto, es necesaria la automotivación.

- Entender el Teletrabajo: El teletrabajo no es ni un premio, ni un castigo. Es sólo una manera diferente de trabajar.

Para algunas personas, podrá ser relativamente fácil, para otras puede que les resulte un poco más difícil adaptarse.

### **Reflexión final**

El Teletrabajo se identifica por su dispersión geográfica entre el centro o unidad de trabajo y el lugar donde realiza sus funciones el trabajador haciendo uso de las tecnologías de la información y comunicación.

Si bien la capacidad para poder organizar los tiempos y los espacios de los diferentes ámbitos de la vida cotidiana (del trabajo remunerado, del trabajo doméstico y familiar, del ocio, etc.) de la manera que mejor convenga es el factor positivo del teletrabajo, la posibilidad de estar permanentemente disponible para el trabajo, la familia, la casa y, por lo tanto, de no desconectar nunca se puede convertir también en su mayor riesgo (Pérez, 2010: 3).

Además, la sensación de aislamiento de la empresa, tanto por el hecho de permanecer más horas en casa como el de perder el contacto y la relación con los compañeros de trabajo y el posicionarse para futuras promociones, suele ser el motivo por el que los teletrabajadores de la empresa suelen reintegrarse a la misma tras un tiempo o compaginan el teletrabajo con la presencia en la empresa (Pérez y Carnicer, 2001: 177).

Se puede observar que esta modalidad de trabajo puede ser aprovechada por grupos de trabajadores de zonas rurales y colectivos con problemas de movilidad, así como una opción para la integración de las mujeres al sector laboral, colaborando a la equidad de género en esta área, pues desde nuestra perspectiva puede incidir para la realización profesional de las mujeres que por alguna circunstancia no pueden salir de su hogar, pero también

representa una oportunidad para aquellos hombres que deseen asumir roles más activos en sus responsabilidades familiares.

Lo que queda claro es que los teletrabajadores deben gozar de todos los derechos laborales otorgados por la legislación de la materia. En el campo de la Seguridad Social el teletrabajo viene ofrecido como una forma de organización y no como una profesión en sí misma, por esta razón, en materia de Seguridad Social, el teletrabajador seguirá las mismas pautas que el trabajador que realiza las actividades en el centro de trabajo de la empresa.

En materia sindical, los teletrabajadores tienen los mismos derechos colectivos que quienes trabajan en los establecimientos de la persona empleadora. Los teletrabajadores deben estar sujetos a las mismas condiciones de participación y elegibilidad en las elecciones de representantes de los trabajadores.

Los riesgos son inminentes, excesiva cantidad de trabajo y jornadas prolongadas que desencadenen estrés laboral, las recomendaciones ergonómicas son el uso de ubicaciones físicas apropiadas, equipamiento, luminosidad, ventilación y temperatura adecuada, sumando el hecho de que las TIC presentan una dinámica evolutiva constante que puede desencadenar tecnoestrés (Fabregat et al. 2002) si no se actualizan, capacitan y mejoran las destrezas de los teletrabajadores.

De aquí en adelante lo que se vislumbra es un teletrabajo con protagonismo propio, donde su viabilidad dependerá del porcentaje de tareas susceptibles de ser teletrabajadas, junto con la participación de los trabajadores en la programación de sus tareas, el uso de las nuevas tecnologías, y mantener a los trabajadores el mismo tipo de contrato y condiciones laborales, donde alcanzar los postulados del trabajo decente sea el objetivo permanente.

Pensamos que esta modalidad vincula valores como la igualdad de oportunidades, la solidaridad y la justicia social, conceptos indispensables para el desarrollo económico y democrático en cualquier país.

### Fuentes de Consulta

- Agudo Moreno, M. J. (2014). *El teletrabajo en las organizaciones: análisis de sus beneficios y barreras en las empresas españolas*. España. Recuperado de <https://digitum.um.es/>
- Cataño, S. L. y Gómez, N. E. (2014). El Concepto de teletrabajo: aspectos para la seguridad y salud en el empleo, *Revista CES Salud Publica*. C:/User/UV/Downloads/Dialnet-El conceptodeteletrabajo-4804770
- Fabregat, A., Bernardina M. y Cifre E. (2002). *Teletrabajo y salud: un nuevo reto para la Psicología. Papeles del Psicólogo*, México. Recuperado de <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=77808308>.
- Franco Jaramillo, A. y Restrepo Bustamante, F. (2011). El perfil del teletrabajador y su incidencia en el éxito laboral, Colombia, *Revista Virtual Universidad Católica del Norte*. No. 33. Recuperado de <http://revistavirtual.ucn.edu.co/>
- García Palomino, M. (2013), *Guía de aplicación de la norma OHSAS 18001:2007 para el teletrabajo en las organizaciones*, Colombia. Recuperado de <http://repository.unimilitar.edu.co>
- Gil Montelongo, M. D. y Bolio Yris, C. (2013). *El Teletrabajo: Una estrategia empresarial*, México, Universidad Veracruzana-IIESCAS. Recuperado de [uv.mx/iiesca/files/2013/01/teletrabajo2007-1](http://uv.mx/iiesca/files/2013/01/teletrabajo2007-1)
- Jiménez Bernardino, A. E. (2015). El teletrabajo en México, aspectos normativos y desarrollo, en *El Teletrabajo en América Latina. Plan de acción sobre la sociedad de la información y del conocimiento de América Latina y el Caribe*. Recuperado de [www.researchgate.net/publication/322603927](http://www.researchgate.net/publication/322603927)
- Nilles, J. M. (1976) *The Telecommunications-transportation. Options for tomorrow*, Nueva York, John Willey y Sons. Recuperado de <https://catalogue.nla.gov.au/>
- Pérez Sánchez, C. (2010) El teletrabajo: ¿Más libertad o una nueva forma de esclavitud para los trabajadores?, *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC P Número 11*. Universitat Oberta de Catalunya. España. Recuperado de <http://idp.uoc.edu>
- Pérez Pérez, M. y Carnicer, M. (2001) *El teletrabajo en Aragón. Estudio de su adopción potencial en empresas*, en Económica Aragonesa, Ibercaja.

**Legisgrafía**

Acuerdo Marco Europeo de teletrabajo. Recuperado de <https://www.uned.ac.cr>

Código del Trabajo. Chile. Recuperado de <https://www.dt.gob.cl/>

Estatuto de los trabajadores. España. Recuperado de  
<https://estatutodelostrabajadores.com>

Foro de Dialogo Mundial sobre Teletrabajo. Recuperado de [www.ilo.org/](http://www.ilo.org/)

Guía para la innovación, la productividad y el incremento de la calidad de vida. Teletrabajo en la Ciudad de México. Recuperado de <https://guias.amiti.org.mx/>

Iniciativa de Ley aprobada por el Senado que modifica el artículo 311 y adiciona el capítulo XII bis de la Ley Federal del Trabajo. Recuperado de [https://infesen.senado.gob.mx/](https://infosen.senado.gob.mx/)

Ley 1221 del 2008. Colombia. Recuperado de <https://mintic.gov.co/>

Libro Blanco. El ABC del teletrabajo en Colombia. Recuperado de [www.teletrabajo.gov.co/](http://www.teletrabajo.gov.co/)

Norma Oficial Mexicana NMX-1-309-NYCE-2019. Recuperado de [www.dof.gob.mx/](http://www.dof.gob.mx/)

Organización Internacional del Trabajo (OIT). Recuperado de  
[www.ilo.org/thesaurus/defaultes.asp](http://www.ilo.org/thesaurus/defaultes.asp)

## La prisión preventiva y sus límites\*

Esperanza Sandoval Pérez\*\*

**RESUMEN:** Con la implementación del sistema de justicia penal en México, la presunción de inocencia deja de ser un principio para convertirse en un derecho fundamental del imputado frente al ejercicio del poder punitivo del Estado, garantizado en la Constitución Federal, en el ordenamiento adjetivo y leyes especiales penales; constituyendo uno de los límites de la prisión preventiva que en este trabajo se aborda en dos vertientes: la primera para explicar si la imposición de esta medida cautelar viola ese derecho y la segunda, para conocer los fines y el trato de los presos provisionales a la luz de la Ley Nacional de Ejecución Penal.

**Palabras clave:** prisión preventiva, presunción de inocencia, procedimiento abreviado, preso provisional.

**SUMARIO:** Introducción; 1. Prisión preventiva; 2. Límites; 3. Casos de procedencia; 4. Finalidad; 5. Excepciones; 6. El preso provisional. Conclusiones. Fuentes de consulta.

### Introducción

El derecho a no ser privado de la libertad personal, sino en virtud de mandamiento dictado por la autoridad judicial y de conformidad con las causas autorizadas en la Constitución Federal (Arts. 16 y 19) está íntimamente vinculado con la presunción de inocencia que anteriormente se analizó como principio de pleno reconocimiento en el ámbito penal nacional e internacional (Sandoval Pérez, 2017) y como la duda razonable en el juicio oral (Sandoval Pérez, 2016) y que a partir a partir de la reforma constitucional federal de 2008

\* Artículo recibido el 25 de mayo de 2020 y aceptado para su publicación el 7 de julio de 2020.

\*\* Doctorada en Derecho Público por el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Académico de Tiempo completo en la Facultad de Derecho en la Universidad Veracruzana. Integrante del Sistema Nacional de Investigadores.

se estudia como un derecho fundamental que asiste al imputado (Art. 20, B, fracción I) que podrá imponer el Juez de Control a petición del Ministerio Público, de la víctima/ofendido, o bien oficiosamente en los casos previstos en el artículo 19, párrafo segundo *in fine* y en el numeral 155, Fracción XIV del Código Nacional de Procedimientos Penales como una medida cautelar de última *ratio*.

Con lo anterior retornan a la mesa de debates los posicionamientos doctrinales que por una parte consideran que su aplicación quebranta el derecho a la presunción de inocencia y por la otra parte, que se transgrede el derecho del imputado al admitir la responsabilidad del hecho penal como requisito para dar apertura al procedimiento abreviado en términos del artículo 201 del ordenamiento procesal penal ya citado.

El objetivo general se centra en aproximarse a la respuesta de dichos cuestionamientos, mientras que, en cuanto a la estructura metodológica requiere abordar el concepto y los límites de la prisión preventiva haciendo hincapié de sus efectos de frente al derecho de presunción de inocencia, fijando posición; los casos en que procede su aplicación, la finalidad y las excepciones de esta medida cautelar y el estatus de preso provisional. Se concluye y citan las referencias.

## 1. Prisión preventiva

El modelo de proceso penal de corte liberal construido sobre el concepto duda razonable, entendida como la existencia de incertidumbre racional sobre la verdad de la hipótesis de acusación

... cuando la hipótesis de la defensa es total o tendencialmente compatible con la hipótesis de la acusación, el hecho de que aquella se encuentre confirmada por las pruebas disponibles genera una incertidumbre racional sobre la verdad de la hipótesis sustentada por el Ministerio Público, lo que se traduce en la existencia de una duda razonable sobre la culpabilidad del imputado ... (Jordi, 2005)

Lo anterior fortalece el Estado de derecho que descansa en un sistema equitativo de justicia frente a la arbitrariedad y el despotismo, con garantías para el imputado entrelazado la presunción de inocencia y el debido proceso, que en palabras de implica que al inculpado se le reconozca el derecho a su libertad, que el Estado sólo podrá privarlo de la misma, cuando existan suficientes elementos incriminarios, se respete las formalidades esenciales del procedimiento; específicamente las garantías de audiencia y de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente. Con sustento en lo anterior, el Juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable (Aguilar López, 2015).

Entre las disposiciones jurídicas más importantes sobre el origen de la prisión preventiva se encuentra:

a) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dice que es derecho de toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal, ser llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, quien tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgada, no debe ser la regla general, su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso,

para la ejecución del fallo (9.3).

b) La Convención Americana sobre Derechos Humanos al hacer referencia a la libertad personal dispone que toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio (artículo 7.5).

En doctrina la prisión preventiva es considerada una medida precautoria de índole personal que crea al individuo -sobre quien recae- un estado más o menos permanente de privación de su libertad física, soportada en un establecimiento público destinado al efecto, que es decretada por juez competente en el curso de una causa, contra el autor o partícipe de un delito previsto con pena privativa de libertad; con el único objeto de asegurar su presencia durante el juicio y garantizar la eventual ejecución de las penas (Zavaleta, 1954). Mellado citado por Morillas Cuevas, afirma que se trata de una medida cautelar de carácter personal, que se resuelve en la privación de la libertad de un sujeto investigado y que se adopta en el seno de un proceso penal por la autoridad judicial a los efectos de garantizar fines adecuados a la Constitución y previstos expresamente por la Ley y desprende de su concepto las notas esenciales siguientes:

1. Se resuelve en una privación de libertad que se cumple en un establecimiento penitenciario pero que queda sujeta a un régimen distinto al aplicable a los penados;
2. Es siempre jurisdiccional, no puede ser decretada por los particulares o por la autoridad gubernativa;
3. Tiene carácter provisional, pero se limita a unos plazos máximos, de modo que jamás puede extenderse más allá de ellos, al margen de la situación real del proceso y de que el mismo no haya concluido; y,
4. Tiende a cumplir unos concretos fines, no siempre estrictamente cautelares, pero que han sido estimados adecuados a la Constitución en tanto se considera que aseguran el proceso u otras finalidades legítimamente protegibles (Morillas Cuevas, 2016).

La prisión preventiva es la privación de la libertad ambulatoria que el Juez de Control aplica de manera excepcional al acusado de un delito en situaciones de necesidad extrema, en espera de la celebración del juicio y mientras dura éste, con el fin de prevenir eventuales acciones que puedan dañar a un tercero o la marcha del proceso. Tiene *un carácter coercitivo provisional* que afecta la libertad personal durante un breve periodo de tiempo, para garantizar que el procedimiento no sea obstaculizado interrumpido o demorado, pero no significa un adelanto de la condena pues no se recluye al imputado porque se crea que su responsabilidad es evidente. Esta medida constituye también un medio para garantizar el desarrollo del proceso penal con la presencia del imputado, con la posterior y eventual ejecución de la sentencia (Avalos, 2013).

Para Landrove Díaz la prisión provisional, en teoría representa una simple medida cautelar y transitoria de aseguramiento del proceso penal, pero esta se convierte, en realidad, en una condenada por adelantado, violadora del principio de presunción de

inocencia, además de que prejuzga, en cierta medida En cuanto sea compatible con su situación procesal, los presos preventivos podrán acceder a las actividades educativas, formativas, deportivas que se celebren en el centro penitenciario, en las mismas condiciones que los penados (Landrove, 1984).

La prisión preventiva tiene como única misión retener y custodiar a los detenidos presos para ponerlos a disposición de la autoridad judicial, debiendo regir el principio de presunción de inocencia. La institución encierra un sofisma, considera el aislamiento preventivo como la primera vulneración a ese derecho, preguntándose además ¿por qué se encierra?, dando respuesta a lo cuestionado al decir que es en razón de que existe la presunción de culpabilidad justificada, que tiene como propósito mantener al presunto culpable a disposición de la justicia, ante el temor de su probable fuga, garantizándose con ello la presencia del imputado en el proceso, así como, la eventual ejecución penal (Pérez Cepeda, 2001).

La prisión preventiva produce la confrontación del derecho constitucional que tiene todo individuo a la presunción de inocencia, con la llamada “necesidad social” que la justifica; empero, en atención a los principios de un Estado Social y democrático de Derecho y cumpliendo en esta caso el mandato constitucional, las normas del régimen preventivo deberán de estar precedidas por la idea de intervención mínima, en el sentido que se establezcan solamente las limitaciones estrictamente imprescindibles (Morillas Cuevas, 2016).

## 2. Límites

La autoridad jurisdiccional no puede imponer libremente la prisión preventiva, pues sería una facultad absoluta, que está limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad de la medida, de proporcionalidad a la gravedad del hecho que se imputa. Lo que se explica de la manera siguiente:

I. *Principio de legalidad.* Es básico del derecho penal, sustantivo y adjetivo y radica en la obligación del Estado de ajustar su actuación estrictamente a lo establecido por la ley elaborada previamente al hecho incriminado, de la manera más clara y precisa, sustentada en la necesidad de asegurar la teología de su imposición en términos de lo previsto en el artículo 19, párrafo segundo, de la Ley Suprema que regula el carácter excepcional de la medida estableciendo la posibilidad de que el Ministerio Público la solicite al Juez cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso, o de manera oficiosa en caso de que se impute uno de los delitos que en la parte ultima del mismo párrafo se relacionan.

II. *Presunción de inocencia.* El sustento garantista del Sistema de justicia penal en México respeta los derechos de la víctima/ofendido y del imputado señalado por el Ministerio Público como posible autor o participe de un hecho previsto en la ley como delito, quien es considerado  *inocente* hasta que no se demuestre su responsabilidad con prueba que aporte

la parte acusadora para crear la convicción del juzgador necesaria para condenar (Art.20, B. I). La inocencia es un concepto de referencia que solo toma sentido cuando existe alguna posibilidad de que el imputado puede ser responsable, ya que la situación normal del ciudadano es de *libertad*, ámbito básico de toda persona, sin referencia al derecho procesal (Blinder, 2002).

Uno de los antecedentes más importantes de la prisión preventiva se encuentra en la Carta Magna Inglesa (1215,) al establecer que ningún hombre libre será arrestado o detenido en prisión o privado de su tenencia libre o declarado fuera de la ley o desterrado o molestado de cualquier forma y no se procederá contra él ni se enviará a nadie en su contra, sino es por el juicio legal de sus pares y por la ley de la tierra (Clausulas 39 y 40).

El contenido anterior se incorpora a la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica (1787) como el principio *due process of law*, cuya traducción al español más conocida es *debido proceso legal*, que garantiza a los ciudadanos los derechos establecidos en las diez primeras enmiendas (*Bill of Rights*) entre ellos los siguientes: ser informado de la acusación, presunción de inocencia, a no confesarse culpable, la celeridad en el proceso y la legalidad.

En el *Tratado sobre los Delitos y las Penas* (1764), el apartado 16. De la tortura, dice que la tortura del reo para obligarlo a confesar un delito es una crueldad consagrada por el uso entre la mayor parte de las naciones, por no se cual metafísica e incomprensible purgación de infamia. Un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia de un juez, ni la sociedad puede quitarle la protección, sino cuando este decidido que ha violado los pactos que les fue concedida. ¿Qué derecho, sino el de la fuerza será el que, de potestad al juez para imponerle pena a un ciudadano, mientras se duda si es reo o inocente? (Beccaria, 2015). Partiendo del pensamiento anterior, Carrara el más ilustre representante Escuela Clásica dice que:

Con la presunción de inocencia y con la negación de la culpa se protege a este hombre porque es inocente, así lo proclamo hasta que no hayáis probado su culpabilidad (...) con los modos y las forma que yo prescribo, y que debéis respetar porque ellas proceden también de dogmas de absoluta razón. (Carrara, 1999)

Todos reconocen que la privación de libertad de los imputados antes de su condena es una injusticia, porque por sospechas falaces demasiadas veces llega el tormento a las familias y se priva de libertad frecuentemente a ciudadanos honestísimos, y de las cuales el 60 por 100 al final del proceso o del término del juicio son posteriormente declarados inocentes..., la misma es una injusticia necesaria, por lo cual la custodia preventiva ha debido admitirse por las leyes penales para justificar el proceso escrito, alcanzar la verdad, necesaria para la seguridad y alcanzar la pena.

El estado de inocencia también se encuentra en el artículo 9°, de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Francia, 1789), el cual establece que deberá presumirse que todo hombre es inocente mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable arrestarlo, todo rigor que no sea necesario para asegurar su persona debe ser severamente reprimido por la ley. Con ello, el programa político criminal determinó el futuro del encarcelamiento preventivo que surge para defender la vigencia de este

principio, propicia que la fuerza inicial del iluminismo comenzara a perder su capacidad para enfrentarse a la más poderosa fuerza del estado, el derecho penal.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (ONU, 1948) es clara al establecer que toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público en el que se le haya asegurado todas las garantías necesarias para su defensa (artículo 11). Mientras que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) dispone que la libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo (artículo 9.1-3).

Desde los inicios del siglo XXI, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se expresó en el sentido de que el principio debido proceso legal implica que al inculpado se reconozca el derecho a su libertad y que el Estado sólo podrá privarlo de la misma cuando existan suficientes elementos incriminadores, seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el Juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable; y, por la otra parte, el *principio acusatorio*, mediante el cual corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación (carga) de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de éstos; resguardando con ello en forma implícita el *principio de presunción de inocencia*, dando lugar a que el gobernado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que no tiene la carga de probar su inocencia (Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis P. XXXV/2002).

De lo anterior se colige que la presunción de inocencia se resguarda mucho antes de la reforma constitucional federal de 2008, a través de los principios debido proceso legal y acusatorio que separa las funciones entre distintos organismos del Estado, de tal manera que la función investigadora y el ejercicio de la acción penal corresponde al Ministerio Público, la función jurisdiccional a los jueces y la ejecución de la pena, al Estado.

En un sistema democrático de derecho, el debido proceso es aquel en el cual se respetan las garantías procesales, las libertades de los ciudadanos, y las exigencias derivadas del principio de presunción de inocencia, donde la dignidad del hombre es el baluarte en el marco de un juicio público y transparente con el que el Estado debe garantizar el actuar de sus operadores. Así, cuando el *ius puniendi* en la *praxis* no cumple esas exigencias, es dable establecer que no estamos ante un debido proceso penal, sino ante un acto autoritario, trasfondo de una significación antidemocrática que evidencia la arbitrariedad de los poderes públicos (López, 2015).

El criterio jurisprudencial en cita y otros más, influyeron directamente para que la presunción de inocencia deje atrás su carácter de principio y se eleve a rango constitucional surgiendo como un derecho humano; incluso, aplicable al procedimiento administrativo sancionador, modulándolo y matizándolo, según el caso, ya que la calidad de inocente de la persona debe reconocérsele a fin de desplazar la carga de la prueba a la autoridad acusadora, en atención al derecho al debido proceso, en consecuencia que deberá

respetarse en todos los procedimientos de cuyo resultado pudiera derivar alguna pena o sanción como consecuencia de la facultad punitiva del Estado.

Con la reforma Constitucional Federal en materia penal (2008), la presunción de inocencia que era un principio teórico se eleva a rango constitucional como garantía procesal y dispone:

Artículo 20, A...

B) De los derechos de toda persona imputada:

I. A que se presuma su inocencia, mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa.

La presunción de inocencia comprende el derecho a ser informado de la acusación, a no confesarse culpable, la celeridad del proceso, la legalidad en el mismo, entre otros, materialmente insertos en un concepto de racional y justo procedimiento, en su extensión procesal la abarca:

a) Como una garantía básica del proceso *penal* el carácter previo y taxativo de esta medida cautelar proporciona la garantía de seguridad jurídica y pretende que el Juez de Control no la aplique de forma arbitraria y que en el caso de actualizarse alguno de los supuestos previstos en el Art. 19, párrafo segundo se ajuste a ellos. Para el efecto, el Código Nacional de Procedimiento Penales presume que, toda persona es inocente y será tratada como tal en todas las etapas del procedimiento, mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa (Art. 13).

b) En su vertiente de *regla de tratamiento del imputado*, éste tiene el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no participe del hecho que se le atribuye. En este caso, comporta la prohibición de que las medidas cautelares y en especial, la prisión preventiva, sean utilizadas como castigo -utilizar la prisión para impulsar la investigación del hecho, obtener pruebas o declaraciones, etcétera, excede los límites constitucionales-, esta calidad opera solo en supuestos donde la pretensión acusatoria tiene un fundamento razonable, ahí donde existan indicios racionales de criminalidad, de lo contrario vendría a garantizarse a costa de la libertad, un proceso cuyo objeto pudiera desvanecerse; y,

c) *Como estándar de prueba* influye de forma decisiva en el régimen jurídico de ésta, que debe observarse para garantizar a toda persona inocente que no será condenada sin que existan pruebas contundentes que acrediten su responsabilidad y destruyan tal presunción, justificando una sentencia condenatoria.

Cierto es, que la referida presunción puede ser vencida y desplazada por pruebas de culpabilidad aportadas por la parte acusadora, medida necesaria para el desarrollo del procedimiento, sin prejuzgar la culpabilidad jurídicamente desplazada en este caso por la inocencia constitucionalmente establecida, ya que no se agota en la virtualidad, ni en el mandato de *in dubio pro reo*, conforme al criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, establecido en la Jurisprudencia 1a./J. 24/2014, que interpreta la presunción de inocencia como un derecho poliédrico, bajo las vertientes: derecho humano informador; regla de trato procesal y regla de valoración de la prueba. Luego, la forma de interpretar las disposiciones que lo regulan -si atendemos a este verbo como un esfuerzo de interpretación

ideológica, que significa mejorar el entendimiento del texto y leerlo bajo su mejor luz— implica una concatenación entre el autor y su lector a fin de perfeccionarlo, con la idea de encontrar su teleología y con ello el argumento correcto, como vía de solución a la problemática jurídico-social de falta de credibilidad y confianza a las instituciones de impartición de justicia.

Esta última regla es compatible con la llamada determinación alternativa del hecho que tiene lugar cuando existe la seguridad de que se ha cometido un delito, pero se desconocen particularidades concretas del mismo que influyan sobre su calificación jurídica, entonces el juzgador ha de establecer el hecho alternativamente, en beneficio del reo. En términos sencillos es la tipificación adecuada a los hechos ilícitos al momento de dictar sentencia, pese a la racionalidad conceptual establecida por determinados presupuestos convencionales creados en un ejercicio de ingeniería jurídico procesal (Bernal Cavero J. , 2016).

El principio de necesidad de la prisión preventiva orienta su imposición como última *ratio*, lo que significa en el caso de que ninguna otra medida cautelar sea suficiente para alcanzar la finalidad de esta institución. Proporcionalmente a la gravedad del hecho que se imputa.

### **3. Casos de procedencia**

La prisión preventiva está regulada en el párrafo segundo del artículo 19, de la Constitución Federal en dos situaciones: 1) Cuando el Ministerio Público lo solicita al Juez de Control y 2) Cuando el Juez de Control la impone de manera oficiosa.

I. En el primer caso, se podrá solicitar la imposición de la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad así, también, cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso, siempre y cuando la causa diversa no sea acumulable o conexa en los términos del Código Nacional de Procedimientos Penales (Art.30). El Juez de Control impondrá medidas cautelares a petición del Ministerio Público o de la víctima u ofendido, cuando formulada la imputación, el propio imputado se acoja al término constitucional, ya sea éste de una duración de setenta y dos horas o de ciento cuarenta y cuatro, según sea el caso o se haya vinculado a proceso al imputado (Art. 153).

II. En el segundo caso, el Juez de Control impondrá la prisión preventiva de manera oficiosa de conformidad a lo previsto en el párrafo segundo *-in fine-* del artículo 19 constitucional, que mediante Decreto presidencial incorporó nuevos delitos al catálogo de conductas ilícitas graves que ameritan dicha medida, para quedar como sigue:

Artículo 19...

El juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente, en los casos de: Abuso o violencia sexual en contra de menores, Delincuencia organizada, Homicidio doloso, Femicidio, Violación, Secuestro, Trata de personas, Robo de casa habitación, Uso de programas sociales con fines electorales, Corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, Robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, Delitos en materia de hidrocarburos, Petrolíferos o

petroquímicos, Delitos en materia de desaparición forzada de personas y Desaparición cometida por particulares, Delitos cometidos con medios violentos con armas y explosivos, Delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, y los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud. (Diario Oficial de la Federación, 2019)

En el transitorio tercero advierte, que tratándose de los delitos en materia de corrupción mencionados entrarán en vigor a partir del nombramiento que realice el titular de la Fiscalía General de la República respecto de la Fiscalía Especializada en materia de delitos relacionados con hechos de corrupción. Mientras que, en el transitorio Cuarto ordena que contados cinco años después de la entrada en vigor el Decreto, se deberá evaluar la eficacia de dicha medida cautelar para determinar la continuidad de su aplicación, de conformidad con los criterios del Sistema Nacional de Seguridad Pública mediante informes que deberán rendir órganos jurisdiccionales, fiscalías y/o procuradurías de los Estados, así como organismos de protección de Derechos Humanos. Los informes de referencia deberán contener, al menos, los siguientes elementos:

1. Desempeño eficaz de las Unidades Estatales de Supervisión de Medidas Cautelares y Suspensión Condicional del Proceso;
2. La eficacia de las medidas cautelares aplicadas;
3. Creación y desempeño de instancias de atención integral de víctimas;
4. Implementación de sistemas de información criminal y de judicialización;
5. Resultado de la Aplicación de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Material Penal, y,
6. Los avances de la implementación de elementos críticos como la capacitación de los operadores de los poderes judiciales y del Ministerio Público, policía de investigación, policía preventivo, peritos, entre otros. Los parámetros para la medición de la eficacia en la implementación de los elementos críticos serán dispuestos por la ley correspondiente (sin precisar).

Como consecuencia de lo anterior se reforma, adiciona y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, de la Ley de Seguridad Nacional, del Código Nacional de Procedimientos Penales, del Código Fiscal de la Federación, y del Código Penal Federal.

#### **4. Finalidad**

Desde el inicio de este trabajo se hace referencia a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano que decretó el encarcelamiento preventivo para defender la vigencia del derecho a la presunción de inocencia y que en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se considera la libertad subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y en su caso para la ejecución del fallo. En ese tenor, considerando que el artículo 19 constitucional claramente señala que la finalidad de esta medida cautelar solicitada - cuando otras no sean suficientes-, es asegurar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la

comunidad y cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso, siempre y cuando la causa diversa no sea acumulable o conexa en los términos del Código Nacional de Procedimientos Penales.

El ordenamiento anterior establece las circunstancias exigibles para decidir si está garantizada o no la comparecencia del imputado en el proceso y para ello el juez correspondiente tomará en cuenta especialmente: el arraigo que tenga en el lugar donde deba ser juzgado determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia y las facilidades para abandonar el lugar o permanecer oculto. La falsedad sobre el domicilio del imputado constituye presunción de riesgo de fuga; el máximo de la pena que en su caso pudiera llegar a imponerse de acuerdo con el delito de que se trate y la actitud que voluntariamente adopta el imputado ante éste; su comportamiento posterior al hecho cometido durante el procedimiento o en otro anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse o no a la persecución penal; la inobservancia de medidas cautelares previamente impuestas o el desacato de citaciones para actos procesales y que, conforme a derecho, le hubieran realizado las autoridades investigadoras o jurisdiccionales.

En caso de existir peligro de obstaculización del desarrollo de la investigación peligro de sustracción del imputado el ordenamiento citado establece que deberá tener presente la circunstancia del hecho imputado y los elementos aportados por el Ministerio Público para estimar como probable que, de recuperar su libertad, el imputado:

- I. Destruirá, modificará, ocultará o falsificará elementos de prueba;
- II. Influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera reticente o inducirá a otros a realizar tales comportamientos, o,
- III. Intimidará, amenazará u obstaculizará la labor de los servidores públicos que participan en la investigación. (Arts. 168 y 169)

Cuando se trate de la protección de la víctima u ofendido, del testigo o de la comunidad y el Ministerio Público estime que el imputado representa un riesgo inminente en contra de la seguridad de ellos, bajo su más estricta responsabilidad, ordenará fundada y motivadamente la aplicación de las medidas de protección idóneas previstas en el artículo 137 y en caso de su incumplimiento podrá imponer alguna de las medidas de apremio conforme al artículo 104 previstas en el CNPP, y tratándose de delitos por razón de género, se aplicarán de manera supletoria la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.

## **5. Excepciones**

En el caso de que el imputado sea persona mayor de setenta años o afectada por una enfermedad grave o terminal, el órgano jurisdiccional podrá ordenar que la prisión preventiva se ejecute en el domicilio de la persona imputada o, de ser el caso, en un centro médico o geriátrico, bajo las medidas cautelares que procedan. De igual forma, procederá cuando se trate de mujeres embarazadas, de madres durante la lactancia. No gozarán de dicha prerrogativa, quienes a criterio del Juez de Control puedan sustraerse de la acción de la justicia o manifiesten una conducta que haga presumible su riesgo social (Art. 166).

En ningún caso queda autorizado a aplicar medidas cautelares sin tomar en cuenta el

objeto o la finalidad de estas ni aplicar medidas más graves que las previstas en dicho ordenamiento. La prisión preventiva será ordenada conforme a los términos y las condiciones anotadas y no podrá exceder de un año, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este término no se ha dictado sentencia el imputado podrá ser liberado de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares (artículo 165).

Lo anterior evidencia la controversia que presenta la aplicación de la prisión preventiva con el trato de inocente, pues se sigue cuestionando, por una parte, si dicha medida cautelar quebranta el derecho de presunción de inocencia, y por la otra parte si su aplicación vulnera el estado de inocencia con la admisión de la culpabilidad por parte del imputado, para efecto de la apertura del procedimiento abreviado que implica que el acusado acepte los hechos delictivos y sea sentenciado con base en los registros de la investigación recabados por el Ministerio Público, evitando la tramitación del juicio oral con el beneficio de una pena atenuada comparada con la que aquella que se le impondría.

En el primer caso, la privación de libertad como prisión provisional se justifica para asegurar el proceso como una medida estrictamente necesaria de aplicación subsidiaria, provisional y proporcionada a los fines constitucionales que la delimitan. Para que la prisión preventiva sea compatible con la presunción de inocencia debe regularse con carácter excepcional, respetando su proporcionalidad y fijándole una limitación temporal.

En el segundo supuesto, hay que recordar que la presunción de inocencia exige que el juez o tribunal de juicio adquiera, durante el juicio la certeza de la comisión del hecho por el enjuiciado, respetando el principio *in dubio pro reo* que permite que la duda del juzgador o del tribunal acerca de la ocurrencia del delito que se le imputa, favorezca al reo, la falta de certeza significa que el Estado no ha sido capaz de destruir el estado de inocencia que lo ampara y por lo mismo ella debe conducir a la absolución.

El ordenamiento procesal penal establece la figura del procedimiento abreviado señalando entre los requisitos de procedencia que lo solicite el Ministerio Público para lo cual debe formular imputación y establecer los datos de prueba que lo sustentan, que el imputado consienta en su aplicación, admita su responsabilidad por el delito que se le imputa y acepte ser sentenciado con los medios de convicción que exponga la autoridad ministerial al formular la acusación (Art.201).

El Juez de Control tiene conocimiento de lo que las partes invocan, especialmente el Ministerio Público quien debe justificar que los elementos de convicción son suficientes cualitativamente para acreditar la acusación; pero necesariamente conduce al juez del conocimiento a dictar una sentencia condenatoria, sin necesidad de que las pruebas se desahoguen en juicio oral, se juzga con base en los registros de la investigación que obran en la carpeta de la autoridad ministerial. ¿Cuál es el sentido de principio de inocencia, si el Estado a través del órgano de jurisdicción acepta la confesión del imputado para aperturar el procedimiento?

Un sector de la doctrina considera que admitir la culpabilidad como elemento del delito y nexo causal y emocional que une al sujeto con el acto delictivo contraviene el principio de inocencia, el cual debe prevalecer hasta el momento del enjuiciamiento, siendo necesario el

análisis de prelación lógica todos los elementos del delito que se atribuye, al arribar al elemento culpabilidad podrá hasta entonces formular el juicio de reproche.

Otro sector lo complementa al considerar el riesgo de que el Ministerio Público omita determinados datos de prueba que hubieren resultado idóneos para establecer el aspecto negativo de un elemento objetivo del tipo penal; independientemente de que esta nueva forma de juzgar puede convertirse en una práctica de condenar al imputado sin que dicha autoridad cumpla con la carga de probar para demostrar con certeza la culpabilidad. Es inocente sin importar la etapa del procedimiento en la que se encuentre, con protección irrestricta a sus derechos que se encuentran en el apartado B de su artículo 20 constitucional.

Se afirma también que, el hecho que se atribuye es constitutivo de delito sin que, de oficio, se advierta causa de exclusión de este. No obstante, la afirmación de delito requiere de una acción u omisión (simple o impropia) dolosa (directo o eventual) o culposa (previsible o imprevisible) que se encuentra exactamente adecuada a la descripción legal como constitutiva de un delito.

El imputado, desde el momento en que se le atribuye una conducta delictiva, goza de derechos tendientes a resguardar su persona, dignidad, libertad, honra y buen nombre, se garantiza su calidad de sujeto en la investigación y no de objeto de esta. Además, la investigación y el juicio mismo importan fases procesales que comprometen la dignidad y otros derechos de la persona, que requieren la garantía de respeto que corresponde, según los actos procesales. Es aquí donde se considera correcto citar a Ferrajoli, quien señala que debe aceptarse que no solo el abuso, sino el uso de principios que contravienen los derechos fundamentales es radicalmente ilegitimo y además idóneo para provocar el desvanecimiento de las demás garantías penales y procesales (Ferrajoli, 2004).

El derecho a la presunción de inocencia no afirma que el imputado sea realmente inocente, es decir, que no haya intervenido en la comisión de una conducta punible, el significado consiste en atribuir a toda persona un estado jurídico que exige ser considerada inocente, sin importar si el hecho de que se le atribuye. Su base angular es considerar que por naturaleza todos los hombres son inocentes, no culpables, consecuencia de lo cual es dable determinar que toda persona sujeta a un procedimiento penal no se considera responsable de la comisión de un delito hasta que exista una sentencia firme que la declare culpable.

## 6. El preso provisional

Para explicarlo se toma como punto de partida que en los establecimientos carcelarios están privados de libertad personas a las que todavía no se les ha probado su culpabilidad y los sentenciados o reos, motivo por el cual Pérez Cepeda opina que la prisión preventiva escasea de toda justificación, en la medida en que supone la más intromisión, sin que exista una sentencia firme, que ejerce el poder estatal sobre la esfera de la libertad del individuo. Por lo que es importante establecer el estatus que guarda el preso provisional a la luz de la Ley Nacional de Ejecución Penal.

El sistema penitenciario se concibe como el conjunto de normas jurídicas y de

instituciones del Estado que tiene por objeto la supervisión de la *prisión preventiva* y la ejecución de sanciones penales, así como de las medidas de seguridad derivadas de una sentencia, está organizado sobre la base del respeto de los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción de la persona sentenciada a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir (Art.3°). Rigiéndose por los principios de dignidad, igualdad, legalidad, debido proceso, confidencialidad, publicidad, proporcionalidad, etcétera. Por lo cual, las autoridades deben velar porque las personas sujetas a esta Ley (procesados y sentenciados) sean atendidas a fin de garantizar la igualdad sobre la base de la equidad en el ejercicio de sus derechos.

La ejecución de medidas penales y disciplinarias debe realizarse mediante procedimientos que permitan a las personas sujetas a una medida penal ejercer debidamente sus derechos ante la instancia que corresponda, de conformidad con los principios internacionales en materia de derechos humanos. El expediente personal de la persona privada de su libertad tendrá trato confidencial, de conformidad con la ley en la materia, y sólo podrán imponerse de su contenido las autoridades competentes, la persona privada de la libertad y su defensor o las personas directamente interesadas en la tramitación del caso salvo las excepciones establecidas en la Constitución y las leyes aplicables.

Toda intervención que tenga como consecuencia una afectación o limitación de los derechos de las personas privadas de la libertad por parte de las autoridades competentes debe ser adecuada, estrictamente necesaria y proporcional al objeto que persigue la restricción. La persona sometida a prisión preventiva o sentenciada realizará sus actividades laborales, educativas, culturales, de protección a la salud, deportivas, personales y de justicia restaurativa, de conformidad con el régimen y organización de cada Centro Penitenciario, con toda libertad de organizar sus tiempos y espacios. Su ubicación y separación se hará de conformidad con lo siguiente:

- I. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres;
- II. Las *personas procesadas* y sentenciadas ocuparán instalaciones distintas;
- III. Las instalaciones destinadas a los inimputables se ajustarán a lo dispuesto por el Capítulo IX, Título Quinto, de la presente Ley;
- IV. Las personas en *prisión preventiva* y en ejecución de sentencias por delincuencia organizada o sujeta a medidas especiales de seguridad se destinarán a espacios especiales. Adicionalmente la Autoridad Administrativa podrá establecer sistemas de clasificación de acuerdo en los criterios de igualdad, integridad y seguridad (art. 5).

La LNEP en el artículo 9° establece de manera enunciativa y no limitativa los derechos que corresponden al interno durante la ejecución de la prisión preventiva o las sanciones penales impuestas, quienes gozarán de todos aquellos previstos por la Constitución y los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, siempre y cuando estos no hubieren sido restringidos por la resolución o la sentencia, o su ejercicio fuese

incompatible con el objeto de éstas. Expone también una serie de principios sustantivos y de garantías jurídicas y de procedimiento establecidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos para asegurar el respeto en situaciones de la vida real, sin menoscabo del derecho del Estado a luchar contra el delito y a defender la sociedad, que son aplicables en el sector penitenciario. El Comité Técnico, tendrá las funciones siguientes:

- I. Determinar la ubicación que le corresponde a cada persona privada de la libertad al ingresar al Centro, para los efectos del artículo 5 de la presente Ley;
- II. Determinar y aplicar las sanciones disciplinarias, en estricto apego al principio de legalidad a favor de la persona interna;
- III. Diseñar con participación de la persona interna, autorizar y evaluar los planes de actividades;
- IV. Vigilar el cumplimiento de lo ordenado por el Juez, en lo relativo a la ejecución de la medida cautelar de prisión preventiva.

La Autoridad Penitenciaria estará obligada a prestar sus servicios a todas las personas privadas de la libertad que los requieran, ser de buena calidad y adecuarse a sus necesidades, bajo criterios de razonabilidad y no discriminación. Las personas sujetas a prisión preventiva y las personas aseguradas con fines de extradición gozarán de estos derechos desde su ingreso. Las personas privadas de la libertad podrán hacer uso voluntariamente de los servicios que ofrezca el Centro Penitenciario, con excepción de las medidas preventivas de enfermedades, de higiene y de salubridad general (Art. 32).

También estará obligada a cumplir con los protocolos que dicta la Conferencia para garantizar las condiciones de internamiento dignas y seguras para la población privada de la libertad y la seguridad y bienestar del personal y otras personas que ingresan a los Centros; entre ellos se encuentra el protocolo de ingreso, egreso y de las medidas necesarias para poner a la persona en libertad inmediata cuando la autoridad judicial así lo disponga y no exista otra causa para mantener a la persona privada de la libertad.

Otra disposición interesante radica en que las personas sujetas a prisión preventiva deberán cumplir con la resolución judicial privativa de la libertad en los Centros Penitenciarios más cercanos al lugar donde se está llevando a cabo su proceso. Mientras que, las personas sentenciadas podrán cumplir con la resolución judicial privativa de la libertad en los más cercanos a su domicilio. Esta disposición no aplica en el caso de delincuencia organizada y respecto de otras personas privadas de libertad que requieran medidas especiales de seguridad en los términos del penúltimo párrafo del artículo 18 Constitucional.

Conforme al artículo 116 el Juez de Ejecución conocerá de controversias relacionadas con:

- I. Las condiciones de internamiento y cuestiones relacionadas con el mismo;
- II. El plan de actividades de la persona privada de la libertad y las cuestiones relacionadas con el mismo, que impliquen violación de derechos fundamentales;

La persona privada de su libertad podrá solicitar a dicho juez un permiso extraordinario

de salida cuando se justifique por enfermedad terminal, fallecimiento de un parente consanguíneo en línea ascendiente o descendiente de primer grado, cónyuge, concubina o concubinario, o socio conviviente. Esta medida no aplicará para las personas privadas de su libertad por delincuencia organizada o aquellas sujetas a medidas especiales de seguridad (Art. 145).

### **Conclusiones**

*Primera.* La prisión preventiva compromete seriamente la libertad de la persona, que se justifica por la necesidad de asegurar el proceso como una medida estrictamente necesaria, de aplicación subsidiaria, provisional y proporcionada. Por lo mismo la doctrina es unánime en la exigencia de especiales resguardados para su regulación legal.

*Segunda.* La prisión preventiva es una medida precautoria de índole personal que crea al individuo -sobre quien recae- un estado más o menos permanente de privación de su libertad física, soportada en un establecimiento público destinado al efecto; dictada por el Juez de Control conforme a lo dispuesto por el artículo 19, párrafo segundo de la Constitución Federal que regula el carácter excepcional de la medida y establece la posibilidad de que el Ministerio Público la solicite cuando otras medidas cautelares no son suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.

*Tercera.* La presunción de inocencia es un derecho fundamental consagrado para la práctica del Derecho penal y su ejecución, por esa razón, se pretende destacar cuán importante puede resultar su adecuada aplicación para afirmar que una persona es inocente o no lo es, sería absurdo decir que alguien es culpable sin que un juez lo determine, es decir, exige que el juez o el tribunal de la causa adquiera la certeza de que ésta cometió el delito, la falta de ella significa que el Estado no ha sido capaz de destruir el estado de inocencia que lo ampara y por lo mismo dictar la absolución. Para que la prisión preventiva sea compatible con este derecho está regulada con carácter excepcional, respetando su proporcionalidad con la gravedad del hecho imputado y fijándole una limitación temporal. Elementos que deben aplicarse especialmente por el juez en la decisión particular que debe ser debidamente fundada.

*Cuarta.* En el procedimiento abreviado previsto en el artículo 201 del Código Nacional de la materia, la presunción de inocencia prohíbe al juzgador considerar culpable sin mediar condena o un estado determinado, al responsable de un hecho considerado en la ley como delito, aun cuando admita la responsabilidad y acepte ser sentenciado con base en los medios de convicción que exponga el Ministerio Público que lo acusa, máxime que éste debe aportar prueba concreta capaz de generar la certeza necesaria para establecer la autoría o participación y la culpabilidad propia de una declaración judicial de condena firme. Si esto es así, es innecesario tal requisito para la procedencia de dicho procedimiento.

## Fuentes de consulta

Avalos, C. L. (2013). *La prisión preventiva frente a la presunción de inocencia en el CNPP*. Lima.

Beccaria, C. (s.f.). *Tratado de los delitos y de las penas*. Madei: Universidad Carlos III de Madrid.

Bernal Cavero, J. A. (s.f.). *Determinación alternativa*. Recuperado el 2016, de <http://www.juecesyfiscales.org/alternativa.htm>

Blinder, A. (2002). *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Ad Hoc. Carrara, F. (1999). *Inmoralidad de la prisión provisional*. (D. Q. M., Trad.).

Cepeda, A. P. (s.f.). *El régimen penitenciario*.

Cuevas, L. E. (2016). Reflexiones sobre prisión preventiva. *Revista Anales de Derecho*, 11. Recuperado de <http://revista.um.es/analesderecho>

Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. (Cuarta ed.). (P. A. Greppi., Trad.) Trotta.

Jordi, F. B. (2018). *Prueba y verdad en el derecho*. (2da edición. ed.). Madrid, España: Marcial Pons.

Landrove, D. G. (1984). *Prisión preventiva y penas privativas de libertad, en Estudios Penales y Criminológicos* (Vol. VII). Santiago de Compostela.

Ley Nacional de Ejecución Penal. (junio de 2016). *Diario Oficial de la Federación*. Recuperado de [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LNEP\\_090518.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LNEP_090518.pdf)

López, M. Á. (2015). *Presunción de inocencia. Derecho humano en el sistema penal acusatorio. Apéndice de jurisprudencia relacionada*. México: Instituto de la Judicatura Federal.

Prisión preventiva oficiosa, Decreto de Reforma al artículo 19 de la Constitución Mexicana, *Diario Oficial de la Federación*. (12 de abril de 2019). Recuperado de [https://dof.gob.mx/index\\_113.php?year=2019&month=04&day=12](https://dof.gob.mx/index_113.php?year=2019&month=04&day=12)

Sandoval Pérez, E. (2016). La Duda Razonable en el Juicio Oral. *Revista de Investigación*

*Jurídica No. 1. Colegio de Derecho, Estudio e Investigación Jurídica., 5-14.*

Sandoval Pérez, E. (2017). Presunción de inocencia como principio rector del constitucionalismo mexicano. *Memoria de congreso México: UNAM-IIJ.*, 453-472.

Tesis Aislada núm. P. XXXV/2002. (1° de agosto de 2002). Suprema Corte de Justicia de la Nación, Novena época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVI, pág. 14. Recuperado de <https://suprema-corte.vlex.com.mx/vid/tesis-jurisprudencial-pleno-aislada-27196083>

Universidad Nacional Autónoma de México-IIJ. (2017). *Presunción de inocencia como principio rector del constitucionalismo mexicano*. México: UNAM-IIJ.

## Intervención notarial en conflictos del Agua\*

José Antonio Márquez González\*\*

**RESUMEN:** El presente ensayo examina el régimen legal del agua en nuestro país, revisando la Ley de Aguas Nacionales y su Reglamento, la Ley General de Salud, la Ley General de Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente y la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental.

Por otra parte, ante la inminente gravedad de los conflictos que resultan por el uso del líquido, se propone la intervención específica del notario como negociador, mediador, conciliador y árbitro, fundamentando su tarea en la larga evolución histórica y en la función social del notario moderno, como experto mediador con atribuciones fedatarias.

**Palabras clave:** Agua, notario, negociación, mediación, conciliación, arbitraje.

**ABSTRACT:** This essay examines the legal regime of water in Mexico. It starts with a review of Law on National Waters and its Regulation, the General Health Law, the General Law of Ecological Balance and Environmental Protection, and the Federal Law of Environmental Responsibility.

In the near future imminent conflicts will result from the use of the liquid. So, the specific intervention of the latin notary public is proposed as negotiator, mediator, conciliator and arbitrator basing his task on the long historical evolution and on the social function of the modern latin notary public as an expert mediator with public faith.

**Keywords:** Water, notary public, negotiation, mediation, conciliation, arbitration.

**SUMARIO:** Introducción. I. El régimen legal del agua. 1. Ley de Aguas Nacionales y su Reglamento; 2. Ley General de Salud; 3. Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente; 4. Ley Federal de Responsabilidad Ambiental.

II. La figura del notario latino. 1. Evolución histórica; 2. El notario en la actualidad; 3. La función social del notario moderno; 4. Los conflictos sobre el agua; 5. Las formas alternativas de justicia; 6. Fundamentación legal; 7. El notario como negociador, mediador, conciliador y árbitro; 8. Las ventajas de la intervención del notario.

### Introducción

El presente ensayo hace una revisión meramente normativa del panorama legal del agua bajo una metodología de resumen exegético de las principales disposiciones. Ello aparece

\* Artículo recibido el 10 de febrero de 2020 y aceptado para su publicación el 12 de mayo de 2020.

\*\* Investigador y docente de la Facultad de Derecho-SEA de la Universidad Veracruzana.

como una mera introducción al propósito esencial de este artículo, cuyo objetivo es proponer de manera directa la intervención calificada de un notario público en la resolución de los eventuales conflictos relacionados con el agua.

Juzgo inútil explorar con más amplitud la evolución histórica del notario de tipo latino. Doy por sentado la disponibilidad cada vez más dramática y escasa del recurso hídrico y el surgimiento de conflictos al respecto. Luego entro inmediatamente al examen de la posibilidad de disminuir la litigiosidad en el tema. Estudio las formas alternativas de justicia, o sea, las figuras de negociación, mediación, conciliación y arbitraje, su fundamentación normativa y la proposición del notario como experto calificado con grandes ventajas para intervenir en el alivio de conflictos.

## **I. El régimen legal del agua**

El régimen legal del agua se encuentra enmarcado constitucionalmente en el artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en la Ley de Aguas Nacionales (LAN). La Ley Federal de Derechos (en sus capítulos correspondientes al agua) y la Ley de Contribución de Mejoras por Obras Públicas Federales de Infraestructura Hidráulica. Otras normas complementarias son el Reglamento de la propia LAN (RLAN), la Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente (LGEEPA), la Ley General de Salud (LGS) y la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental (LFRA), además de las disposiciones relativas a los códigos civiles, federal y de cada una de las entidades.

En efecto, el artículo 27 de la Constitución en su párrafo 5º dice que son propiedad de la nación las aguas de los mares territoriales, las aguas interiores, lagunas, esteros, ríos y sus afluentes, lagos y lagunas. Las aguas del subsuelo pueden ser libremente alumbradas y ser apropiadas por el dueño del terreno. Cuando lo exija el interés público, el Ejecutivo Federal reglamentará su extracción y utilización y aun establecerá zonas vedadas.

La propia Constitución menciona que puede haber otras modalidades de propiedad o dominio cuando las aguas sean parte de los terrenos donde corran o en los que se encuentren sus depósitos; si se localizaren en dos o más predios se sujetarán a las disposiciones que dicten las entidades federativas. Igualmente el apartado sexto del mismo artículo 27, dice que el dominio de las aguas de propiedad nacional es inalienable e imprescriptible y solo se podrá explotar, usar o aprovechar este recurso mediante concesión otorgada por el Ejecutivo Federal, de acuerdo a las reglas y condiciones que establezcan las leyes. La Ley de Aguas Nacionales es la normativa que reglamenta el artículo 27 constitucional, en los párrafos quinto y sexto e incluye a las aguas del subsuelo como propiedad nacional.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación -SCJN-, ha emitido diversas interpretaciones sobre la propiedad de las aguas subterráneas al grado que en 1973 determinó que las aguas del subsuelo no eran propiedad de la nación (1973, p. 395). A partir de 1988, sustentó una nueva tesis jurisprudencial en el sentido de que sí lo son (1988, p. 13).

Por su parte, el Código Civil Federal (CCF) menciona en algunos puntos este recurso natural, especialmente en el artículo 750, fracciones IX y XI, que se refiere a los manantiales, estanques, aljibes y corrientes de agua, así como a los acueductos y a las cañerías de

cualquier especie que sirvan para conducir los líquidos o gases a una finca o para extraerlos de ella. También a los diques y construcciones que, aun cuando sean flotantes, estén destinados por su objeto y condiciones a permanecer en un punto fijo de un río, lago o costa. El código los conceptúa a todos como bienes de naturaleza inmueble.

En términos de los artículos 768 y 770 de dicho código, al igual que el artículo 27 para las aguas de propiedad nacional, se establece que los bienes de uso común son inalienables e imprescriptibles y que los bienes destinados a un servicio público y los bienes propios, pertenecen en pleno dominio a la federación, a los estados o a los municipios y que los primeros son también inalienables e imprescriptibles.

El CCF añade que las servidumbres de acuerdo al artículo 29 bis 6 de la LAN, "se aplican sobre aquellas áreas indispensables para el uso, reúso, aprovechamiento, conservación y preservación del agua, ecosistemas vitales, defensa y protección de las riberas, caminos y, en general, para las obras hidráulicas que las requieran" (1992); se establecen por utilidad pública o comunal, para mantener expedita la navegación de los ríos, la construcción o reparación de las vías públicas, y para las demás obras comunales de esta clase, se fijarán por las leyes y reglamentos especiales, y a falta de estos, por las disposiciones del mismo código. En cuanto a la pesca y el buceo de perlas, se especifica que cuando este tipo de actividades se realice en aguas del dominio público, que sean de uso común, se regirán por lo que dispongan las leyes y reglamentos respectivos. A su vez, el derecho de pesca pertenece a los dueños de los predios en que aquéllas se encuentren, con sujeción a las leyes y reglamentos de la materia.

se aplican servidumbres sobre aquellas áreas indispensables para el uso, reúso, aprovechamiento, conservación, y preservación del agua, ecosistemas vitales, defensa y protección de las riberas, caminos y, en general, para las obras hidráulicas que las requieran.

Disposiciones específicas tienen lugar en cuanto al derecho de accesión es decir, a las incorporaciones naturales o artificiales que sufre un bien, ya sea por causa de acrecentamiento por aluvión, disminución natural de las aguas crecidas extraordinarias, arrancamiento de porciones, árboles arrastrados por la corriente de las aguas, cauces abandonados de ríos federales, islas en los mares adyacentes, ríos que pertenecen a la Federación, divisiones fluviales limítrofes, brazos o ramales, etcétera (artículos 908 a 915).

Un capítulo especial se conforma bajo el título "Del dominio de las aguas", que comprende los artículos 933 a 937. El artículo 933 dice que:

El dueño del predio en que exista una fuente natural, o que haya perforado un pozo brotante, hecho obras de captación de aguas subterráneas o construido aljibe o presas para captar las aguas pluviales, tiene derecho de disponer de esas aguas; pero si éstas pasan de una finca a otra, su aprovechamiento se considerará de utilidad pública y quedará sujeto a las disposiciones especiales que sobre el particular se dicten.

El dominio del dueño de un predio sobre las aguas de que trata este artículo, no perjudica los derechos que legítimamente hayan podido adquirir a su aprovechamiento de los predios inferiores.

El artículo 934, por su parte, releva de la obligación de indemnizar a quien perfore pozos o haga obras de captación de aguas subterráneas en su propiedad, aunque por esto disminuya el agua del abierto en fundo ajeno. Tampoco podrá desviarse el curso de las

aguas si se causan daños a un tercero (artículo 935) y se previene también el pago a prorrata de la recuperación de los gastos de los predios vecinos, mediante indemnización fijada por peritos, a aquél propietario de un predio cuyo acceso al recurso hídrico resulte demasiado oneroso (artículo 937).

En capítulo por separado se regulan las servidumbres legales de desagüe (artículo 1071) y acueducto (artículo 1078).

La primera de ellas establece la obligación de indemnización en favor de los predios sirvientes y a cargo de los predios inferiores que reciban las aguas de los superiores, a consecuencia de mejoras agrícolas o industriales. Se trata también de las aguas insalubres y de su limpieza o recuperación, siempre a costa del dueño del predio dominante (artículo 1077).

En lo que se refiere a la servidumbre legal de acueducto, se establece asimismo el derecho a hacer pasar el agua por los fundos intermedios, con la obligación de indemnizar a los dueños y construyendo además los canales necesarios. En estos casos se debe previamente justificar que el solicitante puede disponer del agua que pretende conducir, acreditar que el paso que solicita es el más conveniente y el menos oneroso, pagar el valor del terreno que ha de ocupar el canal (según estimación de peritos, y un diez por ciento más) y resarcir los daños inmediatos (artículo 1086).

Esta servidumbre legal de acueducto involucra, desde luego, un derecho de tránsito de personas y animales, así como de los materiales correspondientes y el necesario mantenimiento de las instalaciones. Son aplicables a esta servidumbre genérica los casos de los terrenos pantanosos o aguas estancadas a las cuales se deseé desecar o dar salida. Disposiciones especiales, en cambio, rigen en el caso de servidumbres de estribos de presa para el mejor aprovechamiento del agua.

La Ley de Aguas Nacionales, por su parte, menciona dos tipos de servidumbre: las servidumbres naturales y las forzosas o legales. Las naturales se refieren a los cauces de propiedad nacional en los cuales no existan obras de infraestructura; las forzosas o legales a aquellas sobre cuyos fundos se realice la construcción de obras hidráulicas como embalses, derivaciones, tomas directas y otras captaciones, obras de conducción, tratamiento, drenajes, obras de protección de riberas y obras complementarias, incluyendo caminos de paso y vigilancia (1992).

## **1. Ley de Aguas Nacionales y su Reglamento**

Por otra parte, siguiendo la regulación constitucional, se dictó la Ley de Aguas Nacionales (LAN) publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 1 de diciembre de 1992 por el presidente Carlos Salinas de Gortari. Esta ley incorpora reformas recientes del 6 de enero de 2020. Va acompañada de su reglamento de fecha 12 de enero de 1994 y con reformas sustanciales al 2014. En 2004 se reformaron 114 artículos (de los 124 de los que consta) y se adicionaron 66 que se han denominado como bis, lo que en realidad hace un total de 190 artículos.

La LAN consta de un total de 124 artículos, con algunos denominados *bis*, en virtud de las reformas necesarias. Está dividida en diez capítulos, que se refieren, por su orden, a la

administración del agua y a las autoridades respectivas (Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales, la Comisión Nacional del Agua, los Consejos de Cuenca, el Consejo Consultivo del Agua, el Servicio Meteorológico Nacional, el Instituto Mexicano de Tecnología del Agua y la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente). Además, se examinan la política y programación hídricas, los derechos de explotación, uso o aprovechamiento de aguas nacionales, las concesiones y asignaciones, y los casos de suspensión, extinción, revocación, restricciones y servidumbres. Incluye también el Registro Público de Derechos de Agua, la transmisión de títulos, los usos del agua (urbano y agrícola), la cultura del agua, la prevención y el control de la contaminación de las aguas, la responsabilidad por daño ambiental, la inversión en infraestructura hidráulica, el sistema financiero del agua y el régimen de infracciones, sanciones y recursos.

El Reglamento de la Ley de Aguas Nacionales (RLAN) sigue, desde luego, la misma estructura y añade un título undécimo que trata de la conciliación y del arbitraje.

La LAN es muy prolífica y compleja desde el punto de vista técnico. Desde el principio, contiene un largo capítulo de definiciones; en el artículo tercero (*cfr. artículo 2, I-XXV*), con un total de 71 conceptos, desde “Aguas Nacionales” hasta “Zonas Marinas Mexicanas”. Juzgo innecesario consignar por extenso cada uno de los conceptos, excepto en lo que resulte conveniente en el presente trabajo.

La autoridad máxima en esta materia se ejerce por el Ejecutivo Federal, quien tiene a su cargo una serie de acciones de coordinación que puede ejercitar en forma directa o a través de la denominada Comisión Nacional del Agua (CONAGUA) y de los Consejos de Cuenca (CC).

La competencia directa del Ejecutivo Federal se encuentra regulada en el artículo 6 de la LAN. Puede resumirse en sus facultades de reglamentación en lo relativo a la extracción y explotación, uso o aprovechamiento de las aguas, el establecimiento, modificación o supresión de zonas reglamentadas, sustentabilidad de los ecosistemas vitales en áreas determinadas en acuíferos, cuencas hidrológicas, o regiones hidrológicas, expedición de decretos para el establecimiento de zonas de veda, declaratorias de zonas de reserva, declaratorias de rescate, pago de indemnizaciones, decretos de expropiación, de ocupación temporal, total o parcial de los bienes, emisión de políticas y lineamientos, cumplimiento de acuerdos y convenios internacionales, nombrar al director general de ciertas autoridades y establecer distritos de riego o de temporal tecnificado.

La CONAGUA es un órgano administrativo descentrado de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT), con autonomía técnica, ejecutiva, administrativa, presupuestal y de gestión (artículo 3, XII, LAN), que se integra en dos modalidades, a nivel nacional y a nivel regional hidrológico-administrativo, en este último caso a través de los Organismos de Cuenca (OC) que tienen a su cargo la materia operativa, ejecutiva, administrativa y jurídica. Es una larga enumeración que comprende un total de 54 fracciones en el artículo 9 de la LAN.

Los CC son órganos colegiados de integración mixta, instancia, coordinación, concertación, apoyo, consulta y asesoría, entre la Comisión (incluyendo el OC que corresponda), las dependencias y entidades de las instancias federal, estatal o municipal,

los representantes de los usuarios de agua y de las organizaciones de la sociedad, de la respectiva cuenca hidrológica o región hidrológica (artículo 3, XV, LAN). Ya se ve pues que se trata de organismos con vocación local y cuya particularidad es que en un ámbito geográficamente limitado se logre la concentración de los tres órdenes de gobierno, además de los particulares. En los artículos 18 al 21 del RLAN se reglamentan la organización y la participación de los usuarios.

Los OC corresponden a la autoridad del agua y, como ya dije, los CC son de composición mixta. Los primeros disponen de una gran autonomía como unidades de tipo técnico, administrativo y jurídico, siempre reducidas a cada unidad o, como dice la ley, con un “perfil de unidades regionales especializadas”.

Cada OC posee un director general subordinado a su vez al Director General de la CONAGUA, pero está auxiliado por un CC integrado por las siguientes autoridades: titulares de las Secretarías de Hacienda y Crédito Público (SHCP), de Desarrollo Social (SEDESOL), de Energía (SENER), de Economía (SE), de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT), de Salud (SSA), de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación (SAGARPA), y Comisión Nacional Forestal (CONAFOR) (artículo 12 *bis* 2, VII, LAN). Intervienen asimismo el Ejecutivo del Estado correspondiente y un representante de la presidencia municipal. Nuevamente las atribuciones de los OC se encuentran reguladas en un total de 33 fracciones previstas en el artículo 12 *bis* 6.

Es necesario aclarar que los CC, como órganos de integración mixta y colegiada, no se encuentran jerárquicamente subordinados ni a la CONAGUA ni a los OC. Los CC disponen de un presidente, de un secretario técnico y de vocales que representan a los tres órdenes de gobierno, a los usuarios del agua y a las organizaciones de la sociedad (artículo 3, XV, LAN), siempre delimitados a cada cuenca hidrológica o bien a un grupo de cuencas hidrológicas. Para su organización operativa cuenta con cuatro órganos, a saber: la Asamblea General de Usuarios, el Comité Directivo del Consejo de Cuenca, la Comisión de Operación y Vigilancia del Consejo de Cuenca y la Gerencia Operativa (artículo 13 *bis* 1, LAN). Las atribuciones de los CC están definidas en el artículo 13 *bis* 3.

Un punto importante de la LAN se refiere a la organización y participación de los usuarios del agua y de la sociedad. De hecho, el capítulo diez de la ley se dedica especialmente a este rubro, promoviendo la participación de las organizaciones ciudadanas o no gubernamentales, así como de los colegios de profesionales y los grupos académicos, además de ejidos, comunidades, centros educativos y personas interesadas en general.

Otras organizaciones importantes son el Consejo Consultivo del Agua (CCA), el Servicio Meteorológico Nacional (SMN), el Instituto Mexicano de Tecnología del Agua (IMTA) y la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente (PROFEPA).

Tal vez uno de los títulos más destacados de la ley se refiere a los derechos de explotación, uso o aprovechamiento de las aguas nacionales, de conformidad con lo previsto en el artículo 27 de la Constitución. Algunos puntos importantes de este tema son los siguientes: la explotación uso y aprovechamiento totalmente libre de aguas superficiales para uso doméstico (a menos que haya necesidad de desvíos o alteraciones), la necesidad de concesión para la desalinización de las aguas marinas, alumbramiento libre de aguas en

el subsuelo (sin perjuicio de las contribuciones fiscales) e inscripción en el Registro Público de Derechos de Agua (REPDA).

La forma de explotar, usar o aprovechar las aguas nacionales se realiza mediante concesión o asignación del Ejecutivo Federal, de la Comisión y los OC. El documento que incorpora estas concesiones o asignaciones se llama *título*, ya se trate de concesión, asignación o de permisos de descarga. El beneficiario recibe el nombre de concesionario, con los derechos y obligaciones que marca la ley.

El trámite inicia con la solicitud de concesión o asignación, la cual debe contener los siguientes datos: nombre y domicilio del solicitante; la cuenca hidrológica, acuífero en su caso, región hidrológica, municipio y localidad a que se refiere la solicitud; el punto de extracción de las aguas que se soliciten; el volumen de extracción y consumo requeridos; el uso inicial; el punto de descarga de las aguas residuales; el proyecto de las obras a realizar, incluyendo tratamiento de las aguas y costo económico y ambiental y la duración de la concesión o asignación. Al propio tiempo el beneficiario debe obligarse expresamente a pagar las contribuciones fiscales (artículo 21, LAN).

El solicitante debe adjuntar los documentos relativos que se refieran a la propiedad o posesión del inmueble, el documento que acredite la constitución de las servidumbres, la manifestación de impacto ambiental, el proyecto de las obras a realizar, la memoria técnica con los planos correspondientes, la documentación técnica que soporte la solicitud en términos del volumen de consumo requerido, el uso inicial que se le dará al agua, las condiciones de cantidad y calidad de la descarga de aguas residuales y un croquis que indique la ubicación del predio (artículo 21 bis, LAN).

Asimismo, como producto de las reformas de 2004, es obligación ineludible de la Autoridad del Agua contestar toda solicitud en 60 días, una vez que se haya integrado el expediente. Esta concesión o asignación no puede ser menor de cinco años, ni mayor de 30 años, en términos del artículo 24 de la LAN.

Es importante aclarar que los usos domésticos y público-urbanos siempre son preferentes sobre cualquier otro uso, por ejemplo agrícolas, comerciales o industriales. Los derechos que se hayan concedido se suponen asignados sin perjuicio de terceros; tampoco garantizan un caudal siempre constante en el volumen del agua. Estos derechos (y las obligaciones relativas) de los concesionarios o asignatarios se encuentran previstos en los artículos 28 y 29 de la ley; los derechos están restringidos a apenas siete fracciones que se refieren a la explotación, uso o aprovechamiento, confección de trabajos u obras, servidumbres, transmisión de derechos, renuncia, expedición de títulos y prórroga de los plazos.

Al propio tiempo las obligaciones se encuentran previstas en diecisiete fracciones del artículo 29 y consisten básicamente en las siguientes: ejecución efectiva de las obras y trabajos, instalación y conservación de medidores de agua, pago de los derechos, trabajos de seguridad hidráulica y de equilibrio ambiental, facilidades de inspección, información y documentación por la autoridad, uso eficiente del agua, limitación a los volúmenes autorizados, aviso de desperfectos, prevención de la contaminación, limpieza de los cauces,

presentación de informes, calidad del agua, tratamiento de aguas residuales y responsabilidad por costos ambientales.

Las concesiones, asignaciones y permisos pueden ser objeto de suspensión por el incumplimiento de estas obligaciones y asimismo pueden extinguirse por el término de la vigencia, renuncia del titular, cegamiento del aprovechamiento, muerte del beneficiario y nulidad del trámite o título. Ahora bien, estas causas de suspensión o de extinción pueden anularse por ciertas razones excepcionales, a saber, caso fortuito o fuerza mayor, mandamiento judicial o resolución administrativa, pago de cuotas por garantía, transmisión temporal de los derechos, inversiones económicas para mejorar la eficiencia, declaratoria de rescate, etcétera.

Otra figura jurídica que concurre en estos casos es la revocación, la cual tiene lugar mediante casos específicos previstos en el artículo 29 *bis* 4, que se refiere al exceso en la disposición del agua, incumplimiento de las Normas Oficiales Mexicanas (NOM), descargas ilegales, no obtención de permisos, falta de pago de contribuciones, aprovechamientos o tarifas, daños al ecosistema, residuos peligrosos o dañinos, transmisión de derechos sin permiso, uso distinto de las aguas al permitido, etcétera.

El REPDA está a cargo de la CONAGUA en el ámbito nacional y de los OC en el ámbito local. En este registro se inscriben los títulos de concesión y asignación de aguas nacionales, y sus bienes públicos inherentes, así como los permisos de descargas de aguas residuales, las prórrogas, las modificaciones y rectificaciones, la transmisión de los títulos de concesión, la suspensión, revocación o terminación de los títulos enunciados, las sentencias definitivas de los tribunales judiciales y administrativos, las resoluciones que amplíen o doten de agua, los padrones de usuarios de los distritos de riego, los estudios de disponibilidad de agua y las zonas reglamentadas, de veda y las declaratorias de reserva de aguas nacionales. Además, los actos que efectúe la autoridad se inscribirán de oficio, pero los relativos a la transmisión total o parcial de los títulos, así como a los cambios que se efectúen en sus características o titularidad, se inscribirán a petición de parte interesada, por orden de presentación y una vez que se satisfagan los requisitos que establezcan los reglamentos (artículo 30 LAN; artículos 54-63, RLAN).

Este REPDA funciona por cada región hidrológico-administrativa. La inscripción de los actos es oficiaza o a solicitud de parte interesada por riguroso orden cronológico y con el pago correspondiente de los derechos, según el artículo 59, del RLAN. Es importante precisar que la inscripción en el REPDA surte efectos constitutivos en términos de lo dispuesto en los artículos 31 párrafo I y 34 párrafo III de la LAN, que es prueba contundente de la existencia, titularidad y la situación legal del derecho al recurso. El registro es público, pero la expedición de los certificados tiene un costo. Por cierto que el trámite de las solicitudes relacionadas con las constancias del REPDA puede efectuarse por vía remota en término de lo dispuesto en el artículo 31, párrafo final.

Como ya he dicho, los títulos para la explotación, uso o aprovechamiento de las aguas pueden transmitirse, siempre sujetos a los siguientes requisitos: elaboración de una solicitud por escrito, autorización previa de la autoridad, publicación en el *Diario Oficial de*

*la Federación*, inscripción en el REPDA en el plazo de 15 días hábiles e incluso aviso final del uso efectivo.

La transmisión de los derechos tiene lugar conjuntamente con la transmisión de la propiedad del inmueble. Sin embargo, pueden hacerse también en forma separada, de conformidad con los casos excepcionales previstos en el reglamento (artículo 72, RLAN, en relación con el artículo 35, LAN).

En términos del artículo 65 del RLAN:

Artículo 65. Para efectos del artículo 20 de la "Ley", cuando un asignatario transmita a un particular sus derechos de explotación, uso o aprovechamiento de aguas, o viceversa, no se requerirá sustituir el título, bastando la inscripción de la transmisión en el "Registro" y la anotación de la inscripción correspondiente en el título original.

En otros dos casos, cuando solo se cambie de titular, sin modificar las características del título y cuando se trate de cuencas, entidades federativas o localidades en que se haya autorizado la transmisión de los títulos por la simple inscripción en el Registro, bastará la simple presentación de un aviso por escrito (artículo 66, RLAN). Este aviso debe ser firmado por el concesionario o asignatario y por el adquirente, bajo protesta de decir verdad. Solamente en los casos del simple aviso, puede efectuarse (la ley dice "se podrá efectuar...") por notario, corredor público o fedatario (artículo 68, RLAN). También se previene la transmisión de los títulos por vía sucesoria o adjudicación judicial, con los requisitos que menciona el artículo 71 del RLAN, y un largo plazo de 60 días hábiles para que la Comisión autorice, pero con la novedad de que no habiendo resolución, se presume la respuesta positiva ficta de la autoridad.

Los usos del agua son muy diversos. La LAN los clasifica en los siguientes: uso público urbano, agrícola, para generación de energía eléctrica y otras actividades productivas.

a. El primero, *uso público urbano*, se refiere a la explotación, uso o aprovechamiento de las aguas por las autoridades estatales o municipales de agua potable y alcantarillado, incluyendo a la Ciudad de México, aun cuando se previene en la ley su concesión o a su administración por entidades paraestatales o paramunicipales o a particulares. Incluye asimismo el tratamiento de las aguas residuales antes de su descarga en los denominados "cuerpos receptores". También se prevé el establecimiento de sistemas regionales donde puedan unirse entidades municipales o estatales, y obras de captación o almacenamiento, conducción, tratamiento o potabilización con fondos federales u obtenidos mediante garantía, siempre que las obras se localicen en un área regional, exista participación de los diversos órganos de gobierno, haya financiamiento, se garantice la recuperación de la inversión, se administre eficientemente el recurso, se mantenga y rehabilite la infraestructura hidráulica y participen todos los beneficiarios en el proceso.

b. El *uso agrícola* se refiere a la explotación uso o aprovechamiento de aguas por parte de los ejidatarios, comuneros y pequeños propietarios, ejidos, comunidades y sociedades, titulares o poseedores de tierras agrícolas, ganaderas o forestales. Un caso especial se conforma con la hipótesis del otorgamiento de concesiones a personas morales, porque en este caso se debe elaborar un reglamento que precisa diversas características del aprovechamiento del recurso en términos del artículo 51 y se exige llevar un padrón de los

derechos de explotación, uso o aprovechamiento. El padrón es público, tiene efectos probatorios y debe actualizarse constantemente.

Los artículos 56, 56 *bis* y 57 son importantes porque previenen la transmisión de la titularidad de la tierra con los derechos relativos al agua y exigen su inscripción en el REPDA.

c. El *uso para la generación de energía eléctrica y enfriamiento de plantas* previene su concesión a la Comisión Federal de Electricidad (CFE), y también a particulares para su uso o aprovechamiento “en pequeña escala”. Los proyectos de la CFE, una vez aprobados por la Comisión, formarán parte de los planes generales sobre aprovechamiento de los recursos hídricos del país. En el segundo caso, que se refiere a su aprovechamiento por particulares “en pequeña escala”, no se requiere concesión.

d. El *uso en otras actividades productivas* comprende la explotación, el uso o aprovechamiento de aguas en actividades industriales de acuacultura, turismo y otras actividades productivas.

Un capítulo especial, el V *bis*, se refiere a la cultura del agua, para lo cual se busca la coordinación con las autoridades educativas e incorporar en los programas de estudio ciertos conceptos sobre la cultura del agua, en particular sobre la disponibilidad del recurso; su valor económico, social y ambiental; su uso eficiente; las necesidades y ventajas del tratamiento y reuso de las aguas residuales; la conservación del agua y su entorno; el pago por la prestación de servicios de agua en los medios rural y urbano y los derechos por extracción, descarga y servicios ambientales; la instrumentación de campañas permanentes de difusión e información a la población sobre la escasez de agua, costos para proveerla, su valor económico, social y ambiental y la cultura de pago por dicho servicio.

Se proporcionará información sobre los efectos adversos de la contaminación, así como la necesidad de reusar las aguas residuales y fomentar el uso racional y conservación del líquido como tema de seguridad nacional (artículo 84 *bis*), así como el uso de medios masivos de comunicación, especialmente en programas dirigidos a la población infantil, en términos de la Ley Federal de Radio y Televisión.

En cuanto a la prevención y control de la contaminación de las aguas, se establecen facultades específicas de la autoridad del agua en el artículo 86, especialmente para la preservación de los humedales, contaminación por basura, vertidos, infiltraciones, control de descargas, todo ello con sujeción a las NOM, con facultades preventivas de suspensión de actividades, revocación del permiso de descargas y responsabilidad por daño ambiental.

Se establecen normas complementarias en lo relativo a las necesarias inversiones en infraestructura hidráulica, participación de inversión privada y social en las obras hidráulicas federales, recuperación de la inversión, cobro por la explotación, uso o aprovechamiento en lo que se denomina ahora “Sistema financiero del agua”, a cargo de la Comisión y bajo la supervisión de la SHCP.

Los bienes nacionales que quedan bajo la administración y supervisión de la Comisión son los siguientes: las playas y zonas federales, los vasos de lagos, lagunas, esteros o depósitos naturales, los cauces de las corrientes de aguas nacionales, las riberas o zonas federales, los terrenos de los cauces y vasos de lagos, las islas, las obras de infraestructura hidráulica y los materiales pétreos. Se establece además la necesidad de las

correspondientes declaratorias de aguas nacionales, por conducto del Ejecutivo Federal, así como el derecho de accesión cuando ocurran cambios en el curso de una corriente o en los niveles de lagos, lagunas, esteros o descubrimiento de nuevas tierras, terrenos ganados por medios artificiales, desecamientos, encausamiento o limitación.

La LAN establece diversas medidas de apremio, de seguridad, infracciones, sanciones y recursos en un poscapítulo añadido como producto de las reformas recientes del 8 de junio de 2012 y del 3 de enero de 2020. En los términos de este capítulo, se establecen medidas de clausura temporal y suspensión de actividades, así como adopción de medidas urgentes para proteger la vida y los bienes de los ciudadanos, con una numeración taxativa de las faltas o infracciones susceptibles de penalización en un total de 24 fracciones del artículo 119. Las multas se indexan a la UMA vigente en la Ciudad de México, independientemente de las multas aplicables en otros ordenamientos. Si es el caso, además de la comisión de un delito, la propia Comisión formulará la denuncia ante el Ministerio Público.

La ley previene los recursos de revisión y denuncia popular contra sus actos o resoluciones definitivas. En efecto, el artículo 124 *bis* dice lo siguiente:

Artículo 124 *bis*. Toda persona, grupos sociales, organizaciones ciudadanas o no gubernamentales, asociaciones y sociedades, podrán recurrir a la denuncia popular en los términos del Capítulo VII de la Ley General de Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente, cuando se cometan actos que produzcan o puedan producir desequilibrios o daños a los recursos hídricos o sus bienes inherentes.

Esta ley ha sufrido reformas en años recientes. En 2013 se estableció que la Autoridad del Agua deberá intervenir para la reparación del daño ambiental, incluso en ecosistemas vitales (artículo 96 *bis*). En 2014 hubo modificaciones en cuanto a la concesiones de agua por alteración de los puntos de extracción o modificación de los pozos (artículo 81). Una reforma de 24 de marzo de 2016 ataña a los denominados “aprovechamiento de paso” y “uso en acuacultura” (artículo 3 XVII, 57). El Reglamento de esta ley se reformó asimismo el 25 de agosto de 2014 para posibilitar la realización de visitas de inspección en términos de la Ley Federal del Procedimiento Administrativo (artículos 11 y 153).

## **2. Ley General de Salud**

Complementando las disposiciones de la LAN, la LGS contiene algunas pocas disposiciones aisladas que se refieren a este recurso. Estas disposiciones tratan principalmente de las acciones sanitarias, educativas y laborales relacionadas con el acceso al agua potable y los medios sanitarios de eliminación de excreta (artículo 65, IV), emisión de normas técnicas para el tratamiento del agua para uso y consumo humano (artículo 118, II), criterios sanitarios para fijar las condiciones particulares de descarga, tratamiento y uso de aguas residuales y NOM Ecológicas (artículo 118, III), facultades de la SSA y gobiernos locales para vigilar y certificar la calidad del agua para uso y consumo humano (artículo 119, II), descargas peligrosas de aguas residuales (artículo 122) y delitos relacionados con la contaminación de cuerpos de agua superficiales o subterráneos (artículo 457).

Esta ley tuvo reformas el 8 de diciembre de 2017 en cuanto a la competencia de la Secretaría de Salud para la determinación y evaluación de riesgos sanitarios a consecuencia del cambio climático.

### **3. Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente**

La LGEEPA de 1988 trata diversos temas relacionados con el aprovechamiento sustentable, la preservación y la restauración de los recursos naturales en general y prevención y control de la contaminación (artículo 1, V y VI; artículo 3, VII), así como el aprovechamiento de aguas nacionales junto con la biodiversidad y fauna (artículo 5, XI; artículo 7, VIII; artículo 8, VII; artículo 11, V). Mención especial merece el establecimiento de bases para los convenios o acuerdos de coordinación de la Federación por conducto de la SEMARNAT con los gobiernos locales (artículo 12) y el diseño, desarrollo y aplicación de instrumentos de mercado consistentes en las concesiones, autorizaciones, licencias y permisos para emisión de contaminantes en el aire, agua o suelo, todo lo cual constituye una actividad prioritaria para efectos del otorgamiento de estímulos fiscales conforme a la Ley de Ingresos de la Federación (artículo 22 *bis*, III), estableciendo el criterio de aprovechamiento del agua considerando los costos de su tratamiento de manera equitativa y garantizando el otorgamiento de estímulos fiscales y retribuciones económicas a los propietarios, poseedores y titulares de derechos sobre tierras, aguas y bosques en áreas naturales protegidas (artículo 45 *bis*).

Son criterios a considerar para el aprovechamiento sustentable del agua y de los ecosistemas acuáticos, entre otros, la protección de suelos y áreas boscosas y selváticas, así como el mantenimiento de los caudales de las corrientes de agua y la capacidad de recarga de los acuíferos, responsabilidad que se imputa a los usuarios, en términos del Programa Nacional Hidráulico (artículos 88 y 89). Tal vez los artículos más importantes en el tema del aprovechamiento sustentable son los artículos 90 y 92 que literalmente establecen lo siguiente:

Artículo 90. La secretaría, en coordinación con la Secretaría de Salud, expedirá las normas oficiales mexicanas para el establecimiento y manejo de zonas de protección de ríos, manantiales, depósitos y en general, fuentes de abastecimiento de agua para el servicio de las poblaciones e industrias, y promoverá el establecimiento de reservas de agua para consumo humano.

Artículo 92. Con el propósito de asegurar la disponibilidad del agua y abatir los niveles de desperdicio, las autoridades competentes promoverán el ahorro y uso eficiente del agua, el tratamiento de aguas residuales y su reuso [...]. (1988)

En cuanto a la protección del ambiente, las reformas de los años 1996 y 2001 crearon el registro de emisiones y transferencia de contaminantes al aire, agua, suelo y subsuelo, con base en los reportes y trámites diversos de cada una de las entidades locales (artículo 109 *bis*). Se establecen asimismo normas para la prevención y control de la contaminación del agua y su regulación federal o local (artículo 117, 120 y siguientes).

Se regula con detalle el denominado “Derecho a la información ambiental” en los artículos 159 *bis* y siguientes, a través del Sistema Nacional de Información Ambiental y de Recursos Naturales (SNIARN), a cargo de la SEMARNAT. Este Sistema tiene por objeto el registro, la organización, la actualización y la difusión de la información ambiental nacional y que se complemente con el Sistema de Cuentas Nacionales a cargo del INEGI, los cuales producen cada dos años un informe detallado de la situación nacional en esta materia, además de una *Gaceta* que publica los acuerdos legales e información de interés general,

disponible al público a través de una simple solicitud por escrito, con obligación de responder en un plazo no mayor a veinte días y presunción en el sentido negativo en caso de falta de respuesta.

Por último, esta ley sufrió reformas el 19 de enero de 2018 en cuanto a los convenios de coordinación entre los diversos niveles de gobierno, la integración de un registro de emisiones y transferencia de contaminantes al aire, agua, suelo y subsuelo (artículo 109 *bis*) y la libertad de información ambiental en materia de agua, aire, suelo, flora, fauna y recursos naturales en general (artículo 159 *bis* 3).

#### **4. Ley Federal de Responsabilidad Ambiental**

El anterior presidente, Enrique Peña Nieto, expidió la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental el 7 de junio de 2013, la cual consta de un total de 56 artículos. Algunas de las novedades más importantes de esta ley se refieren a los conceptos de “actividades altamente riesgosas”, “criterio de equivalencia”, “daño al ambiente”, “daño indirecto”, “cadena causal” y “estado base” (artículo 2).

Se integra un Sistema Nacional de Seguros de Riesgo Ambiental (artículo 8) y se establece taxativamente que “la responsabilidad por daños ocasionados al ambiente será *subjetiva* y nacerá de actos u omisiones ilícitos” (artículo 11). Se añade que estos daños patrimoniales y perjuicios se reclamarán en términos del Código Civil Federal.

Se considera de índole *objetiva* la responsabilidad ambiental cuando, los daños ocasionados al ambiente devengan directa o indirectamente de cualquier acción u omisión relacionada con materiales o residuos peligrosos; el uso u operación de embarcaciones en arrecifes de coral; la realización de las actividades consideradas como altamente riesgosas, y los previstos por el artículo 1913 del Código Civil Federal. (artículo 12)

Las sanciones económicas se establecen en un rango de trescientos a mil días de salario mínimo general vigente en la Ciudad de México (artículo 19) y se previene taxativamente la inexistencia de responsabilidad cuando el daño al ambiente tenga como causa exclusiva un caso fortuito o fuerza mayor (artículo 24).

Se concede acción pública para demandar la responsabilidad ambiental y el cumplimiento de las obligaciones, pagos y prestaciones en términos del artículo 27. La acción prescribe en doce años a partir de la fecha cierta de los daños producidos al ambiente y sus efectos (artículo 29).

Por otra parte, a nivel internacional el Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) a través de su Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y bajo el rubro *Observación General Número 15* (2002), plantea el fundamento jurídico del derecho al agua en los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece las obligaciones de los estados partes (tanto las de carácter general como las de carácter específico y obligaciones básicas), las consecuencias de su violación y especialmente su aplicación en el plano nacional.

## II. La figura del notario latino

### 1. Evolución histórica

La institución notarial ha sido objeto de una larga evolución (Bono, 2019, pp. 39-42). Hay noticia cierta de la existencia de notarios o escribas desde el siglo XVIII a.C., inmortalizados en la famosa figura egipcia que se encuentra actualmente en el museo de El Cairo. Esta figura representa a un amanuense cómodamente sentado en posición de flor de loto exhibiendo sus instrumentos de trabajo, es decir, un rollo de papiro sostenido por la mano derecha en su regazo y un punzón de madera en su mano izquierda. Su actitud parece prestar una gran atención a lo que sucede a su alrededor y aparece expectante, atento a registrar inmediatamente lo que se le indique (Bono, 2019).

A partir de la referencia histórica documentada en esta escultura, tenemos también noticia de escribas en el siglo VII a.C. En efecto, Seva, Seraías, Jeremías y Nereías aparecen ejerciendo como escribas en Samuel (20:25 y 8:17) y Jeremías (36:2, 18, 23 y 32). En Grecia, en el siglo V a.C., estos funcionarios eran conocidos bajo los nombres de *mnemon*, *singraphos* y *promnemmon*. En Roma, en el siglo III d.C., eran conocidos como *tabellios*.

Sin embargo, la consagración legislativa de las funciones de los amanuenses o escribas no tendría lugar sino hasta la expedición de las Constituciones XLV, XLVIII y LXXVI, expedidas por el emperador Justiniano en el siglo VI d.C., de las Capitulares en el año 803 por Carlomagno y de la Capitula, en los años 822-823, expedida por Lotario I.

No fue sino hasta el siglo XIII cuando, a la par de la consagración legislativa de las funciones de estos personajes, algunos expertos en esta ciencia dedicaron tratados especiales al desarrollo y naturaleza de la función. Ejemplo de ello son el *Ars notariae* (1224-1234) de Rainero de Perugia, el *Ars notariae* (1242-1254) de Salatiel, la *Summa artis notariae* (1492) de Rolandino Passegeri y la *Practica artis notariatus* (siglos XIII-XIV), de Petrus de Unzola, todos en lo que ahora se conoce modernamente como Italia.

Otros importantes desarrollos legislativos en España, tuvieron lugar en los años 1255 con el Fuero Real, en 1260 con el Espéculo, en 1263 con las Siete Partidas de Alfonso X, el Sabio, en 1304 con las Ordenanzas de Amiens de Felipe I, el Hermoso, en 1503, con la Pragmática de Alcalá, en 1512, con las Ordenanzas de Maximiliano y en 1539 con las Ordenanzas de Francisco I.

En el Nuevo Mundo también se desarrolló la función de estos personajes bajo el nombre de tlacuilos (siglo XV), aunque de manera algo más limitada, pues más que escribas, eran pintores -en este caso de códices-. En este material se representaban gráficamente escenas importantes de la vida de los pueblos prehispánicos.

También tenemos noticia cierta de que en 1492 acompañaba a Cristóbal Colón un escribano de naos, de nombre Rodrigo de Escobedo. En 1519 Diego de Godoy, a su vez escribano de Hernán Cortés, verificó el acta notarial de fundación de la Villa Rica de la Vera Cruz.

A principios del siglo XVII, en el año 1605, Nicolás de Yrolo Calar escribió el libro *La Política de escripturas*, y en el año 1792 tuvo lugar la fundación del Real Colegio de Escribanos de la Ciudad de México.

A lo largo del siglo XIX y después de la expedición de la Ley Orgánica del Notariado de España en 1862, se dictó en 1864 el decreto que modificó el antiguo nombre de escribanos por el nombre actual de notarios públicos, la Ley Orgánica del Notariado y del Oficio de Escribano, expedida por Maximiliano de Habsburgo en 1865, la Ley Orgánica de Notarios y Actuarios del Distrito Federal (promulgada por Benito Juárez) y la Ley del Notariado (promulgada por Porfirio Díaz), que dieron lugar, con el paso del tiempo, a las modernas leyes del notariado del entonces Distrito Federal y ahora Ciudad de México (2000, 2018) y del estado de Veracruz (2015).

## 2. El notario en la actualidad

Actualmente el notario público mantiene una función privilegiada y exclusiva en el ejercicio de sus funciones, merced a su carácter de libre profesional del Derecho con reconocimiento público y social de la fuerza legal del Estado. El notario debe actuar con estricto apego a la legalidad aplicable al caso concreto, de manera imparcial, preventiva, voluntaria y auxiliar en la administración de justicia, todo ello respecto de asuntos en que no haya contienda. Esto hace del notario un verdadero consultor o consejero de cada parte, con atención personal y entrega cuidadosa.

De esta forma se cubren los requisitos de asesoría y consejo para cada una de las partes o solicitantes del servicio, sin descuidar los de la contraparte, ni ser parcial contra ella, sino ejerciendo hacia ambos la misma actitud, basada en lo “justo concreto” del caso. Así, la función notarial posee una naturaleza compleja, pues es pública en cuanto proviene de los poderes del Estado y de la ley, y es privada porque se desempeña por un profesional autónomo y libre, pues no está sujeto al Estado, ni jerárquicamente ni en cuanto a sueldo (artículo 26, LNCM).

El notario está obligado a conducirse en términos de profesionalidad, independencia, imparcialidad y autonomía, procurando la certeza y seguridad jurídicas que demanda la sociedad. No tiene más limitaciones que las previstas por la ley. Además, sus servicios son contratados bajo el principio general de libre elección del profesional. Así, vigila el interés de todas las partes y al propio tiempo cuida el orden jurídico. Su función, por tanto, es incompatible con toda relación de sumisión ante favores, poder o dinero que afecten su independencia, y es asimismo incompatible con toda restricción de la libertad personal.

Desde este punto de vista el notariado se ofrece por el Estado como una valiosa garantía institucional. El Estado establece las condiciones necesarias para el correcto ejercicio de la profesión en forma imparcial, calificada, colegiada y libre, en términos de ley. La imparcialidad del notario debe extenderse a todos los actos en los que intervenga.

Así, se salvaguardan los principios básicos de la ciencia notarial, que se hacen consistir en los siguientes: el de la conservación jurídica de fondo y forma del instrumento notarial y de su efecto adecuado; el de la conservación del instrumento notarial y de la matricidad en todo tiempo del mismo; el de la concepción del notariado como garantía institucional; el de la función profesional al servicio del bien y la paz y del respeto y el cumplimiento del derecho; el de estricto apego a la legalidad aplicable al caso concreto y el de cuidado del

carácter de orden público de la función y su documentación en virtud del otorgamiento de la cualidad para dar fe, cedida por las autoridades.

### **3. La función social del notario moderno**

Por todo ello los notarios son, como dice la ley, auxiliares valiosos en la administración de justicia (artículo 11, LNCM). En efecto, toda persona tiene derecho, en términos de esta ley, al servicio profesional del notario. Y por su parte, el notario está obligado a prestar sus servicios profesionales cuando para ello fuere requerido por las autoridades, por los particulares o cuando deba hacerse efectivo el cumplimiento de resoluciones judiciales, siempre y cuando, claro está, no exista impedimento legal. Asimismo el notario ejerce su función sin sometimiento al erario y sin sueldo o iguala del Gobierno o de entidades públicas o privadas, ni favoritismo alguno.

Los notarios tienen derecho a obtener de los propios clientes el pago de honorarios y de los gastos suficientes que se causen, de acuerdo con el arancel oficial que expida el Gobierno. Las autoridades podrán requerir de los notarios la prestación de sus servicios para atender asuntos de orden público o de interés social. En estos casos las autoridades y el Colegio convendrán los honorarios correspondientes. Los notarios participarán también, con tarifas reducidas y convenidas por el Colegio con las autoridades, en programas de fomento a la vivienda y regularización de la tenencia de la propiedad inmueble.

Casi todas las modernas leyes notariales conceden al notario la posibilidad de aceptar y desempeñar cargos académicos y docentes, de dirección de carrera o institución académica, de beneficencia pública o privada, de colaboración ciudadana y los que desempeñen gratuitamente a personas morales con fines no lucrativos. También pueden resolver consultas jurídicas y emitir dictámenes, o bien realizar actividades semejantes que no causen conflicto ni dependencia que afecten su dación de fe o asesoría imparcial y, por último, pueden ser árbitros o secretarios en juicios arbitrales, mediadores jurídicos y conciliadores.

La concesión de este tipo de facultades a los notarios públicos en nuestro país no es en ninguna manera novedosa. Existen precedentes eficazmente regulados de la intervención del notario en asuntos tales como el servicio electoral, donde este tipo de funcionarios están obligados a prestar sus servicios en los casos y en los términos que establezcan los ordenamientos electorales, con estricta obligación de que el servicio se preste de la mejor forma posible.

Asimismo, como lo he mencionado, los notarios participan también obligatoriamente en la ejecución de resoluciones judiciales y de programas especiales previstos por la ley (artículo 12, LNCM), programas de fomento a la vivienda y regularización de la tenencia de la propiedad inmueble (artículo 17, LNCM), procesamiento de sistemas estadísticos y cibernéticos (artículo 20, LNCM), atención a grupos sociales vulnerables, etcétera (artículo 23, LNCM).

La prestación de este tipo de funciones sociales por parte de los fedatarios mexicanos tiene siempre lugar bajo estrictas condiciones, sin carga al erario y sin sueldo o iguala de ningún tipo por parte de entidades públicas. En efecto, la regulación de los honorarios de

este tipo de actividades se carga a los propios beneficiarios del servicio, de acuerdo con un riguroso arancel supervisado por las autoridades. Esta contraprestación se extiende desde luego al pago de los gastos que hayan de generarse por el trámite que genere la intervención notarial. El arancel debe ser forzosamente justo y proporcionado (artículo 15, LNCM).

#### **4. Los conflictos sobre el agua**

En general, una breve revisión de los problemas del recurso hídrico en nuestro país, según Heller (2017) debe incidir en los siguientes temas:

- a. Las recomendaciones de las comisiones de derechos humanos resultan por lo general no cumplidas en la práctica;
- b. La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible impone obligaciones no siempre fáciles de cumplir;
- c. No se ofrece información técnica precisa sobre la calidad del agua al consumidor;
- d. En general, el agua de servicio público no es adecuada para su consumo doméstico;
- e. Las estadísticas sobre agua potable y saneamiento suelen ser engañosas en cuanto a la calidad, la proporción, el destino, el acopio y el uso del agua;
- f. En realidad, desde el punto de vista burocrático, el ejercicio de los recursos presupuestales recae en los municipios que suelen ser, de hecho la instancia más pobre de los tres niveles de gobierno,
- g. Por último, es de destacar la notable despreocupación de algunos funcionarios de ciertos niveles de gobierno que han confesado en forma abierta que dado los índices de violencia en la actualidad, no resulta por ahora una prioridad el ocuparse de los problemas del agua y de su consumo. (2017)

Cada vez son más frecuentes los conflictos sobre el agua. Ejemplo de ello son los casos de Xochitepec Morelos (Aguilar, 2015) y de Jesús María de Aguascalientes (2016). Ellos son, en efecto, casos típicos de esta notable colisión entre el recurso hídrico y su cada vez más acuciante necesidad.

La mitad de las aguas en el país deben considerarse contaminadas en grado perjudicial para la salud humana. De hecho, apenas hace falta salir a una carretera o a una autopista para advertir que a un lado de las coloquiales denominaciones de “río seco”, “arroyo estancado” o “estero del pantano”, se encuentran grandes avenidas que fueron de agua algún tiempo o que ahora lo son solamente en la época de lluvias. Otros acuíferos están sobreexplotados en forma ineficiente.

De hecho, el reporte oficial de la ONU, a través del experto en derechos humanos al agua y al saneamiento Léo Heller, da cuenta de un panorama sumamente desalentador, que no avizora resultados favorables en el corto plazo (2017).

Y sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha insistido particularmente en la necesidad de la suficiencia, salubridad, aceptabilidad y asequibilidad del recurso, a cargo de la Federación, de las entidades estatales y los municipios y precisando que se necesitan cincuenta a cien litros del recurso hídrico por día, por persona,

para satisfacer apenas las necesidades más imperiosas, cuando solo otros cien litros se gastan en una ducha o en el lavado de trastes (Tesis 2<sup>a</sup>. CXX/2003, p. 67).

Por otra parte, la legislación sobre la materia ha tenido que ser recientemente reformada, pues el Reglamento para la Prevención y Control de la Contaminación de Aguas es de 1973, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente es de 1988 (última reforma en 2018), la Ley de Aguas Nacionales es del año 1992 (última reforma en 2020), la Ley General de Bienes Nacionales, de 2004 (última reforma en 2018) y la Ley General de Asentamientos Humanos, de 2016 (última reforma en 2020). Ello sin contar que persisten todavía algunos obstáculos jurídicos importantes, como el hecho de que algunas instituciones no reconocen siquiera la naturaleza dual del derecho al agua y al saneamiento (elementos que no pueden concebirse en forma separada).

Otros esfuerzos a nivel internacional, asimismo importantes, se han hecho por ejemplo en el Foro Mundial del Agua (FMA), que se realiza cada tres años bajo el patrocinio del Consejo Mundial del Agua (CMA). De hecho, en marzo de 2018 se llevó a cabo el “8º Foro Mundial del Agua”, en Brasilia.

Dos declaraciones importantes lograron obtenerse. Una, la denominada “Declaración de los ministerios públicos” y dos, la “Declaración de los jueces”. Ambas declaraciones representan un esfuerzo relevante en la actitud más adecuada para la resolución del problema. La Conferencia de Jueces y Promotores contó con la participación de 83 especialistas provenientes de 57 países, que acotaron los objetivos de desarrollo sostenible en un valioso documento bajo el nombre “Diez principios fundamentales para promover la justicia hídrica a través de la aplicación de la legislación sobre el agua y el Estado de Derecho en materia ambiental” (2018).

Esta declaración de diez principios consta apenas de siete páginas donde se enuncian la necesidad de proteger a las mujeres, los niños, las personas mayores, las personas con discapacidad, los indígenas y otras minorías. Se reconoce además la necesidad de colaboración de los poderes del Estado, la sociedad civil y el sector privado aunque, por otra parte, el principio número uno destaca la prioridad del Estado en su manejo:

El Estado debería ejercer el manejo de todos los recursos hídricos y protegerlos en conjunto con sus funciones ecológicas asociadas, en beneficio de las generaciones presentes y futuras, así como de la comunidad de vida sobre la tierra.

Se establece la importancia del principio *in dubio pro natura* en unión de otros principios bajo los rubros “el que contamina paga”, “el usuario paga”, “la internalización de los costos”, “las externalidades ambientales” y “la obligación *propter rem*” que se establece para usuarios y propietarios en forma vinculante y como obligación perdurable.

Una mención importante en este ámbito legislativo internacional se encuentra en el artículo 2.3 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación. Este novedoso acuerdo dice que se entenderá por mediación,

cualquiera sea la expresión utilizada o la razón por la que se haya entablado, un procedimiento mediante el cual las partes traten de llegar a un arreglo amistoso de su controversia con la asistencia de uno o más terceros (el mediador) que carezca de autoridad para imponerles una solución. (Art. 2.3)

Por otra parte, esta Convención prohíbe los acuerdos de transacción a materias que se refieran a fines personales, familiares o domésticos; al Derecho de familia, al Derecho de sucesiones o al Derecho laboral, y a los acuerdos de transacción aprobados por órganos judiciales y que constituyan cosa juzgada.

## 5. Las formas alternativas de justicia

Las formas alternativas de justicia han recibido diversos nombres (negociación, conciliación, mediación, arbitraje, justicia alterna, acuerdos de mediación, amigable composición, acuerdo entre las partes, juntas de avenencia, concertación, etcétera).

Después de algunos momentos de vacilación, la doctrina jurídica ha decantado en mucho ya las principales diferencias entre los principales procedimientos de composición extrajudicial, es decir, la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje.

a. Así, el primer nivel de este sistema de arreglos autocompositivos se refiere a la *negociación*, cuyo trámite es voluntario y no cuenta con una estructura formal. Su proceso es corto y el cumplimiento del laudo es voluntario.

b. El segundo nivel trata de la *mediación*, donde un tercero anima a las partes a negociar y a tratar de resolver sus diferencias sin mayor intervención en el fondo del asunto. Procura crear solamente un ambiente agradable de acercamiento para propiciar un arreglo, incluso desentendiéndose de los términos precisos del acuerdo, para luego intervenir al final en la formalización del mismo, si la negociación efectivamente funcionó. El tercero funge así, como un amigable componedor, quien suele invitar calurosamente a las partes a ponerse de acuerdo.

c. En cambio, el tercer nivel de estos acuerdos se refiere a la *conciliación*. El papel del conciliador es mucho más activo porque propone sugerencias de un arreglo para que sea libremente aceptado por las partes. Visto que este tercero imparcial no se encuentra involucrado emocionalmente en la discusión, es capaz de ver las cosas desde una perspectiva imparcial y razonable.

d. La cuarta forma de autocomposición de conflictos se refiere al *arbitraje*. En este caso, un tercero imparcial y profesionalmente preparado dirime la cuestión, una vez agotado el procedimiento formal de escucha de las partes, recepción de pruebas y emisión de laudo. Esta resolución cobra el valor de sentencia ejecutoria y el árbitro puede derivar su ejecución a un tribunal formalmente establecido.

Frecuentemente, la personalidad y el carácter del mediador y del conciliador ocasionan que estas dos instancias de solución se asemejen. Es distinto el caso del arbitraje, donde ya se ve que el procedimiento adopta un carácter mucho más formal, vinculante y ejecutivo.

He aquí un esquema didáctico (Pons y García, 2018; Cuadra Ramírez, s.f.), que establece la comparación entre estas cuatro distintas figuras jurídicas que suelen, en ocasiones, confundirse:

NEGOCIACIÓN	MEDIACIÓN	CONCILIACIÓN	ARBITRAJE
Es voluntaria	(Ídem)	Es obligatoria	Es voluntario
No tiene estructura formal	(Ídem)	Sí tiene estructura formal	Es de estricto derecho
El impulso de las partes es mayor	(Ídem)	El impulso de las partes es regular	El impulso de las partes es menor
No hay intervención de terceros neutrales	Al tercero neutral se le denomina <i>mediador</i>	Al tercero neutral se le denomina <i>conciliador</i>	Al tercero neutral se le denomina <i>árbitro</i>
La duración del proceso es corta	(Ídem)	La duración del proceso es corta	Depende de los plazos legales
El cumplimiento del laudo es voluntario	(Ídem)	El cumplimiento del laudo es voluntario	El compromiso arbitral es obligatorio
La confidencialidad atañe a las partes	(Ídem)	La confidencialidad es absoluta	Ídem (hasta la acción de nulidad del fallo)
No hay remuneración	Sí hay remuneración	(Ídem)	(Ídem)
El negociador es elegido por las partes o por un tercero	(Ídem)	El proceso es controlado por el conciliador	El proceso es controlado por el árbitro
Produce solo una "recomendación"	(Ídem)	El conciliador no decide	El árbitro decide
No sigue las reglas del proceso	(Ídem)	Es oral	Es un proceso formal

Adaptado y actualizado de Pons y García, J. y Cuadra Ramírez, J.

En el arbitraje y en la amigable composición, el árbitro decide en conciencia y a buena fe guardada, en forma distinta al juicio arbitral de estricto derecho. El artículo 201 del RLAN establece el procedimiento, con términos improrrogables y con la producción de un laudo arbitral obligatorio.

## 6. Fundamentación legal

A nivel constitucional, el artículo 17 fue reformado en el año 2017, precisamente en su quinto párrafo, que ahora dice lo siguiente:

Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.

Por su parte, el artículo 18 establece que “Solo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. Las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema, siempre que resulte procedente”.

Aun la Ley de Comercio Exterior en su artículo 97 reza lo siguiente:

Cualquier parte interesada podrá optar por acudir a los mecanismos alternativos de solución de controversias en materia de prácticas desleales contenidos en tratados comerciales internacionales de los que México sea parte.

Con relación a la cuestión ambiental, la Ley Ambiental de la Ciudad de México del año 2004, previene lo siguiente:

De conformidad con lo que establezca el reglamento de este ordenamiento, las autoridades ambientales podrán aplicar mecanismos alternativos para la solución de conflictos derivados de infracciones a las disposiciones jurídicas a que se refiere el artículo 201 del mismo. Dentro de dichos mecanismos, se podrán considerar la mediación, el arbitraje y la conciliación.

El arbitraje está previsto en el artículo 609 del Código de Procedimientos Civiles para la Ciudad de México. Dispone que las partes tienen el derecho de sujetar sus diferencias al juicio arbitral. Por su parte, el artículo 1051 del Código de Comercio precisa que “el procedimiento mercantil preferente a todos es el que libremente convengan las partes con las limitaciones que se señalan en este libro, pudiendo ser un procedimiento convencional ante Tribunales o un procedimiento arbitral”.

La LAN se refiere a las atribuciones de la Comisión Nacional del Agua, quien puede conciliar y fungir, a petición de los usuarios, como árbitro en la prevención, mitigación y solución de conflictos relacionados con el agua y su gestión en términos del RLAN. Esta función también está dentro de la competencia de los Organismos de Cuenca, los cuales, en su caso, deben actuar a petición de los usuarios, de los Consejos de Cuenca, o de los estados (artículo 12 bis 6, XIV, LAN). Los CC colaborarán con las autoridades para dicha intervención (artículo 13 bis 3, XIX, LAN).

En la LAN se declaran de interés público la prevención, conciliación, arbitraje, mitigación y solución de conflictos en materia del agua y su gestión (artículo 7º bis, VI, LAN), como instrumentos básicos de la política hídrica nacional (artículo 14 bis 6, X, LAN).

Por su parte, los artículos 198 y siguientes del RLAN se refieren a la conciliación y al arbitraje específicamente en esta materia. El artículo 198 consigna pormenorizadamente el procedimiento a seguir:

- I. La conciliación se iniciará a petición de parte interesada, presentando por duplicado la reclamación que se somete a conciliación y señalando nombre y domicilio de la parte a la que se le deberá correr traslado;
- II. "La Comisión" señalará día, hora y lugar para la celebración de una audiencia de conciliación en la que se procurará avenir los intereses de las partes, la cual deberá tener lugar dentro de los quince días hábiles posteriores a la fecha de notificación de la reclamación respectiva;
- III. "La Comisión" solicitará a las partes la información y documentación relacionada con los hechos, y las citará a la audiencia de conciliación, en el entendido de que si no comparecen, se hará un segundo citatorio y si tampoco lo hacen, se tendrá por concluido el procedimiento de conciliación, quedando a salvo los derechos de las partes;
- IV. En caso de que el reclamante no comparezca a la audiencia de conciliación y no presente dentro de los siguientes quince días hábiles justificación fehaciente de su inasistencia, se tendrá por desistido de la reclamación y no podrá presentar otra ante "La Comisión" por los mismos hechos;
- V. "La Comisión" expondrá a las partes un resumen de la reclamación y del informe presentado por ellas, señalando los elementos comunes y los puntos de controversia, y las exhortará para llegar a un arreglo, y sin prejuzgar sobre el conflicto planteado, les presentará una o varias opciones de solución;
- VI. "La Comisión" podrá en todo momento requerir a las partes los elementos de convicción que estime necesarios para la conciliación, así como para el ejercicio de las atribuciones que a "La Comisión" le confiere la ley. Las partes podrán aportar las pruebas que estimen necesarias para acreditar los elementos de la reclamación y de los informes;

- VII. "La Comisión" podrá suspender cuando lo estime pertinente o a instancia de ambas partes, la audiencia de conciliación hasta en dos ocasiones, casos en los cuales, el conciliador señalará día y hora para su reanudación, dentro de los quince días hábiles siguientes;
- VIII. De toda audiencia se levantará el acta respectiva y los acuerdos de trámite que emita el conciliador no admitirán recurso alguno;
- IX. Los convenios celebrados por las partes serán aprobados por "La Comisión" cuando no vayan en contra de la ley ni afecten a terceros; el acuerdo que los apruebe no admitirá recurso alguno;
- X. En caso de no haber conciliación, "La Comisión" exhortará a las partes para que la designen como árbitro o designen a alguno de los árbitros que pueden actuar en su representación para solucionar el conflicto, cuyo listado la misma publicará, y
- XI. En caso de no aceptarse el arbitraje, se dejarán a salvo los derechos de ambas partes.

## **7. El notario como negociador, mediador, conciliador y árbitro**

Como ya dije, el notario puede intervenir como negociador, mediador, conciliador o árbitro en disputas de este tipo. La gran mayoría de las leyes notariales de las entidades federativas consigna en términos muy similares esta función, como en los casos de Aguascalientes (artículo 6º), Baja California (artículo 11), Baja California Sur (artículo 20), Campeche (artículo 17), Chiapas (artículo 53), Chihuahua (artículo 4º), Coahuila (artículo 9º), Colima (artículo 7º), Ciudad de México (artículo 33), Durango (artículo 6º), Estado de México (artículo 5º), Jalisco (artículos 3º y 37), Morelos (artículo 29), Nayarit (artículo 32), Nuevo León (artículo 80), Puebla (artículos 14 y 21), Quintana Roo (artículo 22), San Luis Potosí (artículo 8º), Sinaloa (artículo 8º), Sonora (artículo 17), Tabasco (artículo 17), Tamaulipas (artículo 28), Tlaxcala (artículo 14), Veracruz (artículo 71), Yucatán (artículo 5º) y Zacatecas (artículo 44).

Las únicas entidades federativas que a la fecha no mencionan esta posibilidad de intervención en mediación y arbitraje son Guanajuato, Hidalgo, Michoacán, Oaxaca, Querétaro y Guerrero, es decir, un total de seis. No obstante, aunque no se consigne legislativamente esta posibilidad, queda claro que los notarios pueden desempeñar este tipo de función en la práctica, pues no hay obstáculo legal para ello.

En efecto, casi todas las entidades del país tienen leyes especiales de justicia alternativa o mediación, o de medios alternativos de solución de controversias. Así también, cada una de ellas menciona en artículos específicos la posibilidad de la mediación privada, aunque bajo un desempeño profesional:

Ley de Justicia Alternativa del Estado de Guanajuato, artículos 3, 6, 18 y 24.

Ley de Justicia Alternativa para el Estado de Hidalgo, artículos 3 y 4.

Ley de Justicia Alternativa y Restaurativa del Estado de Michoacán, artículo 2.

Ley de Mediación para el Estado de Oaxaca, artículos 2, 4 y 12.

Reglamento del Centro de Mediación del Poder Judicial del Estado de Querétaro, artículo 2.

El único caso que escapa a este esquema es el del estado de Guerrero, que hasta la fecha guarda el honor dudoso de no disponer de una ley específica.

Por tanto, en el marco legal de las funciones imparciales del notario, propongo que la intervención de este funcionario en los conflictos relacionados con disputas sobre el agua,

con fundamento en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Ley de Comercio Exterior, en las leyes notariales de la República Mexicana, en los códigos civiles, en los códigos de procedimientos civiles, en las leyes de justicia alternativa, en la Ley de Aguas Nacionales y en el Reglamento de la Ley de Aguas Nacionales.

La manera de proponer legalmente esta intervención del notario como negociador, mediador, conciliador o árbitro en conflictos del agua consiste únicamente en añadir una cláusula especial en los contratos relacionados. Según la propuesta de un contrato de compromiso arbitral, esta cláusula se reduce a lo siguiente:

Para la interpretación y cumplimiento del presente contrato, las partes se someten a la decisión de un árbitro. Los otorgantes nombran como árbitro al suscrito notario. En caso de que éste no acepte o sea recusable, el Colegio de Notarios de la Ciudad de México, nombrará de entre sus miembros, a un árbitro sustituto.

## **8. Las ventajas de la intervención del notario**

Las ventajas que tiene la intervención del notario en la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje en los diversos tipos de conflictos relacionados con el agua son múltiples. Las más importantes en términos de la Ley del Notariado de la Ciudad de México (2018) son los siguientes:

- a. *En cuanto a su autoridad:*
  - El notario es un funcionario público que ostenta el poder del Estado;
  - Es uno de los funcionarios más representativos del estado de Derecho.
- b. *En cuanto a sus efectos:*
  - El notario es un depositario responsable de todos los archivos confiados a su cuidado;
  - Como consecuencia de su actuación como negociador, mediador, conciliador o árbitro en conflictos del agua, el notario produce un documento público;
  - Este documento público posee efectos probatorios contundentes;
  - No admite dudas acerca de la resolución dictada o de las declaraciones vertidas por las partes;
  - Dispone de la cualidad legal de su ejecución inmediata.
- c. *En cuanto a su responsabilidad:*
  - El notario es un funcionario rigurosamente vigilado por la autoridad gubernamental en el desempeño de su función, a través de auditorías que pueden tener lugar en cualquier tiempo;
  - Como consecuencia de una eventual infracción, puede verse sometido a graves responsabilidades de tipo civil, administrativo, fiscal, penal y gremial.
- d. *En cuanto a su prestigio:*
  - La figura del notario público goza en México de un gran prestigio y reputación social que se remonta a la época colonial.
- e. *En cuanto a su infraestructura:*

- El notariado a nivel nacional dispone de oficinas convenientemente ubicadas en todo el territorio nacional;
- Tiene la capacidad para dar servicio eficiente tanto en las grandes urbes como en los municipios más pequeños;
- Las oficinas notariales guardan una presentación sumamente decorosa, moderna y eficiente;
- El notario dispone de recursos informáticos muy actualizados y sus oficinas disponen de aparatos modernos como teléfonos, computadoras, impresoras, fotocopiadoras y escáneres. El uso de la firma electrónica se está extendiendo cada vez más en los últimos años.

f. *En cuanto a su costo:*

- El notario es un funcionario privado, que no devenga sueldo del erario;
- El notario repercute sus costos directamente con los usuarios de sus servicios;
- Estos costos se reducen al mínimo indispensable para asegurar su intervención;
- El cobro de honorarios se encuentra rigurosamente vigilado por el Estado, mediante la expedición de un arancel periódicamente actualizado.

Por último, debe recordarse aquí, que en altas instancias internacionales, como en la Unión Internacional del Notariado, ha existido desde el año 1954 una gran preocupación por una intervención más profunda del notario público en las labores de negociación, mediación, conciliación y arbitraje.

Así, en distintos congresos se ha concluido lo siguiente:

III CONGRESO INTERNACIONAL DEL NOTARIADO, PARÍS, 1954

*Tema:* Responsabilidad notarial

Que si bien ciertos notarios tienen por misión exclusiva autenticar las convenciones de las partes, otros, en cambio, intervienen por ley en la elaboración de los contratos y desempeñan, asimismo, el papel de negociadores entre sus clientes.

*Tema:* función notarial-función social del notario

El notario desempeña un papel eminentemente social, ya sea como hacedor del instrumento notarial, o bien como consejero conciliador de las partes que ante él recurren.

IV CONGRESO INTERNACIONAL DEL NOTARIADO, RÍO DE JANEIRO, 1956

*Tema:* Organización del notariado

El notario latino tiene esencialmente un rol de conciliador, de árbitro entre las partes, rol éste que pertenece a la jurisdicción gracia y voluntaria.

XXII CONGRESO INTERNACIONAL DEL NOTARIADO, BUENOS AIRES, 1998

*Tema:* Los derechos fundamentales del hombre y la misión del notario

Que para reducir el número y duración de los litigios corresponde que los estados recurran a la intervención preventiva y arbitral del notariado.

XX CONGRESO INTERNACIONAL DEL NOTARIADO, CARTAGENA DE INDIAS, 1992

*Tema:* La intervención del notario en el ámbito de la jurisdicción no contenciosa

Que existe la preocupación, compartida por todos los representantes, de la necesidad de descongestionar las actividades y casos no jurisdiccionales a las oficinas de los juzgados y tribunales, para lograr uno de los bienes hoy en día más deseados en todos los países, como es la agilización de la justicia. (Pérez Fernández Del Castillo, 2001, pp. 3-61)

## Fuentes de consulta

### Bibliografía

- Aguilar, A. (23 marzo de 2015) México libra una dura guerra por el agua, *Chicago Tribune*. Recuperado de <https://www.chicagotribune.com/hoy/ct-hoy-8437984-mexico-libra-una-dura-guerra-por-el-agua-story.html>
- Barragán Barragán, J. (2006). Concurrencia de facultades en materia de medio ambiente, entre la Federación y los estados, *Temas selectos de Derecho ambiental*, Ciudad de México.
- Beck, U. (1988). *Políticas ecológicas en la Edad del riesgo. Antídotos. La irresponsabilidad organizada*, Barcelona.
- Bono, J. (15 de mayo de 2019). Historia del Derecho Notarial Español, *RNV, Revista Notarial de Veracruz*, año 16, no. 35, pp. 39-42.
- Cantú, M. y Garduño, H. (2006). Administración de derechos de agua, experiencias, asuntos relevantes y lineamientos. México, en: *Derechos humanos, órgano informativo de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México*, número 66, Estado de México.
- Carmona Lara, M. C. y Ortíz Rendón, G. A. (2011). La constitución y el agua: apuntes para la gobernabilidad en el caso de agua en México y Evolución y perspectivas del marco jurídico del agua en México: nuevos retos y oportunidades para la gestión integrada del recurso hídrico, en: *Agua, aspectos constitucionales*, Rabasa, E. O. y Arriaga, C. B. (Coords.). Porrúa, Ciudad de México.
- Cuadra Ramírez, J. G. (s.f.). *Medios alternativos de resolución de conflictos como solución complementaria de administración de justicia*. Recuperado de <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/transparencia/documentos/becarios/040jose-guillermo-cuadra-ramirez.pdf>.
- Fernández, R. (2000). *Gestión ambiental de ciudades, Teoría crítica y aportes metodológicos*, PNUMA, Ciudad de México.
- Gana Jesús María en la SCJN: cortará agua a morosos. (2 de diciembre de 2016). *NEWSWEEK MÉXICO*. Recuperado de <https://newsweekespanol.com/2016/12/gana-jesus-maria-en-la-scn-cortara-agua-a-morosos/>

Heller, L. (12 de mayo de 2017). Declaración final sobre los derechos humanos al agua y al saneamiento, *Organización de las Naciones Unidas*, Ciudad de México. Recuperado de <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=21608&LangID=S>

Jaqueñod De Zsogon, S. (2002). *Derecho ambiental*, Madrid.

Juste Ruiz, J. (1999). *Derecho internacional del medio ambiente*, Madrid.

Ortíz Rendón, G. A. (2003). *Memorias del Primer Encuentro Internacional de Derecho Ambiental*, Ciudad de México.

Pérez Fernández Del Castillo, B. (2001). *Doctrina Notarial Internacional*, Porrua, Ciudad de México.

Pons Y García, J. V. (1° de abril de 2018) “Resolución de conflictos en sede notarial”, en: *RNV, Revista Notarial de Veracruz*, año 15, no. 32.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (julio de 1973). Amparo en revisión 6236/55, La Perfeccionada, S.A., *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, vol. 26.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (enero-junio de 1988). Amparo en revisión 9526/84, Cartonaje Estrella, S.A. de C.V. y agraviados, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. I.

### **Legisgrafía**

Brasilia Declaración de Jueces sobre justicia Hídrica (Declaración de 10 Principios). (21 de marzo de 2018). *8º Foro Mundial del Agua, Brasilia, Brasil*. Recuperado de [https://www.iucn.org/sites/dev/files/content/documents/brasilia\\_declaracion\\_de\\_jueces\\_sobre\\_justicia\\_hidrica\\_spanish\\_unofficial\\_translation\\_0.pdf](https://www.iucn.org/sites/dev/files/content/documents/brasilia_declaracion_de_jueces_sobre_justicia_hidrica_spanish_unofficial_translation_0.pdf)

Código Civil Federal, 1929.

Código Federal de Procedimientos Civiles, 1943.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917.

Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano, 1972.

Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1992.

- Ley de Aguas Nacionales, 1992.
- Ley de Comercio Exterior, 1993.
- Ley de Justicia Alternativa del Estado de Guanajuato, 2011.
- Ley de Justicia Alternativa para el Estado de Hidalgo, 2009.
- Ley de Justicia Alternativa y Restaurativa del Estado de Michoacán, 2014.
- Ley de Mediación para el Estado de Oaxaca, 2004.
- Ley Federal de Derechos, 1982.
- Ley Federal de Responsabilidad Ambiental, 2013.
- Ley General de Asentamientos Humanos, Ordenamiento Territorial y Desarrollo Urbano, 2016.
- Ley General de Bienes Nacionales, 2004.
- Ley General de Salud, 1984.
- Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente, 1988.
- Ley de Ingresos de la Federación, 2019.
- Ley del Notariado para la Ciudad de México, 2018.
- Reglamento de la Ley de Aguas Nacionales, 1994.
- Reglamento del Centro de Mediación del Poder Judicial del Estado de Querétaro, 2007.
- Tesis 2<sup>a</sup>. CXX/2003. (octubre de 2003). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVIII, p. 67.

## El Derecho Aduanero como objeto de estudio global

María Teresa Montalvo Romero\*

**Pardo Carrero, G., Ibañez Marsilla, S. y Moreno Yebra F. (Dirs.) (2019-2020). *Derecho Aduanero (Tomo I y II)*. Universidad del Rosario y Tirant lo Blanch, Bogotá Colombia, ISBN: 978-84-1336-434-6**

**RESUMEN:** El presente texto reseña la pertinencia y originalidad de la obra “Derecho Aduanero tomo I y II” el cual contiene los temas más actuales no solo del derecho aduanero, sino de aquellas ramas jurídicas que tienen relación con el desarrollo de la actividad aduanera y del comercio exterior dentro del contexto global del siglo XXI.

**Palabras claves:** 1.- Derecho; 2.- Aduanas; 3.- Legislación.

**ABSTRACT:** This text reviews the relevance and originality of the work “Customs Law, volumen I and II” which contains the most current topics not only of customs law, but of those legal branches that are related to the development of customs activity and foreign trade within the global context of the 21st century.

**Keywords:** 1.- Law; 2.- Customs; 3.- Legislation.

El Derecho aduanero es una de las áreas jurídicas que más modificaciones o reformas sufre en relación con otras áreas del derecho, porque deben aplicarse actualizaciones no solo de los marcos jurídicos nacionales de cada país, sino que además, deben atenderse los principios internacionales y los acuerdos o tratados que en materia comercial firman los Estados bajo los criterios de los organismos internacionales.

La obra que se reseña es un esfuerzo de varios académicos e investigadores comprometidos con el estudio de los marcos jurídicos y de las relaciones que surgen del intercambio de mercancías entre importadores y exportadores.

El contenido del libro va más allá del Derecho aduanero, ya que la diversidad de temas que se abordan en el mismo, permite proponer una visión global de todas las aristas en las que se aplica.

La obra cuenta con la participación de cuarenta especialistas de diferentes de Instituciones de Educación Superior de México, Colombia, España, Brasil, Argentina, entre otros.

---

\* Doctora en Derecho Público, Docente de la Facultad de Ciencias Administrativas y Sociales de la Universidad Veracruzana, Docente con perfil Prodep.

El derecho aduanero es una rama del derecho público que se encarga del estudio de las funciones de la aduana, de las actividades de los importadores, exportadores y de las autoridades competentes como sujetos implicados en el desarrollo del comercio exterior, en este tenor dicha disciplina permite su estudio de manera amplia, ya sea desde el análisis del origen de esta rama jurídica hasta sus implicaciones en los procesos de integración y globalización que se viven en la actualidad.

Esta publicación, en el tomo I publicado en 2019, cuenta con tres excelentes prólogos el primero de ellos elaborado por Andrés Rohde Ponce quién es presidente de la Academia Internacional de Derecho Aduanero (*International Customs Law Academy*), el segundo lo realiza Ricardo Xavier Basaldúa, reconocido investigador y árbitro nacional para el Mercosur, es profesor de la Universidad de Buenos Aires de la Universidad Católica Argentina y de la Universidad Austral y el tercero está escrito por Santiago Ibáñez Marsilla, quien es miembro fundador de la Academia Internacional de Derecho Aduanero y miembro de la *International Network of Customs Universities* (INCU), entidad académica de referencia de la Organización Mundial de Aduanas.

El libro presenta gran seriedad académica y un rigor científico revisado por los tres directores (editores), los doctores Germán Pardo Carrero, Santiago Ibáñez Marsilla y Felipe Moreno Yebra, de la Universidad del Rosario de Bogotá Colombia; La Universidad de Valencia, España y la Universidad de Guanajuato, México, respectivamente.

Debe resaltarse que la obra no aborda necesariamente el marco jurídico de cada uno de los países de los autores, sino que se aborda el derecho aduanero, desde el punto de vista del derecho global, pero también se tocan problemáticas desde el Derecho Internacional, del derecho a la integración, del reconocimiento y garantía de los Derechos Humanos, de la economía, y por vinculación primaria desde el comercio exterior, entre otros.

El primer tomo en cuanto a su contenido se encuentra dividido en cinco partes que a continuación mencionaré:

Parte I “El derecho Aduanero”, en este apartado se abordan cinco temáticas que se insertan en los antecedentes o principios generales del derecho aduanero.

La segunda parte denominada “La aduana, funciones y otros sujetos del derecho aduanero en el siglo XXI”, es un apartado muy interesante por la vinculación que presenta del Derecho Aduanero con áreas como la economía digital y con la propiedad intelectual, ya que los intangibles conforman actualmente una base muy fuerte de los activos de la empresa.

En la tercera parte, “Mercancía, sistema armonizado y arancel de aduanas” se analizan temas muy concretos y específicos como la nomenclatura arancelaria y el sistema armonizado de designación y codificación de mercancías.

El ingreso y salida de mercancías (importación y exportación) se presentan en la cuarta sección y las zonas económicas especiales, los instrumentos de comercio exterior se presentan muy bien en tres capítulos dentro de la quinta parte.

En el año 2020 en el mes de enero se publica el segundo tomo de esta obra, el cual consta también de cinco apartados muy interesantes que versan sobre tópicos diferentes, teniendo así que el apartado seis relaciona muy bien el derecho aduanero con el derecho

tributario o derecho fiscal, partiendo de la política arancelaria y del análisis de impuestos como el Impuesto al Valor agregado (IVA) en el comercio exterior.

Una de las aristas más importantes dentro de cada una de las áreas jurídicas lo conforman las medidas de defensa, de seguridad jurídica, las infracciones y los delitos, estos temas son presentados y analizados en los apartados VII, VIII y IX del tomo II, en ellos se hace alusión a figuras fundamentales como son el Antidumping, las prácticas desleales de comercio internacional, las salvaguardas, los ilícitos aduaneros y por ende también se estudian los sujetos obligados dentro del derecho aduanero.

Los últimos dos apartados del tomo II, presentan la visión regional e internacional del Derecho aduanero, así como su vinculación con los organismos internacionales. En estas secciones se analiza el desarrollo aduanal en la Unión Europea el Mercosur, entre otros y a su vez la relación con la Organización mundial del comercio y la Organización Mundial de Aduanas.

En la cuarta ola de la globalización que vivimos en este 2020, se torna indispensable el estudio del marco jurídico aduanero que regula a los entes internacionales, de las políticas públicas establecidas por los Estados en el comercio mundial, a través de la hoy denominada gobernanza global que permite la intervención de los diversos sectores gubernamentales, los organismos multilaterales internacionales y de la participación ciudadana. Esta es una obra de consulta obligada tanto para especialistas como para estudiantes de la licenciatura en Derecho y de las áreas afines como los negocios internacionales, Administración, entre otras.

## Tesis aisladas sobre TRHA de la SCJN (2018-2019): procreación y conformación de la familia

Cassandra Gabriela Hernández Sánchez\*

Es evidente los adelantos de la biomedicina en la actualidad, en particular lo concerniente a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA), en las cuales se incluyen las técnicas de inseminación artificial, la fecundación *in vitro* y la gestación por sustitución en la modalidad homóloga y heteróloga.

Hoy en día se observa un aumento del uso de estas técnicas, y, de su tratamiento jurídico o legislativo, se contempla la actividad de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), por ello, el interés del presente texto es, abordar la postura de la SCJN expuesta en las tesis aisladas emitidas en México.

Cabe recordar que, hace más de cuarenta años ocurrió el nacimiento de la primera bebe de probeta de Lesley y John Brown en el año de 1978, fue unos de los hitos relevantes para mostrar el avance de la biomedicina en relación con las TRHA. (Manganaro, C. 2019).

En los últimos años, la sociedad en general se ha enterado de noticias impactantes, sobre este tema en relación con las TRHA, entre las que se pueden mencionar se encuentra el caso del científico chino, el Dr. He Jiankui, quien modificó los embriones de dos gemelas con el objetivo de crearles resistencia al virus de inmunodeficiencia adquirida (VIH) (Holland, Regan & Wang, 2018), y el caso de los seres procreados a través de la técnica de reemplazo mitocondrial (Salas, 2016).

Aunque México aún no cuenta con una regulación jurídica homogénea para todo su territorio, sí se han presentado y emitido por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) diversas tesis aisladas que nos brindan algo de luz con relación a las TRHA.

En la última época, se han presentado relevantes aportes por parte de la SCJN, que ya se encuentra en el Semanario Judicial de la Federación (SJF), estos aportes se podrían llegar a considerar hasta vanguardistas en comparación a las regulaciones jurídicas de otros países.

En adelante, se expondrán algunos de las mencionadas Tesis Aisladas (TA) que se han emitido. En el SJF contemplamos la publicación y adhesión al universo jurídico de elementos relacionados con las TRHA, como lo es el presentado en la tesis aislada 2017232 de junio 2018 intitulada: “Derecho a la reproducción asistida. Forma parte del derecho de decidir de manera libre, responsable 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”,

Artículo 4º:

---

\* Licenciada en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana.

El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia. Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos (...).

Nos confirma que recurrir a las TRHA está sustentado por el artículo 4º de la constitución y la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) en el artículo 16º:

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad nubil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio (...). (Naciones Unidas, 1948)

Por lo cual, la decisión de hacerlo por medio de las TRHA pertenece a la esfera más íntima de la vida privada y familiar de una pareja, es parte de la autonomía de la voluntad de cada persona.

Diversos expertos han opinado que, el derecho y la decisión de recurrir a las TRHA está amparado o contemplado en el artículo 4º constitucional, por ejemplo, como lo expone Aníbal Guzmán:

La decisión de tener o no un hijo está previsto por la Constitución en el artículo 4º. En este contexto, muchos especialistas sostienen que, si una persona decide tener hijos y no puede hacerlo por medios naturales, se puede alcanzar dicho fin a través de la asistencia médica a la procreación, ya sea invocando el derecho a la salud, en el entendido que la utilización de los recursos que la tecnología ofrece hoy en día tiene un fin terapéutico; o bien como parte de la libertad del individuo, invocando un derecho a la procreación (...). (Guzmán, 2001: 129)

En el año de 2018 se presentó la tesis aislada 2017287, que versa sobre el elemento esencial para establecer la filiación de los nacidos por TRHA: "Voluntad procreacional. Su fundamento deriva del reconocimiento constitucional y convencional del derecho a la identidad de un menor de edad", se menciona: "La voluntad procreacional es uno de los factores determinantes para la constitución del vínculo filial del menor (...)" (SCJN, 2018f: 981).

Actualmente sólo tenemos elementos esenciales para establecer la filiación biológica y legal.

La presente tabla ilustra los elementos que se contemplarían con relación a los 3 tipos de filiación:

Filiación	Biológica	Legal	TRHA
Elemento	Coincidencia genética entre (ADN) del ascendiente y descendiente.	Documento, sentencia o resolución que reconozca la filiación.	Documentos donde sea expresada la voluntad procreacional.

Tabla de elaboración propia con base a Varsi (2017).

Es de reconocer que aún no contamos en la totalidad del país mexicano con la regulación, separación y elementos esenciales para establecer la filiación de los tres tipos. Por ejemplo, Veracruz aún contempla la separación discriminatoria de hijos nacidos dentro del matrimonio e hijos nacidos fuera del mismo.

Lo dicho por la SCJN revela y establece que el elemento esencial de la filiación (importante y necesario en el caso de aplicar las TRHA en modalidad heteróloga), recae sobre la voluntad procreacional.

También es de notar que, se toma en consideración y se habla sobre el derecho a la identidad del menor. Ya que como ha mencionado la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) en su tríptico Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la identidad (2018):

El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) apunta que el derecho a la identidad consiste en el "...reconocimiento jurídico y social de una persona como sujeto de derechos y responsabilidades y a su vez, de su pertenencia a un Estado, un territorio, una sociedad y una familia, condición necesaria para preservar la dignidad individual y colectiva...". (CNDH,2018)

Por ello es relevante tener clara su filiación y que la misma, no sea negada por la persona que en su momento proporcionó su voluntad procreacional.

Con referencia a lo anterior, la tesis aislada 2017231: señala que, a partir de los derechos generados por el derecho a la identidad del menor se generan otros, como lo son el derecho a recibir:

(...) alimentación, educación, salud y sano esparcimiento. Y que en razón a la protección a estos derechos del menor (...) el derecho a la identidad se tiene que adaptar a las circunstancias del caso concreto ya que puede interactuar con otros derechos, como el de protección a la familia o el propio interés superior del menor, todos ellos protegidos por el Estado. (SCJN, 2018b:956)

Como se distingue hasta ahora es importante tener una filiación y en el caso de la generada por las TRHA que sea clara, y si en su momento se proporcionó el elemento esencial «voluntad procreacional», no se pueda impugnar la paternidad o maternidad, esto con el fin de salvaguardar los derechos del menor tanto los principales como los derivados.

La siguiente tesis aislada que se emitió se podría considerar complemento de la tesis aislada 2017232 antes mencionada. Se trata de la tesis aislada 2017286 de junio de 2018, “Voluntad procreacional. Forma en la que debe acreditarse cuando la legislación respectiva no regula la forma en la que deba otorgarse (Código Civil del Distrito Federal aplicable en la Ciudad de México)”.

En ésta se señalan algunos elementos de la voluntad procreacional:

Manifestación: Expresa o tácita.

- Este aspecto volitivo debe estar acreditado
- Se puede concluir que la prueba ideal para acreditar la voluntad procreacional, sea el documento donde conste la expresión de los cónyuges, pareja o persona para someterse a esa técnica, expedido incluso previamente al sometimiento de las TRHA.

Aunque se habla de la manifestación tácita del consentimiento al expresar la voluntad procreacional de recurrir a las TRHA, ésta presenta el inconveniente en la expresión de ella y afectará en algún momento, al nuevo ser humano, es necesario que exista constancia de la expresión de la voluntad en algún documento, ya sea por el documento firmado en la clínica donde se realizará la técnica, o implementar la medida que han establecido otros

países, y confirmar su carácter legal ante alguna autoridad competente. Esto con el fin de proteger en su momento, al menor procreado a través de alguna de las técnicas con especial énfasis en la modalidad heteróloga:

(...) es aquella donde se utilizan espermatozoides u óvulos de un donante sin que estos lo hagan con el fin de generar un lazo de filiación con el nuevo ser sino con la intención de ayudar a aquellas personas que no pueden procrear por alguna de las ya expresadas circunstancias (como infertilidad, esterilidad, ser alguien soltero o una pareja del mismo sexo). (León y Hernández, 2019: 116)

Para esta circunstancia se ha emitido la tesis aislada 2017285 "Voluntad procreacional constituye un factor determinante en la filiación del niño o niña que nació bajo un procedimiento de inseminación artificial heteróloga", que expresa:

(...) lo que se debe acreditar es si los cónyuges otorgaron su voluntad para que la mujer fuera inducida bajo ese tratamiento, ya que en caso afirmativo, jurídicamente se tendrá una filiación con el hijo que nazca de dicha técnica de reproducción asistida y, en consecuencia, respecto del padre, surgirá un parentesco igual a aquel que normalmente se adquiere por consanguinidad; así, cuando en el ejercicio de un derecho en su dimensión de pareja, existe consentimiento de ellos para someterse a una inseminación artificial heteróloga, lo que se está dirigiendo es la voluntad consensuada de ambos, para ejercer su derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos, ello a pesar de que entre el cónyuge varón y el menor no existan lazos genéticos; a este consentimiento del padre se le conoce como voluntad procreacional, que es el deseo de asumir a un hijo como propio aunque biológicamente no lo sea. (SCJN, 2018d:980)

Todo ello es para proporcionarle al menor sus derechos generados por la persona en la que recae la paternidad, y atender en su momento, al principio del interés superior del menor.

En relación con todo ello, existe la tesis aislada 2017230 "Derecho a la identidad de un menor. Elementos que se deben tomar en cuenta cuando el niño o niña nació por consecuencia de un tratamiento de inseminación artificial heteróloga", que nos proporciona más información respecto al consentimiento, nos dice que este cumple una doble función: respecto de las consecuencias jurídicas que surgen por quienes se someten a esos tratamientos y, en segundo lugar, en relación con el impacto que se produce en los hijos nacidos bajo esas técnicas.

La expresión de la voluntad procreacional genera consentimiento libre e informado para aplicación de la técnica y aceptación de la paternidad o maternidad en dado caso que se produzca el nacimiento del neonato.

Además, se hace alusión a que el derecho a formar una familia puede ser individual o en pareja, claro está que si se encuentran en una relación conyugal o concubinato es necesario el consentimiento de ambas partes, ya que la toma y producto de esa decisión atañe a la esfera en pareja; al mencionar y darle consideración a lo individual abre la puerta para personas solteras que quieren procrear puedan hacerlo y así gozar de su derecho a decidir cómo formar su familia.

En la reciente tesis aislada 2020442 "Comaternidad. Es una figura referida a la doble filiación Materna en uniones familiares homoparentales", se expresa:

Todo tipo de uniones familiares, entre ellas, las homoparentales conformadas por personas del mismo sexo (...) tienen el derecho a formar una familia, y si es su deseo, acceder a la procreación y crianza de

hijos propios, adoptados, gestados mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, o procreados por uno de ellos. (SCJN, 2019a: 1314)

Aporta una definición de lo que se concibe como comaternidad:

Ahora bien, la comaternidad es una figura propia de la unión familiar homoparental constituida por dos mujeres, que se refiere a la doble filiación materna, por virtud de la cual la pareja de mujeres se encarga del cuidado bajo su seno de uno o más hijos, como cualquier otro ejercicio de crianza parental, aun cuando una de ellas o ambas no tengan un vínculo genético con el hijo o hijos. (SCJN, 2019a: 1314)

Hasta aquí podemos notar el avance con relación a la universalización de los derechos humanos, la posibilidad de tener una familia, acceder a los avances biomédicos y brindarles protección a todos los menores sin importar sus orígenes.

Por último, comentó la tesis aislada 2020783 “Derecho a la Reproducción asistida. Lo tienen las parejas de matrimonios homosexuales”.

En donde encontramos uno de los avances más significativos, el que todos tienen derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones, y condicionarlo sólo a parejas heterosexuales con problemas de infertilidad o esterilidad (León & Hernández, 2019: 116), se incurre en discriminación ya que al ser parejas del mismo sexo es imposible el procrear, lo que significa y desde luego formar una familia por lo que tienen que recurrir a las TRHA.

La revisión de las anteriores tesis aisladas, nos muestran una parte velada en relación con el derecho, los derechos humanos y las TRHA, aspecto en el cual México tiene la tarea de

- Crear una Ley General para regular las TRHA
- Crear un registro nacional de donantes de células reproductoras, preembriones, aplicaciones de TRHA y tasas de éxito.
- Acreditar comités bioéticos
- Establecer centros encargados de la aplicación de las TRHA y los protocolos que debe seguir.
- Adaptar su regulación civil con relación a los 3 tipos de filiación
- Modificar su Ley General de Salud
- Tomar en consideración las recomendaciones y resoluciones del consejo de Europa, el proyecto de Convenio de Bioética y las iniciativas de la UNESCO, y la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como los instrumentos internacionales que velaran por los DDHH que intervienen antes, durante y después de una TRHA. (León y Hernández, 2019: 124)

El ejercicio de legislar las TRHA, es posible desde la perspectiva del derecho comparado y atendiendo recomendaciones de , que puede tomar de países como Francia, España, Suecia, Dinamarca, Noruega, Alemania e Inglaterra, y en Latinoamérica de Argentina y Uruguay, todos ellos le aportarán pautas esenciales sobre lo principal a regular y para quiénes, de los nuevos avances biomédicos y más, pero todo con el respeto de los derechos humanos de los implicados y su debida proyección a futuro en caso del nacimiento del nuevo ser salvaguardar su interés superior.

Sin duda, rescatamos que se deben crear instrumentos legislativos en cuanto se trate de la procuración de nuevos seres vivos, y no dejarnos impresionar aletargando al debate o procrastinando su protección jurídica.

### Fuentes de consulta

Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. Resolución 217 A (III). 10 de diciembre 1948.

CNDH. (2018). Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la identidad. Recuperado de [https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Programas/Ninez\\_familia/Material/cuadri-identidad-ninas-ninos.pdf](https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Programas/Ninez_familia/Material/cuadri-identidad-ninas-ninos.pdf)

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Recuperado de <https://www.scjn.gob.mx/constitucion-politica-de-los-estados-unidos-mexicanos>

Guzmán, A. (2001). *Inseminación artificial y fecundación in vitro humanas. Un nuevo modo de filiación*. Xalapa, Ver. México: Universidad Veracruzana.

Holland, O., Regan, H. & Wang, S. (28 de noviembre de 2018). El científico chino que dice que modificó dos embriones para resistir el VIH defiende su trabajo y dice que habría un tercer bebé. CNN. Recuperado de <https://cnnespanol.cnn.com/2018/11/28/el-cientifico-chino-que-dice-que-modifico-dos-embriones-para-resistir-el-vih-defiende-su-trabajo-y-dice-que-habria-un-tercer-bebe/>

León López, R. M. y Hernández Sánchez, C. G. (2019). El avance en la regulación de las técnicas de reproducción humana asistida. *Letras Jurídicas. Revista multidisciplinaria del CEDEGS*, Universidad Veracruzana: México.

Manganaro, C. (2019). Louise Brown, en *Encyclopaedia Britannica, inc.* July 21, 2019. Recuperado de <https://www.britannica.com/biography/Louise-Brown>

Salas, J. (05 de octubre de 2016). Nace un bebé con la nueva técnica de 'tres padres genéticos'. El país. Recuperado de [https://elpais.com/elpais/2016/09/27/ciencia/1474989059\\_678680.html](https://elpais.com/elpais/2016/09/27/ciencia/1474989059_678680.html)

Suprema Corte de Justicia de la Nación (2018b). Primera Sala. Tesis Aislada 1<sup>a</sup>. LXXV/2018, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. 10<sup>a</sup> época, registro 2017231, t. II, libro 55, 22 junio 2018.

Suprema Corte de Justicia de la Nación (2018c). Primera Sala. Tesis Aislada 1<sup>a</sup>. LXXVI/2018, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación* 10<sup>a</sup> época, registro 2017232, t. II, libro 55, 22 junio 2018.

Suprema Corte de Justicia de la Nación (2018d). Primera Sala. Tesis Aislada 1<sup>a</sup>. LXXVIII/2018, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. 10<sup>a</sup> época, registro 2017285, t. II, libro 55, 22 junio 2018.

Suprema Corte de Justicia de la Nación (2018e). Primera Sala. Tesis Aislada 1<sup>a</sup>. LXXX/2018, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. 10<sup>a</sup> época, registro 2017286, t. II, libro 55, 22 junio 2018.

Suprema Corte de Justicia de la Nación (2018f). Primera Sala. Tesis Aislada 1<sup>a</sup>. LXXIX/2018, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. 10<sup>a</sup> época, registro 2017287, t. II, libro 55, 22 junio 2018.

Suprema Corte de Justicia de la Nación (2019a). Primera Sala. Tesis Aislada 1<sup>a</sup>. LXV/2019, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. 10<sup>a</sup> época, registro 2020442, t. II, libro 69, 22 agosto 2019.

Suprema Corte de Justicia de la Nación (2019b). Primera Sala. Tesis Aislada 1<sup>a</sup>. LXXXVII/2019, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. 10<sup>a</sup> época, registro 2020783, t. II, libro 71, 11 octubre 2019.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2018a). Primera Sala. Tesis Aislada 1<sup>a</sup>. LXXVII/2018, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. 10<sup>a</sup> época, registro 2017230, t. II, libro 55, 22 junio 2018.

Varsi, E. (2017). Determinación de la filiación en la procreación asistida. Revista IUS, 11(39) Recuperado de [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-21472017000100006&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000100006&lng=es&tlng=es)

## ***ENFOQUES JURÍDICOS***

