

TEMAS ACTUALES DE DERECHO Y SOCIOLOGÍA



Víctor Manuel Castrillón y Luna
Coordinador

TEMAS ACTUALES DE DERECHO Y SOCIOLOGÍA

Víctor Manuel Castrillón y Luna
(Coordinador)



TRIBUNAL DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA
DEL ESTADO DE MORELOS

Víctor Manuel Castrillón y Luna. Coordinador

Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Morelos. Editor.

Temas actuales de derecho y sociología. Primera edición, enero de 2024

Cuernavaca Morelos, México.

ISBN 978-607-69628-0-0

1. Derecho 2. Sociología 4. México 5. Colombia 6. Justicia

Temas actuales de derecho y sociología

Obra arbitrada bajo el sistema de pares ciegos

Primera edición, enero de 2024

ISBN 978-607-69628-0-0

D.R. © 2024, de todos los autores y coautores

D.R. © 2024, Víctor Manuel Castrillón y Luna (coordinador)

T

D.R. © 2024 Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Morelos

Calle Gutemberg 3, Las Plazas Cuerpo B, Colonia Centro,

C.P. 62000

Cuernavaca, Morelos, México

Imagen de portada Pixabay

D.R. © Gerd Altmann

Diseño y Maquetación

Ixshel Morales

Directorio del Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Morelos

Guillermo Arroyo Cruz

Magistrado Presidente y Titular de la Segunda Sala de Instrucción

Mario Gómez López

Secretario de Estudio y Cuenta en funciones de
Magistrado Titular de la Primera Sala de Instrucción

Hilda Mendoza Capetillo

Secretaria de Acuerdos en funciones de
Magistrada Titular de la Tercera Sala de Instrucción

Manuel García Quintanar

Magistrado Titular de la Cuarta Sala Especializada
en Responsabilidades Administrativas

Joaquín Roque González Cerezo

Magistrado Titular de la Quinta Sala Especializada
en Responsabilidades Administrativas

Martín Jasso Díaz

Magistrado en retiro y Director del Centro de
Estudios en Materia Administrativa

ÍNDICE

TEMAS ACTUALES DE DERECHO Y SOCIOLOGÍA

PRESENTACIÓN	8
INTRODUCCIÓN	9

LA SOCIEDAD UNIPERSONAL

Dr. Víctor Manuel Castrillón y Luna

p. 12

Introducción	13
I. Concepto	13
II. Características	13
III. La sociedad unipersonal en los sistemas europeos	17
Italia	19
Alemania	20
Francia	20
España	21
México	23
V. Conclusiones	29

NUEVAS HERRAMIENTAS PARA GARANTIZAR EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

Dr. Eduardo Oliva Gómez

p.31

Introducción	32
I. Mecanismos legales para cumplir con la obligación alimentaria	33
II. Mecanismo de aseguramiento y garantía del cumplimiento de la obligación alimentaria	35

III. El Registro de Deudores Alimentarios Morosos	36
IV. Influencia de la implementación del Registro de Deudores Alimentarios Morosos de la CDMX en las legislaciones de los estados	40
V. El Registro Nacional de Obligaciones Alimentarias	42
VI. Conclusiones y reflexiones finales	51

REFLEXIONES Y DIÁLOGOS JURISPRUDENCIALES SOBRE LA
DIMENSIÓN OBJETIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Dr. Ricardo Tapia Vega

p. 53

Introducción	53
I. El tránsito del Estado de Derecho al Estado Constitucional de Derechos posterior a la 2ª posguerra mundial	54
II. Las dimensiones de los derechos fundamentales	58
III. La construcción del concepto de dimensión objetiva de los derechos fundamentales a través de las decisiones judiciales	59
IV. Conclusiones basadas en breve estudio de casos	63

CONSIDERACIONES SOBRE LOS ACUERDOS EN LA GESTACIÓN SUSTITUTA

Dra. Graciela Quiñones Bahena

p.71

Introducción	71
I. Gestación sustituta: acto o negocio jurídico familiar	72
II. Consideraciones en los acuerdos sobre gestación sustituta	75
III. Derechos y deberes de los padres jurídicos	78
IV. Tratamiento Jurisprudencial sobre gestación sustituta	81
V. Conclusiones	87
VII. Referencias de investigación	90

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS DESDE LA PERSPECTIVA CONTEMPORÁNEA

Dr. Ladislao Adrián Reyes Barragán, Dr. Francisco Xavier García Jiménez, Mtro. José Gerardo Rivera Rodríguez

p.92

Introducción	92
I. La contraposición entre personas físicas y personas jurídicas o morales	93
II. La teoría del delito en referencia a las personas jurídicas o morales	95
III. La lesión o peligro en las personas físicas y jurídicas	97

IV. La culpabilidad como límite de aplicación a las personas jurídicas en materia penal	98
V. El Código Nacional de Procedimientos Penales y su problemática de la persona jurídica	99
VI. Medidas de control de las personas jurídicas	100
VII. El debido control organizacional y las personas jurídicas	101
VIII. <i>Compliance</i> penal	102
IX. El progreso del <i>Compliance</i> penal en México	103
X. Conclusiones	106

ANÁLISIS DE LA ACTUACIÓN POLICIACA FRENTE A LA PARTICIPACIÓN DE MUJERES EN PROTESTAS SOCIALES: EL CASO DE MÉXICO Y CHILE

Dra. Daniela Cerva Cerna, Dr. Miguel Ángel Juárez Merino

p. 111

I. Panorama de las protestas feministas a nivel global	112
II. Lo novedoso de la protesta: las mujeres en las calles en primera persona	112
III. Perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la protesta	114
IV. Estructura de la policía mexicana y chilena	116
V. La actuación de la Policía Mexicana en las protestas feministas	121
VI. La actuación de la Policía Chilena en las protestas feministas	124
VI. Conclusiones	127

EL DERECHO HUMANO A LA SALUD, ANÁLISIS SOCIOJURÍDICO DE LA PANDEMIA DE Covid-19 EN MÉXICO

Dr. Francisco Rubén Sandoval Vázquez

p. 132

Introducción	133
I. El derecho humano a la salud, de la convencionalidad internacional a la realidad nacional	136
II. El derecho humano a la salud en el contexto de una economía global, pandemia y libre mercado	141
III. México: Contagios de personas y su esperanza de vida en hogares pobres	146
IV. Conclusiones	151

RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL, APORTACIÓN DEL *Compliance*

Dra. Nereyda Salazar Galeana

p. 154

Introducción	154
I. Generalidades	155

II. Principios de la Responsabilidad social empresarial	158
III. Responsabilidad social empresarial en la Unión Europea	160
IV. Responsabilidad social empresarial en México y América Latina	164
V. <i>Compliance</i> y responsabilidad social empresarial	168
VI. Conclusiones	170

LA MIGRACIÓN COMO DERECHO HUMANO EN MÉXICO:
RETOS Y PERSPECTIVAS EN EL TRÁNSITO

Dr. Esteban Amado Bueno García

p. 174

I. Contexto actual de la migración en México como país de tránsito	175
II. Causas generadoras de la movilidad humana	179
Económicas	179
Imaginario social como causa de la migración	180
III. Riesgos de tránsito	181
IV. Nuevas rutas de ingreso	183
V. Consecuencias de tránsito por México	184
En la detención	184
VI. Perspectivas	187
VIII. Conclusiones	188
Prioridad de proteger los derechos humanos y fundamentales de los migrantes	189

BIOÉTICA VS MATERNIDAD SUBROGADA: UN ESTUDIO SOCIO-JURÍDICO

Dra. Gisela María Pérez Fuentes Dra. Karla Cantoral Domínguez

p. 192

I. Naturaleza y origen de la bioética	192
II. Breve reseña sobre la bioética	194
III. Bioética y consentimiento informado en investigación	195
IV. La maternidad subrogada: una visión internacional	197
V. Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos	198
VI. Las técnicas de reproducción asistida en Europa	200
VII. Caso Paradiso y Campanelli vs Italia	201
VIII. España	203
Contrato de donación	204
Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida	204
Estudio de caso en España	205
IX. Bioética, maternidad subrogada, Tabasco y el mundo: un lugar de turismo reproductivo	207

¿Un taller de reparación de motocicletas a cambio de alquilar el vientre? Entre la legalidad y la bioética	208
Violación a los principios bioéticos y al derecho a la salud: turismo reproductivo	212
X. Conclusiones	213

ANCESTRALIDAD, AUTONOMÍA E IDENTIDAD. UNA MIRADA DESDE LA SOCIOLOGÍA FEMINISTA DE LAS
EXPERIENCIAS DE LAS MUJERES EN TOTORÓ CAUCA

Dra. Angélica María Anichiarico González, Dra. Leidy Tatiana Jaimes Hernández, Dra. Laura Isabel Pinzón Parra

p. 217

I. Introducción	218
II. Sociología Feminista y Ruralidad	220
III. Experiencia significativa de Cuidado y Autonomía Económica de las Mujeres Rurales de Totoró	222
Reflexiones de los talleres realizados con las mujeres rurales en Totoró Cauca	225
IV. Mujeres Totoreñas Rurales	226
V. Conclusiones	229

PRESENTACIÓN

La obra que el lector tiene en sus manos inaugura la producción bibliográfica del Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Morelos, que se ha constituido formalmente como entidad editorial para coadyuvar a la difusión de la cultura jurídica entre las personas profesionales del derecho, las y los estudiantes y el público en general.

“TEMAS ACTUALES DE DERECHO Y SOCIOLOGÍA” es una obra colectiva en formato electrónico, construida por insignes juristas, que aborda novedosos tópicos imbricando a las dos ciencias sociales indicadas y dando como resultado un producto transdisciplinar, que por su estructura capitular y claridad de lenguaje es adecuada para estudio y consulta de legos y versados.

Bajo la coordinación de Víctor Manuel Castrillón y Luna, se presentan los trabajos de éste, de Eduardo Oliva Gómez, Ricardo Tapia Vega, Graciela Quiñones Bahena, Ladislao Adrián Reyes Barragán, Francisco Xavier García Jiménez, José Gerardo Rivera Rodríguez, Daniela Cerva Cerna, Miguel Ángel Juárez Merino, Francisco Rubén Sandoval Vázquez, Nereyda Salazar Galeana, Esteban Amado Bueno García, Gisela María Pérez Fuentes, Karla Cantoral Domínguez, Angélica María Anichiarico González, Leidy Tatiana Jaimes Hernández y Laura Isabel Pinzón Parra; quienes se desarrollan como investigadoras e investigadores de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México, y de la Corporación Universitaria Autónoma del Cauca, Colombia.

Sin más, invito al lector a conocer los valiosos contenidos de este libro, y aprovecho la ocasión para presentar formalmente la colección bibliográfica de la editorial del Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Morelos, que en este ejemplar da vida a su primer vástago.

Magistrado Guillermo Arroyo Cruz

Presidente del Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Morelos

Cuernavaca, Morelos a 2 de enero de 2024

INTRODUCCIÓN

El Cuerpo Académico en Sistemas Jurídicos Contemporáneos, de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, debidamente acreditado ante SEP-PRODEP, con número de clave: UAEMOR-CA 132, y con reconocimiento de CONSOLIDADO, fiel a su compromiso de generar y difundir conocimiento en temas de vanguardia presenta este libro que incorpora un enfoque multidisciplinario, desarrollando temas de actualidad en el derecho y la sociología.

Los temas que se desarrollan en el presente texto son los siguientes:

El Doctor Víctor Manuel Castrillón y Luna se ocupa del estudio de las sociedades con un solo socio, en una evolución legislativa que obedece a las exigencias del sector capitalista, que les dota de una excesiva e injustificada protección, que ha permitido que los sistemas jurídicos en prácticamente todas las latitudes del orbe hayan dado paso al reconocimiento de la existencia de entes de un solo socio, calificados, no sin razón por Felipe de Solá y Cañizares como “Una monstruosidad jurídica” porque, al dotarles de personalidad jurídica, pueden, en buena medida, proteger su patrimonio y conseguir, por ese medio separarlo del que se acomete a la aventura comercial, lo que no ocurre en el caso de las relaciones comerciales que desarrolla el comerciante individual, quien, como titular de una negociación mercantil, ve expuesta la totalidad de su patrimonio personal ante las acciones de cobro de sus acreedores, cuando sus negocios resultan deficitarios. Así, el autor del capítulo se ocupa de las características del ente y demás aspectos ya regulados por la legislación societaria mexicana.

El Doctor Eduardo Oliva Gómez, resalta la importancia que, para preservación de la vida, tiene la obligación alimentaria y al efecto revela la existencia de nuevas herramientas tendientes a garantizar el cumplimiento de la obligación alimentaria en el sistema jurídico mexicano, y de manera particular en los códigos civiles y/o familiares en la República. En su exposición, se ocupa de la revisión de la obligación alimentaria, y de manera particular, en lo relacionado con los mecanismos jurídicos de aseguramiento del cumplimiento con dicho deber, haciendo la revisión de manera específica, sobre el recién creado Registro Nacional de Obligados Alimentarios Morosos, que encuentra su antecedente inmediato en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos, que, bajo un pensamiento crítico, propende a identificar sus fortalezas, así como sus debilidades.

El Doctor Ricardo Tapia Vega se ocupa del análisis, reflexiones y diálogos jurisprudenciales sobre la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, y para tal efecto presenta el concepto de dimensión objetiva de los derechos fundamentales en el contexto de la internacionalización de los derechos fundamentales surgidos de la posguerra mundial, exponiendo algunas decisiones judiciales comparadas que ilustran dicho concepto.

La Doctora Graciela Quiñones Bahena analiza que, derivado a una trascendente evolución en la historia de la humanidad las técnicas de reproducción asistida representan un gran avance para las nuevas sociedades, sin embargo, señala que a su paso este fenómeno trae consigo

distintos conflictos jurídicos, y su trabajo de investigación se centra en reconocer las problemáticas de este fenómeno emergente.

Los Doctores Ladislao Adrián Reyes Barragán, Francisco Xavier García Jiménez y el Maestro José Gerardo Rivera Rodríguez desarrollan el tema relativo a la responsabilidad penal de las personas jurídicas desde la perspectiva contemporánea, derivada de la comisión de delitos; nueva figura que se refiere a la responsabilidad tanto de las personas físicas, como morales y así se analizan hasta donde, la persona jurídica, que es en sí misma ficción del derecho, es factible de ser sancionada penalmente.

La Doctora Daniela Cerva Cerna y el Doctor Miguel Ángel Juárez Merin, con una visión sociológica, se ocupan del análisis de la actuación policiaca frente a la participación de mujeres en protestas sociales: el caso de México y Chile, y al efecto realizan una revisión crítica, a partir del reconocimiento de los derechos humanos, de la actuación policiaca ante las manifestaciones sociales que comprenden una amplia participación de mujeres expresando demandas feministas, tanto en Chile como en México, en los últimos tres años.

El Doctor Francisco Rubén Sandoval Vázquez realiza un estudio sobre el derecho humano a la salud, en el entorno de la pandemia de Covid-19 en México, y al efecto destaca que la pandemia representó un reto sin parangón que puso a prueba a los estados nacionales, en lo relativo a su capacidad para garantizar el derecho a la salud, ya que tal evento evidenció la desestructuración de los sistemas de salud públicas en aras de su privatización acorde a el Consenso de Washington, privando a muchas personas del derecho a la salud. El reporte de investigación que realiza vincula el acceso al derecho a la salud con la pobreza y las defunciones por Covid-19, partiendo de la hipótesis que la pobreza es un factor que incide negativamente en la salud de las personas, y concluyendo en que los resultados muestran que la pobreza es un factor que incidió de manera negativa en la esperanza de vida de las personas que se contagiaron por Covid-19.

La Doctora Nereyda Salazar Galeana desarrolla el tema relativo a la responsabilidad social empresarial en que pueden incurrir con el entorno social, donde destaca que debido al fenómeno de la globalización, es un tema que también debe formar parte de la agenda de la sociedad civil, como sucede con la mayoría de los asuntos que perjudican las buenas prácticas. Se refiere asimismo al *Compliance* que forma parte fundamental para la implementación de sistemas de gestión de riesgos que permitan un cumplimiento de la responsabilidad social empresarial.

El Doctor Esteban Amado Bueno García se ocupa del estudio de la migración como derecho humano en México; sus retos y perspectivas en el tránsito, destacando que se trata de un problema de índole global, en donde México ha debido enfrentar un verdadero dilema, y que la problemática es que hoy día se ha incrementado considerablemente por el número de personas que se mueven desde los espacios de Centroamérica, movilidad que se traduce en un verdadero problema y que además es un tema complejo y multifactorial. Realiza así un estudio y análisis sobre tal problemática, que debe ser abordada con especial atención, considerando que los migrantes se encuentran en situación de desprotección, por lo que

destaca la importancia de abordar el estudio bajo la observancia y aplicación del principio de derechos humanos.

Las Doctoras Gisela María Pérez Fuentes y Karla Cantoral Domínguez, se centraron en un estudio socio-jurídico de los principios de la bioética ante el uso de técnicas de reproducción asistida en la era de los derechos humanos desde una perspectiva interdisciplinar, ante el fenómeno de la maternidad subrogada en el sureste de México con la finalidad de detectar y reconocer situaciones que pudieran vulnerar la dignidad de las personas.

Finalmente, las Doctoras Angélica María Anichiarico González, Leydi Tatiana Jaimes Hernández y Laura Isabel Pinzón Parra estudian la autonomía de las mujeres rurales bajo la perspectiva del lugar que ocupan en el desarrollo prioritario en las agendas tanto internacionales como, nacionales y locales. Su investigación se centró en un estudio de caso en el municipio de Totoró, Cauca en Colombia, en donde se permean múltiples escenarios para el desarrollo de las mujeres, pues la finalidad de su trabajo de investigación es precisamente resaltar la importancia de interrelacionar lo identitario con la autonomía económica de las mujeres de esta comunidad.

Deseamos que la presente obra sea de interés para los estudiosos del derecho y la sociología.

12

Dr. Víctor Manuel Castrillón y Luna
Coordinador de la obra

LA SOCIEDAD UNIPERSONAL

Dr. Víctor Manuel Castrillón y Luna¹

Resumen: Con anterioridad a su reconocimiento de la sociedad unipersonal, ha sido práctica común la de eludir sus responsabilidades económicas y así evitar la pérdida del patrimonio individual recurriendo a la pluralidad simulada y cumplir así con la exigencia legal, para evitar su necesaria extinción, mediante la utilización de prestanombres o testaferros.

Hoy día, observamos que el reconocimiento de entes con un solo miembro es tendencia generalizada tanto en la doctrina como en las legislaciones de los últimos tiempos, respecto de sociedades tales como la sociedad de responsabilidad limitada y la sociedad por acciones simplificada, y la totalidad de los entes reconocidos en España, con la nueva Ley de Sociedades de Capital, y todo ello derivó, inicialmente de la recomendación emitida para su reconocimiento por la Directiva de la Comunidad Europea, para procurar su permanencia y evitar su disolución al perder la pluralidad exigida en las normas y más adelante, con la posibilidad, muy extendida en su propia creación, con un solo socio, tanto durante su existencia jurídica, y más aún, a partir de su constitución.

Palabras clave: Corporaciones; Responsabilidad; Separación patrimonial.

Abstract: Partnerships with a single member, is a legislative evolution that obeys the demands of the capitalist sector, which provides them with excessive and unjustified protection, this has allowed legal systems in practically all latitudes of the world to give way to the recognition of the existence of entities with a single partner, described, not without reason, by Felipe de Solá y Cañizares as “A legal monstrosity” because, by giving them legal personality, they can, to a large extent, protect their equity and achieve, by this means, separate it from the one that undertakes the commercial adventure, which does not occur in the case of commercial relations developed by the individual merchant, who, as the holder of a commercial negotiation, sees all of his personal equity exposed before the collection actions of his creditors, when his businesses are in deficit. Prior to its recognition, it has been a frequent practice to evade their economic responsibilities and thus avoid the loss of individual equity by resorting to simulated plurality and thus comply with the legal requirement, to avoid their necessary extinction, using straw parties or figureheads. Today, we observe that the recognition of partnerships with a single member is a general trend both in the doctrine and in the legislation of recent times, with respect to companies such as the Limited Liability Company and the Simplified Shares Company, and the totality of entities recognized in Spain, with the new Law on Corporations, and all this derived, initially from the recommendation issued for its recognition by the Euro-

¹ Doctor en derecho. profesor investigador de tiempo completo. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Autónoma del estado de Morelos responsable del Cuerpo Académico Sistemas Jurídicos Contemporáneos de la propia institución, acreditado ante PRODEP. Correo electrónico: victorcastrillon721@hotmail.com

pean Union Directive, to ensure its permanence and avoid its dissolution by losing the plurality required in the norms and later, with the possibility, very extended in its own creation, with a single partner, both during its legal existence, and even more, from its constitution.

KeyWords: Corporation, Liability, Equity separation.

INTRODUCCIÓN

Uno de los fenómenos más comunes en el desarrollo de las actividades comerciales ha sido siempre el de la necesaria unión de personas, tanto físicas como morales, que ha permitido el fortalecimiento de los sectores en un mundo cada vez más competitivo, para el ejercicio de actividades mercantiles por medio de la constitución de entes mercantiles conocidos como sociedades, dando lugar a la creación del tradicional derecho corporativo, lo cual ha propiciado el impresionante desarrollo de la actividad mundial en un ámbito en el que se destaca la figura de la Sociedad Anónima, que ha sido causa y efecto del triunfo del capitalismo, más aun enarbolado por la existencia de agrupaciones societarias, que acaparan la riqueza mundial.

Como derivación de las necesidades de los agentes de comercio, los aparatos legislativos han sido muy abiertos y generosos ante la exigencia capitalista de lograr reconocimiento, y por esa vía proteger su patrimonio personal, encontrando su guarida legislativa en la existencia regulada de la sociedad unipersonal como figura societaria con reconocimiento legal, justificada en la técnica jurídica de la empresa.

14

I. CONCEPTO

Sociedad unipersonal, unimembre, o de un solo socio, one man company en el derecho inglés, einmenschgesellschaft en el alemán, es el ente jurídico empresarial, que, con reconocimiento legal, mediante la separación de un determinado bloque patrimonial destinado a la realización de actividades mercantiles, persigue la finalidad realizar actividades comerciales de manera equivalente a que comúnmente realiza la corporación con pluralidad de socios, e inicialmente puede tener carácter permanente o bien temporal, solamente limitado al tiempo necesario para el restablecimiento del número de socios exigido por la normatividad o para su necesaria liquidación en el caso de que por así establecerlo la ley, no se logre la pluralidad requerida, o bien, en su evolución, ante su constitución con una sola persona.

II. CARACTERÍSTICAS

Las notas características que deben ser consideradas para establecer la existencia de una sociedad unipersonal, son las siguientes:

- a) La existencia de un solo socio;
- b) Siendo de carácter permanente, la separación de una determinada cantidad o de un determinado porcentaje del patrimonio del socio único, que será la que de manera exclusiva se destine a la actividad comercial, de modo que el porcentaje que no se afecte a tal fin, no pertenece a la sociedad como tal, sino al socio en lo individual;
- c) Que para establecer cuál es el capital social o si se quiere la cantidad que se afectará por el socio único a la aventura comercial, será necesario que el mismo se encuentre claramente delimitado, para lo cual suele utilizarse la inscripción que del mismo se haga en el Registro del Comercio;
- d) Que el régimen legal lo autorice;
- e) La precisión en relación con la responsabilidad limitada o bien ilimitada del socio único por las operaciones sociales , y;
- f) Que puede tener carácter permanente o bien temporal, solamente limitado al tiempo necesario para el restablecimiento del número de socios exigido por la normatividad, o para su necesaria liquidación en el caso de que por así establecerlo la ley no se logre la pluralidad requerida, y;
- g) Que se constituya como unipersonal, con reconocimiento legal.

Dice Ana Piaggi que la característica más interesante de las sociedades unipersonales es la de que constituye un eslabón en la evolución de las formas societarias, en cuanto diseño organizativo de la empresa, y citando a Paillseau señala que no se trata de la organización de un grupo de personas, sino una técnica jurídica de la organización de la empresa. Agrega que a ello se sigue que, desde el punto de vista operativo, atiende a una ius-política con dos fases centrales para la actividad económica, a saber:

- La limitación de la responsabilidad derivada de la actividad empresarial, y;
- La frontera dentro de la cual el ordenamiento pretende circunscribir los poderes de los operadores económicos para desenvolver su actividad empresarial.

Una de las notas características para la existencia de la sociedad unipersonal, es la de su reconocimiento legal (supuesto que se presenta en el régimen jurídico mexicano con la reciente aceptación del tipo legal conocido como; sociedad por acciones simplificada).

Así, no debemos confundir a la sociedad unipersonal, que como se aprecia existe con reconocimiento legal, a partir de la separación que su único socio realice de su propio patrimonio, afectando solamente parte del mismo a la actividad comercial, a diferencia de las sociedades plurales en las que un socio aparece con la casi totalidad del capital social, y deja una sola

acción o parte social al otro socio (que normalmente es sólo testaferros o prestanombres) para el cumplimiento de la exigencia plural.

Dice entonces García Peña que múltiples ius-mercantilistas han mencionado que es necesario limitar la responsabilidad del comerciante persona física argumentando como razones el estímulo del comercio delimitando la responsabilidad de éste a lo que el mismo manifieste que será objeto de afectación patrimonial para los fines del negocio a emprender y acabar con la perniciosa práctica de simular sociedades que a final de cuentas resultan unipersonales, pues valiéndose de testaferros o prestanombres se logran constituir en términos formales como una sociedad generalmente anónima, que al final de cuentas resulta unimembre pues es uno solo de los aparentes accionistas quien controla la misma, con pérdida de eficacia administrativa y menoscabo de su funcionamiento corporativo en contra de la propia persona moral y de los terceros que con ella se relacionan.

Tulio Ascarell estableció con gran claridad tal delimitación, al señalar; “la práctica ha utilizado para el ejercicio individual del comercio el instrumento de la persona jurídica con patrimonio separado elaborado por la ley para la sociedad”.

Barrera Graf por su parte señala; “a pesar de dicho régimen prohibitivo, las sociedades con un solo socio existen y son cada día más. Lo que pasa es que, para tener la necesaria pluralidad exigida por la ley, se acude a prestanombres o testaferros, que es una forma de representación indirecta en que el representante obra a nombre propio pero por cuenta (oculta) del representado” y agrega “de lege ferenda, es recomendable el reconocimiento legal y la reglamentación adecuada de un solo socio”.

16

La idea de la existencia de la sociedad como persona moral o colectiva expresa el sentido de pluralidad, es decir, de la unión de varios sujetos que en conjunto, y con una idea claramente definida, forman un ente, una organización social que se integra con el patrimonio que aportan los socios en su conjunto y que además cuenta con órganos sociales (asambleas, administración y vigilancia), por ello es que, si bien, cuando se dio inicio tanto en la legislación como en la doctrina y aún en la jurisprudencia al reconocimiento de las sociedades mercantiles como entes jurídicos susceptibles de tener personalidad jurídica, se rechazó de manera tajante la posibilidad de la existencia de sociedades con un solo socio, no obstante, observamos que el reconocimiento de entes con un solo miembro es tendencia generalizada tanto en la doctrina como en las legislaciones de los últimos tiempos (respecto de sociedades tales como la S. de R. L., y la sociedad por acciones simplificada) sobre todo a partir de la recomendación emitida para su reconocimiento por la Directiva de la Comunidad Europea, a la que nos referiremos más adelante.

Dice así Juan Carlos Malagarriga ; “la reacción inmediata ante el solo planteamiento del problema es la que impone, sin duda, la intuición: si la sociedad supone la conjunción de varias personas –dos por lo menos– que, aportando bienes en común, persiguen una finalidad lucrativa, como puede siquiera imaginarse que pueda existir dicho ser jurídico sin que se encuentre presente la pluralidad de socios, que parece su presupuesto necesario”.

El reconocimiento de personalidad jurídica de los entes abrió la posibilidad de que el comerciante limitara su responsabilidad por las deudas sociales, ya que se parte del principio que establece que si la sociedad cuenta con un patrimonio propio e independiente del de los socios (recordemos que las aportaciones sociales son transferidas al ente como traslativas de dominio) tales recursos o activos responden de las obligaciones que la sociedad asume ante terceros cuando se coloca en posición de deudora, y tal patrimonio, en principio deberá ser suficiente para responder de tales obligaciones, lo que no ocurre cuando la sociedad se encuentra integrada por un solo socio, a menos que se establezca con toda precisión la existencia de un patrimonio susceptible de afectación por parte de los acreedores del ente.

Rojas Roldan se refiere a las causas por las que ha proliferado la sociedad unipersonal, y así señala que dadas las ventajas que rodean a las sociedades de capital que tiene como característica la de la responsabilidad de los socios limitada al monto de las aportaciones, en casos diversos se han constituido sociedades de un solo socio real, y otros a los que comúnmente se llama de paja, porque simplemente prestan su nombre para alcanzar la exigencia del número de socios establecido en cada caso por la ley.

Agrega que se trata de verdaderas sociedades unipersonales que guardan una situación aparente, o bien puede ocurrir que habiéndose constituido con el número adecuado de socios durante su vida llegue una sola persona física o moral a acaparar la totalidad de las acciones, quien, para guardar las formas legales hace aparecer en las escrituras sociales nombres de otras personas con cantidades simbólicas. Internamente guardan apariencia de sociedades pluripersonales y se pregunta si el legislador debe permanecer ciego ante tal realidad. Dice que hechos de particulares condicionan la necesidad de que el legislador se avoque al problema de las sociedades que en rigor operan con un solo socio.

Ana Piaggi señala por su parte que el progresivo reconocimiento de la sociedad unipersonal está destinado a sustituir cualquier esfuerzo dirigido a dar forma a la empresa individual de responsabilidad limitada, y su régimen se determina por la significación de la sociedad como forma de gestionar o estructurar una empresa y administrar un patrimonio; funciones que, dice, existen aun sin la pluralidad de socios.

Establece como causas que han propiciado la proliferación de la sociedad unipersonal y que aconsejan su reforma para que tenga reconocimiento legal:

- los cambios profundos organizacionales en el modelo productivo con gran cantidad de casos macroeconómicos exitosos en el último lustro;
- la mutación del marco externo de referencia, y;
- la mundialización; el desarrollo del mercado de capitales, así como la formación de mercados comunes.

Mantilla Molina considera que es posible suprimir el requisito de la pluralidad de socios, porque una vez roto el modelo contractual, nada impide buscar el carácter jurídico de la sociedad y considera que la constitución de una sociedad puede configurarse como un acto colectivo. Barrera Graf por su parte, dice que hablar de una sociedad compuesta por un solo miembro parece plantear una contradicción, porque el vocablo sociedad hace necesaria la referencia a pluralidad de personas, y se refiere al señalamiento de Felipe de Solá y Cañizares, cuando dice que tal sociedad es una monstruosidad jurídica, pero dice Barrera que tal ente sí existe, funciona y es cada día más frecuente y agrega que lo que ocurre es que la esencia del negocio (la pluralidad de socios) cede ante la realidad económica y sobre todo ante la insuficiencia de los catálogos o tipos ofrecidos por el ordenamiento legal para dar nacimiento a una figura también llamada sociedad que funciona como esta.

Observa, el propio autor, que podría tratarse sólo de un problema terminológico; que se conserve el término tradicional sociedad aunque el derecho aplicable al evolucionar haya superado y hasta negado el concepto original y propio de ese negocio jurídico y mantenga el vocablo para regular la institución jurídica de acuerdo a las reglas y a la técnica de funcionamiento y a la organización que es propia de las sociedades plurimembres.

Tulio Ascarelli por su parte señala;

no es posible negar la realidad del negocio y afirmar que existe una simulación y es necesario reconocer que nos encontramos ante uno de los medios a través de los cuales el derecho se desenvuelve históricamente y se acomoda a las exigencias nuevas de la práctica, adaptando viejas instituciones a funciones nuevas; fenómeno histórico al que me parece atinado dar el nombre de negocio indirecto o con fines indirectos.²

En lo personal creemos que las llamadas sociedades unipersonales van en contra del carácter tradicional de orden contractual, como son concebidas por el legislador, que siguió fielmente la doctrina francesa, y aún en contra de la corriente más vanguardista que les considera como un contrato plurilateral de organización. Por otro lado, hablar de sociedad, significa reconocer necesariamente la existencia de órganos sociales, tales como asamblea, vigilancia y administración, por no hablar de derechos de minorías. La unipersonalidad rompe con tales principios que son estructurales de todo ente, sea de naturaleza civil o mercantil. Además de la problemática que se plantea en relación con los aspectos patrimoniales y su necesaria división respecto de las responsabilidades de los socios.

III. LA SOCIEDAD UNIPERSONAL EN LOS SISTEMAS EUROPEOS

La mayor parte de los miembros de la anterior Comunidad Económica Europea, que dio lugar a la posterior creación de la Unión Europea, estableció el reconocimiento de tales sociedades (sobre todo en el esquema de la S. de R. L.), a partir de la recomendación No. 89/667, del 21

² Ascarelli Tulio, *Cosorci volontari tra imprenditori*, 2a. Ed. Guiffré, Milán 1937, p. 96

de diciembre de 1989, emitida por la XII Directiva, en cuyo artículo 2.1 se señala: “La sociedad podrá constar de un socio único en el momento de la constitución así como mediante la concentración de todas sus participaciones en un solo titular”. Cabe además señalar que la recomendación no establece de manera especial la existencia de un régimen de responsabilidad para el socio único y será equivalente al de los socios de la sociedad pluripersonal.

Aun cuando en el derecho comunitario europeo la pauta se establece de manera clara en la XII Directiva antes referida, ello se alcanzó por el proceso evolutivo que la comunidad fue experimentando, y por ello, es necesario precisar que la Comunidad Europea reguló inicialmente a las sociedades unipersonales en la Directiva del Consejo del 9 de marzo de 1968, al establecerse en el artículo 11, f), que la legislación de los estados miembros no puede establecer la nulidad de la sociedad por el hecho de que contrariamente en las legislaciones nacionales, el número de socios sea inferior a dos.

Posteriormente, la Directiva II del Consejo estableció con fecha 13 de diciembre de 1976, la norma relativa a la protección de los intereses de los socios y terceros en la constitución de la S. A., en cuyo artículo 5.1, se señala; “cuando la legislación nacional exija el concurso de varios socios para la constitución de la sociedad, la reunión de todas las acciones en una sola mano, o la reducción del número de socios por debajo del mínimo legal, después de la constitución, no tendrá como consecuencia la disolución de pleno derecho de misma”. En tal supuesto la directiva prevé un plazo a ser concedido por el tribunal para la reconstrucción de la pluralidad.

Cabe además señalar que la recomendación no establece de manera especial la existencia de un régimen de responsabilidad para el socio único y será equivalente al de los socios de la sociedad pluripersonal.

Aun cuando en el derecho comunitario europeo la pauta se establece de manera clara en la XII Directiva antes referida, es necesario precisar que la Comunidad europea reguló inicialmente a las sociedades unipersonales en la Directiva del Consejo del 9 de marzo de 1968, al establecerse en el artículo 11, f), que la legislación de los Estados miembros no puede establecer la nulidad de la sociedad por el hecho de que contrariamente en las legislaciones nacionales, el número de socios sea inferior a dos.

Posteriormente, la Directiva II del Consejo estableció con fecha 13 de diciembre de 1976, la norma relativa a la protección de los intereses de los socios y terceros en la constitución de la S. A., en cuyo artículo 5.1, se señala; “cuando la legislación nacional exija el concurso de varios socios para la constitución de la sociedad, la reunión de todas las acciones en una sola mano, o, la reducción del número de socios por debajo del mínimo legal, después de la constitución, no tendrá como consecuencia la disolución de pleno derecho de la misma”. En tal supuesto la directiva prevé un plazo a ser concedido por el tribunal para la reconstrucción de la pluralidad.

ITALIA

Aun cuando correspondió a Bonelli en el año de 1911 establecer las bases doctrinales que pudieran dar paso al posterior reconocimiento de la existencia de sociedades de un solo miembro, al concebir la idea, aun persistente en la doctrina italiana, en el sentido de que aun cuando la sociedad dejase de existir, la personalidad jurídica subsistía en supuestos tales como cuando el ente entraba en proceso de liquidación, caso en el cual, subsiste la personalidad jurídica, no obstante que la sociedad se hubiese disuelto, y si tal personalidad subsiste, en la concepción del autor, ello significa que el patrimonio separado resulta suficiente para ser destinatario de relaciones jurídicas y comerciales, tal y como ocurría antes de la desaparición del ente, ya que para él la personalidad jurídica de la sociedad subsiste al subsistir su patrimonio aunque el ente como tal hubiese desaparecido.

Bonelli consideraba posible que el ente pudiese mantenerse con un solo socio, siempre que la subsistencia de la sociedad en tales condiciones fuera provisional y no indefinida, es decir, que se tratara de una situación provisional o transitoria, hasta que se liquidara la sociedad o bien se reconstruyera la pluralidad y que en tal supuesto, el socio único debía mantener responsabilidad ilimitada ante los acreedores.

20

Lorenzo Mossa consideraba factible la subsistencia tanto de la sociedad como del socio como sujetos independientes, siempre que la responsabilidad del único socio fuese ilimitada.

Tulio Ascarelli por su parte concibió la idea del negocio jurídico indirecto con patrimonio separado que fue elaborada por Ihering y Kholer en Alemania e introducida en Italia por Messina y que pudiera servir tanto para la consecución del objeto del ente, como para responder ante terceros por las deudas sociales del socio único, y así se abrió la posibilidad del reconocimiento de sociedades unipersonales.

Las anteriores ideas abrieron paso en Italia a la posibilidad de la subsistencia del ente con un solo socio, siempre de manera provisional y temporal, hasta la reconstrucción de los requisitos legales o la conclusión definitiva de la sociedad y la permanencia de la responsabilidad ilimitada del socio durante dicho proceso.

De ese modo los artículos 2272, párrafo 4, y 2362 del Codice Civile de 1942, establecen:

Artículo 2272.– La Società si scioglie:

4) Quando viene a mancare la pluralità dei soci, se nel termine di sei mesi questa non è ricostruita

Artículo 2362.– In caso d'insolvenza della Società per le obbligazioni { sociali sorte nel periodo in cui le azioni risultano essere appartenute ad una sola persona, questa risponde illimitatamente.

Posteriormente, adoptando las recomendaciones de la XII Directiva de la Comunidad Europea No. 667/89 del 21 de diciembre de 1989, y el Decreto No. 88 del 3 de marzo de 1993, y como

consecuencia directa de la reconstrucción o pérdida de la pluralidad de socios, sin necesidad de ulteriores manifestaciones, se incorporó al artículo 2475 del Codice Civile el reconocimiento de la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada, debiendo constituirse tal sociedad con las formalidades de ley, y con reconocimiento de personalidad jurídica a partir de su inscripción en el Registro del Comercio, y en donde el socio fundador responde de manera solidaria por las obligaciones sociales.

Así, el artículo 2475 del Codice Civile establece:

Artículo 2475.- La Società puo essere costituita con atto unilaterale. In tal caso, per le operazioni compiute in nonce della Società prima della sua, iscrizione, e responsabile, in solido con coloro che hanno agito, anche il socio fundatore.

ALEMANIA

En Alemania se observa que existe una marcada tendencia a la aceptación de tales entes y en tal sentido Weiland es considerado su precursor al señalar que si bien no es posible constituir una sociedad con solamente un socio, aceptaba la posibilidad de la empresa individual de responsabilidad limitada y su posible subsistencia, no obstante la concentración de las acciones en una sola persona, basándose, en criterios de los tribunales y de la doctrina imperante, en la incoercibilidad jurídica ante tal fenómeno, aceptándose inicialmente la legalidad de la participación de los prestanombres para alcanzar los mínimos legales.

Dice Ana Piaggi que la admisión en Alemania (y aún en Austria y Holanda) de las sociedades de capital devenidas unipersonales, tuvo su contrapeso en la teoría de la penetración de Durchgriff, que lleva al socio único a ser responsable por las deudas sociales.

De ese modo, si bien en Alemania se ha mantenido la idea de la existencia unipersonal de la sociedad, se ha orientado por la responsabilidad ilimitada del socio único.

FRANCIA

Si bien en Francia inicialmente se rechazó de manera contundente la idea de la existencia de sociedades compuestas por una sola persona, al considerarse que tiene su origen en un contrato, cuando menos en el caso de la sociedad anónima, que exige la presencia de cuando menos siete socios, actualmente, en los supuestos de las sociedades de responsabilidad limitada y en el de sociedad por acciones simplificada, la ley tolera la permanencia de tales entes.

Como refiere Ana Piaggi ya ese país ya en el 64° Congreso de Notarios celebrado en 1966 en Royan se aconsejaba la admisión de tales entes siempre que se dotara de las garantías necesarias para salvaguardar los intereses de terceros y destaca la propuesta de la Asamblea General del 9 de septiembre de 1970, que propugnó la fundación originaria de las sociedades unipersonales con el objeto de suprimir la praxis de las sociedades ficticias.

Así, señala Ripert en su Tratado Elemental de Derecho Comercial;

a diferencia del caso de la disminución del número legal de siete, en el cual la disolución puede ser pronunciada a pedido de parte interesada, cuando se trata de la reunión de las acciones en una sola persona ya —no hay sociedad— y —solamente queda en pie el mecanismo jurídico— por lo que entendiendo la jurisprudencia que éste no debe ser confiado a una sola mano, se ha pronunciado por la disolución de pleno derecho y no le permite a quien haya reunido todos los títulos la posibilidad de hacer revivir la sociedad mediante cesión de acciones.³

Y agrega; Con el objeto de establecer límites a la responsabilidad de los empresarios, la disminución de la existencia de sociedades ficticias, el mejoramiento de la gestión empresarial y el perfeccionamiento del régimen de cesión y trasmisión de empresas, es a partir de la expedición de la Ley del 11 de julio de 1985, que se complementa con el Decreto 86-909 del 30 de julio de 1986, cuando se autoriza la existencia de la sociedad unipersonal en Francia.

Así, artículo 1832 del Code Civil establece:

Artículo 1832. La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter a une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le benefice ou de profiter de l'économie qui pourra en resulten Elle peut être instituée, dans le cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne. Les associés s'engagent a contribuer aux pertes.

22

ESPAÑA

Dice Garrigues⁴ en su Tratado de Derecho Mercantil, que desde el punto de vista del derecho de sociedades, toda sociedad supone al menos la participación de dos asociados, tanto para su nacimiento, (ya que la sociedad es legalmente un contrato), como para su subsistencia, porque no se concibe una relación de sociedad sin varios socios y por consiguiente, la reunión de todas las acciones en una sola mano debe conducir a la disolución de la sociedad, la que si bien no está expresamente reconocida, es indudable que está fundada en los principios legales básicos de la regulación de toda clase de sociedades.

Pero admite la subsistencia del ente debido a las exigencias económicas que se imponen con fuerza incontenible, al menos por un período de tiempo prudencial para dar lugar a que se restablezca la pluralidad de socios, durante el cual los contratos celebrados serán válidos y los patrimonios se mantendrán separados.

Así, inicialmente la existencia de la sociedad unimembre o unipersonal era rechazada en España, porque siguiendo la tesis francesa, de que al nacer el ente de un contrato, se requería de la pluralidad de socios.

³ Ripert, Georges. Tratado elemental de derecho comercial. Francia: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1954. p. 35

⁴ Garrigues, Joaquín, Nuevos hechos, nuevo derecho de la sociedad anónima, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933, p. 60

Posteriormente, en el año de 1945 se dispuso que el Registro de Comercio no debía considerar a una sociedad en estado de liquidación solo por el evento de la concentración de acciones en una persona, estableciéndose una importante diferencia entre el momento de la constitución del ente (para el cual sí se requería de la pluralidad) y su subsistencia, deviniendo unipersonal, ya que el Código de Comercio no establecía que la concentración del capital social en un solo socio fuese causa de disolución.

Finalmente, fue hasta el 23 de marzo de 1995, cuando se expidió la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, en la que, siguiendo las directrices establecidas por la XII Directiva de la Comunidad Europea 89/667 del año de 1989 se reconoce la existencia de la sociedad unipersonal de responsabilidad limitada de un solo socio.

En la nueva Ley de Sociedades de Capital, que, tipifica la normatividad de los diferentes tipos sociales, se reconoce ampliamente el derecho de los entes jurídicos a ser formados por una sola persona.

Y así, se señala:

CAPÍTULO III La sociedad unipersonal

Sección 1 La sociedad unipersonal

Artículo 12 Clases de sociedades de capital unipersonales

Se entiende por sociedad unipersonal de responsabilidad limitada o anónima:

- a) La constituida por un único socio, sea persona natural o jurídica.
- b) La constituida por dos o más socios cuando todas las participaciones o las acciones hayan pasado a ser propiedad de un único socio.

Se consideran propiedad del único socio las participaciones sociales o las acciones que pertenezcan a la sociedad unipersonal.

IV. La sociedad unipersonal en el continente americano

a) En Estados Unidos existen tres tipos de sociedades reconocidas, a saber;

La partnership que es una sociedad de personas con responsabilidad ilimitada;

La limited partnership, en la cual concurren socios de responsabilidad limitada con otros de responsabilidad ilimitada, y;

La corporation, que se asemeja a la S. A. como esquema para la gran empresa.

B) Por lo que se refiere a los sistemas jurídicos latinoamericanos la sociedad unipersonal, no ha encontrado reconocimiento, sin embargo, es menester señalar que algunos países tales como Costa Rica en 1961, Panamá en 1966, El Salvador en 1970, Perú en 1976, Brasil en 1976 y Paraguay en 1983, establecieron limitantes a la responsabilidad del empresario individual

MÉXICO

De especial y directa aplicación en el sistema mexicano es la Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM), que, para el caso de las sociedades en ella reconocidas desde su publicación en el año de 1934, de manera implícita prohíbe la existencia de sociedades de un solo socio, porque de ocurrir tal evento deberá procederse a la liquidación del ente, no obstante, como referiremos más adelante, el sistema de derecho empresarial mexicano se ha abierto ya al reconocimiento de la existencia desde su creación misma de las sociedades de una sola persona en el caso de la constitución de sociedades del tipo de la por acciones simplificada.

Dentro del proceso histórico que en el derecho mexicano se ha seguido para el reconocimiento de tales entes, cabe referir que, a iniciativa del Senado de la República, en el año 2006 se elaboró un proyecto de reformas y adiciones a la LGSM con la intención de que, acorde a las tendencias mundiales que hemos apuntado en el presente capítulo, el derecho societario en nuestro país acepte la posibilidad de la existencia de las sociedades unipersonales.

En el proyecto relativo se resaltan los siguientes aspectos:

1. Se propone el establecimiento de la sociedad unipersonal para las especies de la sociedad en nombre colectivo, la de responsabilidad limitada y la anónima, y se acota la responsabilidad limitada de los comerciantes.
2. En la exposición de motivos del proyecto se señala que las reformas persiguen como objetivo de la atracción de inversiones para acelerar el crecimiento de nuestra economía, modificando para ello los aspectos antes señalados del marco societario, y siguiendo las prácticas mundiales, como detonante del crecimiento económico y el fomento a la competitividad;
3. Se destaca que el marco jurídico vigente desde 1934 ha propiciado que, ante la falta de reconocimiento de la sociedad unipersonal, se recurra con frecuencia a testaferreros por la necesidad de desglosar el patrimonio mercantil del personal;
4. Finalmente se señala que es de justicia autorizar que cualquier persona pueda desarrollar su actividad empresarial deslindando su propio patrimonio y robusteciendo el de la sociedad, acotando además la responsabilidad ilimitada de los comerciantes.

El intento por otorgar reconocimiento legal a las sociedades de un solo miembro respecto de las tradicionalmente reconocidas en el sistema mexicano no ha prosperado. No obstante, con la incorporación a la Ley General de Sociedades Mercantiles de la sociedad por acciones simplificada, que se realizó mediante publicación del Diario Oficial de la Federación del 14 de marzo de 2016, se da lugar al reconocimiento de la creación de entes jurídicos, cuyas características principalmente son:

- Que se puede constituir con una o varias personas físicas, en la que la responsabilidad ante terceros por las operaciones sociales se limita al monto de lo aportado, quedando excluido el patrimonio personal del socio único;
- Que su constitución se realiza sin la participación de fedatario público, y se completa en un solo día a través del sistema electrónico de la Secretaría de Economía en un formato pre llenado, y que asimismo se inscribe, como las restantes sociedades mercantiles reconocidas por la ley en el Registro Público del Comercio;
- Que no requiere de la constitución de fondo de reserva alguno;
- que la obligación de los socios es limitada, siempre que los ingresos totales anuales de tal ente no rebasen los 5 millones de pesos, ya que en tal supuesto deberá transformarse en otro régimen societario contemplado en esta Ley, y si no lo realizan, responderán frente a terceros, subsidiaria, solidaria e ilimitadamente.

Dicho monto se actualizará anualmente el primero de enero de cada año, considerando el factor de actualización correspondiente al periodo comprendido desde el mes de diciembre del penúltimo año hasta el mes de diciembre inmediato anterior a aquel por el que se efectúa la actualización, misma que se obtendrá de conformidad con el artículo 17-A del Código Fiscal de la Federación, y para el caso de que los accionistas no lleven a cabo la transformación de la sociedad responderán frente a terceros, subsidiaria, solidaria e ilimitadamente, sin perjuicio de cualquier otra responsabilidad en que hubieren incurrido.

25

Destaca el hecho de que, salvo pacto en contrario, para la solución de controversias que surjan entre los accionistas, así como de éstos con terceros deberán privilegiarse los mecanismos alternativos previstos en el Código de Comercio para sustanciarlas.

Por la trascendencia que tiene para el derecho corporativo mexicano el reconocimiento que por primera vez se realiza para la constitución de sociedades de una sola persona en el tipo de la por acciones simplificada, a continuación se transcriben los preceptos de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que con motivo de la publicación en el Diario Oficial de la Federación, les da reconocimiento a partir del 14 de marzo de 2016:

Artículo 260.- La sociedad por acciones simplificada es aquella que se constituye con una o más personas físicas que solamente están obligadas al pago de sus aportaciones representadas en acciones. En ningún caso las personas físicas podrán ser simultáneamente accionistas de otro tipo de sociedad mercantil a que se refieren las fracciones I a VII, del artículo 10. de esta Ley, si su participación en dichas sociedades mercantiles les permite tener el control de la sociedad o de su administración, en términos del artículo 2, fracción III de la Ley del Mercado de Valores.

Los ingresos totales anuales de una sociedad por acciones simplificada no podrán rebasar de 5 millones de pesos. En caso de rebasar el monto respectivo, la sociedad por acciones simplificada deberá transformarse en otro régimen societario contemplado en esta Ley,

en los términos en que se establezca en las reglas señaladas en el artículo 263 de la misma. El monto establecido en este párrafo se actualizará anualmente el primero de enero de cada año, considerando el factor de actualización correspondiente al periodo comprendido desde el mes de diciembre del penúltimo año hasta el mes de diciembre inmediato anterior a aquel por el que se efectúa la actualización, misma que se obtendrá de conformidad con el artículo 17-A del Código Fiscal de la Federación. La Secretaría de Economía publicará el factor de actualización en el Diario Oficial de la Federación durante el mes de diciembre de cada año.

En caso de que los accionistas no lleven a cabo la transformación de la sociedad a que se refiere el párrafo anterior responderán frente a terceros, subsidiaria, solidaria e ilimitadamente, sin perjuicio de cualquier otra responsabilidad en que hubieren incurrido.

Artículo 261.- La denominación se formará libremente, pero distinta de la de cualquier otra sociedad y siempre seguida de las palabras “Sociedad por Acciones Simplificada” o de su abreviatura “S.A.S.”.

Artículo 262.- Para proceder a la constitución de una sociedad por acciones simplificada únicamente se requerirá:

I. Que haya uno o más accionistas;

II. Que el o los accionistas externen su consentimiento para constituir una sociedad por acciones simplificada bajo los estatutos sociales que la Secretaría de Economía ponga a disposición mediante el sistema electrónico de constitución;

III. Que alguno de los accionistas cuente con la autorización para el uso de denominación emitida por la Secretaría de Economía, y

IV. Que todos los accionistas cuenten con certificado de firma electrónica avanzada vigente reconocido en las reglas generales que emita la Secretaría de Economía conforme a lo dispuesto en el artículo 263 de esta Ley.

En ningún caso se exigirá el requisito de escritura pública, póliza o cualquier otra formalidad adicional, para la constitución de la sociedad por acciones simplificada.

Artículo 263.- Para efectos de lo dispuesto en el artículo 262 de esta Ley, el sistema electrónico de constitución estará a cargo de la Secretaría de Economía y se llevará por medios digitales mediante el programa informático establecido para tal efecto, cuyo funcionamiento y operación se regirá por las reglas generales que para tal efecto emita la propia Secretaría.

El procedimiento de constitución se llevará a cabo de acuerdo con las siguientes bases:

I. Se abrirá un folio por cada constitución;

II. El o los accionistas seleccionarán las cláusulas de los estatutos sociales que ponga a disposición la Secretaría de Economía a través del sistema;

III. Se generará un contrato social de la constitución de la sociedad por acciones simplificada firmado electrónicamente por todos los accionistas, usando el certificado de firma elec-

trónica vigente a que se refiere la fracción IV del artículo 262 de esta Ley, que se entregará de manera digital;

IV.La Secretaría de Economía verificará que el contrato social de la constitución de la sociedad cumpla con lo dispuesto en el artículo 264 de esta Ley, y de ser procedente lo enviará electrónicamente para su inscripción en el Registro Público de Comercio;

V.El sistema generará de manera digital la boleta de inscripción de la sociedad por acciones simplificada en el Registro Público de Comercio;

VI.La utilización de fedatarios públicos es optativa;

VII.La existencia de la sociedad por acciones simplificada se probará con el contrato social de la constitución de la sociedad y la boleta de inscripción en el Registro Público de Comercio;

VIII.Los accionistas que soliciten la constitución de una sociedad por acciones simplificada serán responsables de la existencia y veracidad de la información proporcionada en el sistema. De lo contrario responden por los daños y perjuicios que se pudieran originar, sin perjuicio de las sanciones administrativas o penales a que hubiere lugar, y

IX.Las demás que se establezcan en las reglas del sistema electrónico de constitución.

27

Artículo 264.- Los estatutos sociales a que se refiere el artículo anterior únicamente deberán contener los siguientes requisitos:

I. Denominación;

II.Nombre de los accionistas;

III.Domicilio de los accionistas;

IV. Registro Federal de Contribuyentes de los accionistas;

V.Correo electrónico de cada uno de los accionistas;

VI.Domicilio de la sociedad;

VII.Duración de la sociedad;

VIII. La forma y términos en que los accionistas se obliguen a suscribir y pagar sus acciones;

IX.El número, valor nominal y naturaleza de las acciones en que se divide el capital social;

X.El número de votos que tendrá cada uno de los accionistas en virtud de sus acciones;

XI.El objeto de la sociedad, y

XII.La forma de administración de la sociedad.

El o los accionistas serán subsidiariamente o solidariamente responsables, según corresponda, con la sociedad, por la comisión de conductas sancionadas como delitos.

Los contratos celebrados entre el accionista único y la sociedad deberán inscribirse por la sociedad en el sistema electrónico establecido por la Secretaría de Economía conforme a lo dispuesto en el artículo 50 Bis del Código de Comercio.

Artículo 265.- Todas las acciones señaladas en la fracción IX del artículo 264 deberán pagarse dentro del término de un año contado desde la fecha en que la sociedad quede inscrita en el Registro Público de Comercio.

Cuando se haya suscrito y pagado la totalidad del capital social, la sociedad deberá publicar un aviso en el sistema electrónico establecido por la Secretaría de Economía en términos de lo dispuesto en el artículo 50 Bis del Código de Comercio.

Artículo 266.- La Asamblea de Accionistas es el órgano supremo de la sociedad por acciones simplificada y está integrada por todos los accionistas.

Las resoluciones de la Asamblea de Accionistas se tomarán por mayoría de votos y podrá acordarse que las reuniones se celebren de manera presencial o por medios electrónicos si se establece un sistema de información en términos de lo dispuesto en el artículo 89 del Código de Comercio. En todo caso deberá llevarse un libro de registro de resoluciones.

Cuando la sociedad por acciones simplificada esté integrada por un solo accionista, éste será el órgano supremo de la sociedad.

Artículo 267.- La representación de la sociedad por acciones simplificada estará a cargo de un administrador, función que desempeñará un accionista.

Cuando la sociedad por acciones simplificada esté integrada por un solo accionista, éste ejercerá las atribuciones de representación y tendrá el cargo de administrador.

Se entiende que el administrador, por su sola designación, podrá celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos en el objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad.

Artículo 268.- La toma de decisiones de la Asamblea de Accionistas se registrará únicamente conforme a las siguientes reglas:

I. Todo accionista tendrá derecho a participar en las decisiones de la sociedad;

II. Los accionistas tendrán voz y voto, las acciones serán de igual valor y conferirán los mismos derechos;

III. Cualquier accionista podrá someter asuntos a consideración de la Asamblea, para que sean incluidos en el orden del día, siempre y cuando lo solicite al administrador por escrito o por medios electrónicos, si se acuerda un sistema de información de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 89 del Código de Comercio;

IV. El administrador enviará a todos los accionistas el asunto sujeto a votación por escrito o por cualquier medio electrónico si se acuerda un sistema de información de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 89 del Código de Comercio, señalando la fecha para emitir el voto respectivo;

V. Los accionistas manifestarán su voto sobre los asuntos por escrito o por medios electrónicos si se acuerda un sistema de información de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 89 del Código de Comercio, ya sea de manera presencial o fuera de asamblea.

La Asamblea de Accionistas será convocada por el administrador de la sociedad, mediante la publicación de un aviso en el sistema electrónico establecido por la Secretaría de Eco-

nomía con una antelación mínima de cinco días hábiles. En la convocatoria se insertará el orden del día con los asuntos que se someterán a consideración de la Asamblea, así como los documentos que correspondan.

Si el administrador se rehúsa a hacer la convocatoria, o no lo hiciere dentro del término de quince días siguientes a la recepción de la solicitud de algún accionista, la convocatoria podrá ser hecha por la autoridad judicial del domicilio de la sociedad, a solicitud de cualquier accionista.

Agotado el procedimiento establecido en el presente artículo las resoluciones de la Asamblea de Accionistas se consideran válidas y serán obligatorias para todos los accionistas si la votación se emitió por la mayoría de los mismos, salvo que se ejercite el derecho de oposición previsto en esta Ley.

Artículo 269.- Las modificaciones a los estatutos sociales se decidirán por mayoría de votos.

En cualquier momento los accionistas podrán acordar formas de organización y administración distintas a la contemplada en este Capítulo; siempre y cuando los accionistas celebren ante fedatario público la transformación de la sociedad por acciones simplificada a cualquier otro tipo de sociedad mercantil, conforme a las disposiciones de esta Ley.

Artículo 270.- Salvo pacto en contrario, deberán privilegiarse los mecanismos alternativos de solución de controversias previstos en el Código de Comercio para sustanciar controversias que surjan entre los accionistas, así como de éstos con terceros.

Artículo 271.- Salvo pacto en contrario, las utilidades se distribuirán en proporción a las acciones de cada accionista.

Artículo 272.- El administrador publicará en el sistema electrónico de la Secretaría de Economía, el informe anual sobre la situación financiera de la sociedad conforme a las reglas que emita la Secretaría de Economía de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 263 de esta Ley.

La falta de presentación de la situación financiera durante dos ejercicios consecutivos dará lugar a la disolución de la sociedad, sin perjuicio de las responsabilidades en que incurran los accionistas de manera individual. Para efectos de lo dispuesto en este párrafo, la Secretaría de Economía emitirá la declaratoria de incumplimiento correspondiente conforme al procedimiento establecido en las reglas mencionadas en el párrafo anterior.

Artículo 273.- En lo que no contradiga el presente Capítulo son aplicables a la sociedad por acciones simplificada las disposiciones que en esta Ley regulan a la sociedad anónima así como lo relativo a la fusión, la transformación, escisión, disolución y liquidación de sociedades.

Para los casos de la sociedad por acciones simplificada que se integre por un solo accionista, todas las disposiciones que hacen referencia a “accionistas”, se entenderán aplicables respecto del accionista único. Asimismo, aquellas disposiciones que hagan referencia a “contrato social”, se entenderán referidas al “acto constitutivo”.

V. CONCLUSIONES

A) En la nueva economía globalizada, la innovación y competitividad en las organizaciones se manifiesta en el esquema jurídico de la sociedad unipersonal, que, ha sido incorporada en prácticamente todos los sistemas jurídicos.

B) Este tipo societario es cada día más frecuente en la práctica comercial societaria de los distintos países; pues ésta cede ante las exigencias del sector empresarial en la nueva realidad económica.

C) La sociedad unipersonal surge como el instrumento que, con una protección desmedida a los intereses capitalistas, da respuesta al proceso de institucionalización, desarrollo y modernización de la empresa en el mundo sometido por la globalización económica mundial.

D) Como observamos, en México se autoriza ya la constitución de sociedades de una sola persona en el tipo de la por acciones simplificada, sin embargo cabe referir que si bien tal autorización está en consonancia con las tendencias mundiales, creemos que la proliferación que ocurriendo para la constitución de este tipo social hace necesario y diríamos urgente, que el legislador se dé a la tarea de establecer equilibrios y más aún frenos a la posible afectación que los socios unipersonales pudiesen llegar a provocar en el patrimonio de terceros cuando realicen actos contrarios al derecho, en fraude a la ley, de mala fe, o bien faltando a la confianza y a la seguridad jurídica, y tal salvaguarda solo se puede entender si se realizan reformas y adiciones a la norma societaria, en las que se estructure el sistema relativo a la desestimación de la personalidad jurídica para el efecto de que, si tal abuso ocurre, el socio deba responder ante los terceros afectados incluso con su patrimonio personal ya que en tal escenario la limitación de responsabilidad no protegería al socio abusivo o fraudulento.

30

VI. REFERENCIAS DE INVESTIGACIÓN

Ascarelli Tulio, *Cosorci volontari tra imprenditori*, 2ª, ed., Ed. Guiffré, Milan, 1937.

Barrera Graf, Jorge, *Las sociedades en el derecho mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1983.

Castrillón y Luna, Víctor M., *Tratado de Derecho Mercantil*, 3ª, ed., Porrúa, México, 2017., *Sociedades mercantiles*, 6ª, ed., Ed. Porrúa, México, 2023.

García Peña, José Heriberto, *Derecho empresarial*, Ed. Porrúa, México, 2001.

Garrigues, Joaquín, Nuevos hechos, nuevo derecho de la sociedad anónima, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1933.

Malagarriga, Juan Carlos, *Sociedades de un solo socio*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1965.

Mantilla Molina, Roberto, *Derecho mercantil*, 29ª, ed., Ed. Porrúa, México, 2002.

Piaggi de Vanossi, Ana Isabel, estudios sobre la sociedad unipersonal, Ed. De Palma, Buenos Aires, Argentina, 1997

Ripert, Georges. Tratado elemental de derecho comercial. Francia: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1954.

Rojas Roldan, Abelardo, *La sociedad mercantil unipersonal*, Ed. Lex, México, 2000.

NUEVAS HERRAMIENTAS PARA GARANTIZAR EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

Dr. Eduardo Oliva Gómez¹

Resumen: La figura jurídica de los alimentos contemplada en el contenido del Derecho de Familias y regulada en el sistema jurídico mexicano en los códigos civiles y/o familiares es de fundamental importancia puesto que, su esencia es la preservación de la vida, por ello, es loable todo trabajo de investigación que se propone la revisión, análisis y reflexión de la obligación alimentaria. En el presente trabajo se lleva a cabo una revisión de la obligación alimentaria, en lo particular, en lo relacionado con los mecanismos jurídicos de aseguramiento del cumplimiento con dicho deber, haciendo la revisión de manera específica, sobre el recién creado Registro Nacional de Obligados Alimentarios Morosos, que encuentra su antecedente inmediato en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos. Revisión que se hace no solo con el fin de conocer la creación del reciente Registro, también se hace con la intención bajo un pensamiento crítico, de detectar sus fortalezas, así como sus debilidades.

Palabras clave: Obligación alimentaria; Registro de Obligados Alimentarios; Derecho de familias.

Abstract: The importance of the legal form of maintenance contemplated within family law and regulated by the Mexican legal system is crucial given that its focus is life preservation, making its research and analysis praiseworthy. The following paper reviews the maintenance obligations, specifically regarding legal instruments that grant its fulfillment and the recently created National Registry of Defaulting Maintenance Obligors (Registro Nacional de Obligados Alimentarios Morosos), which is preceded by the Registry of Defaulting Maintenance Debtors (Registro de Deudores Alimentarios Morosos). The aim of this paper is both to review the creation of the Registry as well as to identify its strengths and weaknesses.

Keywords: Maintenance obligation; Registry of Maintenance Obligors; family laws.

Sumario: Introducción. I. Mecanismos legales para cumplir con la obligación alimentaria, II. Mecanismos de aseguramiento y garantía del cumplimiento de la obligación alimentaria, III. El Registro de Deudores Alimentarios Morosos, IV. Influencia de la implementación del Registro de Deudores Alimentarios Morosos de la CDMX en las legislaciones de los Estados, V. El Registro Nacional de Obligaciones Alimentarias, VI. Conclusiones y reflexiones finales VI. Referencias de Investigación.

¹ Doctor en Derecho. Adscrito a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Autónoma del Estado De Morelos. Profesor Investigador de Tiempo Completo titular C. Correo electrónico: eduardo.oliva@uaem.mx

INTRODUCCIÓN

Sin duda alguna la reglamentación de la obligación alimentaria que se deben los miembros integrantes de las familias, constituye una de las figuras jurídicas de fundamental relevancia en el contenido del Derecho de Familias. La obligación alimentaria indiscutiblemente tiene fundamental relevancia en el estudio del Derecho de familias puesto que, en su más profunda esencia, persiguen la preservación de un valor humano primario, este es: el derecho a la vida; derecho a la vida que es propio e inseparable de todo ser humano, que es interés básico y primordial de toda organización política, jurídica y social y que, su orden jerárquico va por encima de cualquier otro que pudiese ser reconocido en las leyes, por ello es vigente en cualquiera etapa histórica y social.

Derecho a la vida que no se agota o limita reduccionistamente al permitir el nacimiento al ser concebido, su alcance epistémicamente se extiende mucho más allá, se trata de un derecho legítimo de todo ser humano a vivir con dignidad, a vivir intensamente aprovechando en uso y ejercicio de todas sus facultades físicas y mentales, así como de todas sus virtudes, de todo el esplendor que el ser humano pueda lograr durante su vida; un derecho a la vida que no transite limitadamente dentro de la árida línea del tiempo y ley natural que determina que todo ser vivo debe morir; se trata de un derecho a la vida que sea significativo y para lo cual, una condición necesaria es la satisfacción de los alimentos en las mejores condiciones.

En efecto, bajo el principio de que la vida debe preservarse y conservarse y dado que un deber moral por excelencia es el consistente en socorrer y asistir a los semejantes, los alimentos toman su base, sustento y fundamento en estos principios valorativos de socorro, de ayuda mutua, de asistencia, de altruismo y de solidaridad,² los cuales se deben practicar para con todo ser humano, pero más aún, para beneficio de las personas con quienes existe el vínculo más profundo de identidad: los miembros de la familia.

En estas condiciones, es que la norma jurídica regula los alimentos estableciendo el deber que tienen los miembros integrantes de la familia a socorrerse entre sí e imponiendo dicha carga a quien tiene la posibilidad de sufragarlos en beneficio de quien tiene la necesidad de recibirlos, apareciendo la obligación alimentaria.

Ahora bien, establecido en el sistema jurídico mexicano la figura de los alimentos en los códigos sustantivos de derecho de familias y/o códigos civiles, resulta de fundamental importancia el regular en la normatividad jurídica, tanto las formas de cumplir con la obligación alimentaria, así como los mecanismos jurídicos mediante los cuales se garantice de manera

² Con relación al concepto, Otero Praga considera que “la solidaridad puede verse como un valor, como principio y como derecho. Vista como valor se refiere al valor ético que obliga a toda persona o grupo, a velar y preocuparse por el bien de todos los demás que conforman el grupo de referencia. Por su parte, analizada como principio es una norma de carácter pacificador y organizador por excelencia, y finalmente, como derecho se traduce en el derecho fundamental de todos los seres humanos a convivir fraternalmente con el resto de los miembros de la colectividad en que se insertan, y a que esta convivencia tenga un carácter pleno de derecho y deber”. Véase, *Temas Selectos de Derecho Familiar 1. Alimentos*, primera edición, Edita, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2010, p. 2.

eficaz y con mayor certeza el cumplimiento de dicha obligación por quien resulte la persona o personas deudoras alimentarias.

En dichas condiciones y siguiendo un orden metodológico y sobre todo en la delimitación del tema, será motivo de revisión en el presente trabajo, primeramente las formas que se contemplan en la ley para satisfacer el cumplimiento de la obligación alimentaria, en un segundo momento se revisarán los mecanismos que garantizan su cumplimiento y posteriormente en lo específico se presentará el análisis del tema central de la investigación, esto es, el Registro Nacional de Obligados Alimentarios Morosos.

I. MECANISMOS LEGALES PARA CUMPLIR CON LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA

Con relación a las formas de cumplimiento de la obligación alimentaria, existe similitud en la reglamentación jurídica contenida en el Sistema Jurídico Mexicano, prácticamente todos los códigos civiles y/o familiares de las entidades federativas y el respectivo de la Ciudad de México contemplan la forma en que los alimentos pueden cumplirse, los que pueden concentrarse en los siguientes:

- a. Mediante el pago de una cantidad en dinero en concepto de pensión alimenticia a cargo del deudor alimentario y a favor del acreedor alimentario, que deberá ser proporcionada de manera periódica y constante.

En este supuesto, el deudor alimentario entregará al acreedor alimentario la suma de dinero en concepto de pensión alimenticia que se haya determinado resulte ser la suficiente y bastante para cubrir sus necesidades y que desde luego se establece atendiendo el principio de la proporcionalidad,³ esto es, además de las necesidades de quien recibe los alimentos, las posibilidades de quien los otorga.

En la práctica forense, he referido en diverso espacio investigativo, que la fijación de la pensión alimenticia en atención y apego al principio de proporcionalidad resulta un tema complejo, dado que la autoridad judicial para dichos fines deberá considerar los diversos medios de prueba de los cuales, cabe destacar, en muchos de ellos no se logra demostrar la evidencia

³ El principio de proporcionalidad establecido en la ley impone que al momento de establecerse por un órgano judicial el monto respectivo de la pensión alimenticia, deberá considerarse que los alimentos sean proporcionales a las posibilidades de la persona a quien le corresponde darlos, así como en atención a las necesidades de quien debe recibirlos, dice al respecto el artículo 311 del Código Civil de la Ciudad de México que: “los alimentos han de ser proporcionales a las posibilidades del que debe darlos y a las necesidades de quien deba recibirlos”, disposición que de acuerdo al artículo 164 del mismo ordenamiento se confirma al establecer que: “Los cónyuges contribuirán económicamente al sostenimiento del hogar, a su alimentación y a la de sus hijos, así como a la educación de éstos en los términos que la ley establece, sin perjuicio de distribuirse la carga en la forma y proporción que acuerden para este efecto, según sus posibilidades”. Sobre el principio de la proporcionalidad comenta Padial Albás que “En este sentido, los presupuestos objetivos de la obligación de alimentos son: la posibilidad económica del obligado a prestarlos, y la necesidad del alimentado con derecho a recibirlos; ambos determinan su perfección, y son además los criterios a los cuales atenderá el juez para fijar la cuantía de la deuda alimenticia”. Véase. Padial Albás, Adoración. La obligación de alimentos. En Ravetllat Ballesté, Isaac. Coordinador. *Derecho de la Persona. Acogimiento y adopción, discapacidad e incapacitación, filiación y reproducción asistida, personas mayores, responsabilidad penal del menor y otras cuestiones referidas a la persona como sujeto de derecho*. Ed. Bosch. Barcelona. España. 2011. p. 137.

plena, tanto de las necesidades como de las posibilidades, “en gran número de casos particulares la pensión alimenticia no es suficiente para cubrir las necesidades reales que la familia requiere en atención al nivel de vida en el que se desenvolvía antes de la desavenencia que motivó la reclamación de los alimentos por vía judicial, lo que se traduce en una doble afectación, por una parte las carencias alimenticias en que quedan expuestos los necesitados alimentarios y, por otra, la existencia de una resolución judicial apartada al ideal de justicia en que debe fundarse toda resolución pronunciada por el juzgador”.⁴

El supuesto encuentra diversas formas de cumplimiento, ya sea mediante el pago directamente hecho de la cantidad que corresponda por pensión alimenticia por parte del deudor alimentario al acreedor alimentario, quien regularmente extenderá como medio de verificación de haber recibido la pensión alimenticia, un recibo a cambio; o bien, mediante el depósito de dicha cantidad que pueda hacerse en una cuenta bancaria que previamente se haya establecido para dichos fines, o bien mediante el depósito que de dicha cantidad se haga ante la autoridad judicial en el expediente en que se haya ordenado el pago de los alimentos, para tal caso, el deudor alimentario deberá exhibir el billete de depósito correspondiente para que la autoridad judicial lo ponga a disposición de quien sea la parte acreedora alimentaria.

En este supuesto pueden quedar comprendidos además, diversos rubros que comprenden los alimentos como son, entre otros, los relativos a la salud (atención médica en caso de enfermedad, la hospitalización, los gastos de embarazo y de parto, la atención psicológica y demás), la seguridad social como puede ser las cuotas que se pagan por el deudor alimentario al Instituto de Salud Pública que le otorga dicho beneficio, los gastos de vivienda y los relativos a la educación; en estos casos el deudor alimentario si le corresponde cubrir dichas necesidades, podrá hacerlo de manera directa a quien proporcione el servicio y por tanto no se verá obligado a entregar dicha cantidad al acreedor alimentario.

- b.** Mediante la incorporación del acreedor alimentario a la familia del deudor alimentario. El supuesto impone que en dichas condiciones la incorporación sea posible llevarse a cabo, como sucede en el caso de las hijas e hijos, no siendo posible en el caso de cónyuges divorciados.

Con relación a los medios de cumplimiento que se han descrito, dice el artículo 309 del Código Civil de la Ciudad de México que el deudor u obligado alimentario cumplirá con la obligación de dar alimentos a su acreedor, mediante la asignación de una pensión alimenticia o bien, al integrarlo a su familia —con los efectos que ello lleva, esto es, al integrarlo a su familia quedará bajo la cohabitación. El mismo artículo 309 dispone que para aquellos casos en que exista conflicto con relación de la integración a la familia, el juez familiar del conocimiento deberá fijar la manera en que se otorgarán los alimentos, según sean las circunstancias.

La integración del acreedor alimentario a la familia del deudor alimentario no siempre es posible, así lo dispone precisamente el artículo 310 al establecer que, en caso de divorcio el deudor alimentario no podrá pedir que se incorpore a su domicilio quien era su cónyuge

⁴ Oliva Gómez, Eduardo, *Derecho de Familias*, Ed. Tirant lo Blanch, 1ª edición, México, 2022, p. 304.

divorciado o bien, cuando haya algún tipo de inconveniente legal para lograr la incorporación, vélgase como ejemplo, en los casos de hijas o hijos que han sido motivo de algún tipo de violencia por quien sea su deudor alimentario.

Los Tribunales han emitido criterios interpretativos sobre esta opción de cumplimiento a la obligación alimentaria, estableciendo al respecto, en la tesis aislada identificada bajo el rubro: “ALIMENTOS. SU SATISFACCIÓN MEDIANTE LA INCORPORACIÓN DEL ACREEDOR ALIMENTARIO A LA FAMILIA DEL DEUDOR”,⁵ que “La expresión “integrándolo a la familia”, a que hace mención el último de los artículos citados debe entenderse no sólo respecto al hecho de que el obligado y el derechohabiente habiten en el mismo inmueble, sino a la subsistencia y desarrollo del beneficiario dentro del núcleo familiar del deudor; a fin de que quede comprendido el abastecimiento de lo necesario, en todos los rubros que conforman el concepto “alimentos”, descritos en el artículo 308 mencionado, así como los cuidados y atención indispensables para que el acreedor se desarrolle en la familia de la que forma parte”.

II. MECANISMO DE ASEGURAMIENTO Y GARANTÍA DEL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA

36

Hechas las precisiones anteriores, debe destacarse que, siendo los alimentos una necesidad vital, lo importante es la plena certeza jurídica sobre el cumplimiento que debe darse con dicha obligación por parte del deudor alimentario. El cumplimiento de la obligación alimentaria debe ser puntual, constante y en las condiciones establecidas para tales fines.

Los alimentos constituyen el elemento fundamental para la vida y sin ellos se pone en riesgo la vida, “se llama obligación alimentaria el deber impuesto por una persona, de proporcionar alimentos a otra, es decir, las sumas necesarias para que viva. Esta obligación supone necesariamente que una de estas personas (el acreedor alimentario) está necesitado y que la otra (el deudor), se halla en posibilidad de socorrerla”,⁶ así entonces, resultan de medular importancia el regular de manera eficiente, mecanismos de aseguramiento y garantía del cumplimiento de la obligación alimenticia; en el sistema jurídico mexicano cabe referir que existe consenso en lo general, en la reglamentación jurídica, contemplándose de tal forma en los diversos códigos civiles y/o familiares del país, entre dichos mecanismos, la hipoteca, la prenda, la fianza, el depósito de cantidad bastante para cubrir los alimentos o cualquier otra forma que a consideración de la autoridad judicial sea suficiente.

De inicio cabe destacar que en aquellos casos en los que el deudor alimentario desempeña una actividad laboral estable, formal y para una institución (pública o privada) en las mismas condiciones y que por tanto percibe una remuneración por parte del empleador sobre la cual existe plena certeza jurídica (por la existencia de evidencias como son la nómina, el

⁵ Para lo localización de la tesis en extenso: Época: Novena. Registro: 167982. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: XXIX, Febrero de 2009. Materia: Civil. Tesis: I.40.C.179 C. Página: 1821.

⁶ Planiol, Marcel y Ripert, Georges. *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Volumen III, Ed. José M. Cajica Jr, México, 1966, p. 305.

alta ante Institución de Seguridad Social con el registro del monto de la remuneración económica, etc.), la mejor forma de asegurar el cumplimiento de la obligación alimentaria es la retención en su salario de la cantidad o porcentaje que se haya asignado en concepto de pensión⁷ alimenticia, de tal forma que en el cobro que periódicamente recibe el trabajador – deudor alimentario en este caso — de las percepciones económicas, antes de hacer en su favor el pago de dicho salario, se retendrá del mismo la cantidad que sea la correspondiente, cantidad que será puesta a disposición de manera directa a la persona acreedora alimentaria, cumpliéndose de manera cabal con el pago de la pensión alimentaria y quedando totalmente garantizada dicha obligación.

El mecanismo señalado no siempre puede ser aplicado, pues tratándose del caso de las personas que no perciben un salario fijo por la actividad laboral que desempeñan, como puede ser el ejercicio libre de la profesión o del oficio que corresponda, el comercio, la actividad laboral informal, o cualquier otra en que no exista la certeza jurídica descrita, evidentemente no hay forma de llevar a cabo la retención en el salario del monto respectivo como pensión alimenticia, en dichos supuestos, lo más común en la práctica forense es constituir una garantía por el monto de varios meses de pensión alimenticia que por lo general es depositado mediante un billete de depósito ante el Tribunal en el procedimiento judicial en que fue determinada la pensión alimenticia, teniendo el deudor alimentario la obligación de cubrir los alimentos puntualmente en la periodicidad fijada ya sea, mediante el pago directo al acreedor alimentario o bien, mediante el depósito de la cantidad fijada en alguna cuenta bancaria que previamente haya designado para tales fines (mecanismo que a partir de las dos últimas décadas se ha hecho el más común), y sirviendo la garantía descrita como mecanismo de cumplimiento, esto es, ante la falta del pago periódico de los alimentos, el acreedor alimentario podrá solicitar a la autoridad judicial se ponga a su disposición el monto total de la garantía exhibida.

Con relación a los mecanismos de aseguramiento y garantía del cumplimiento de la obligación alimentaria que convencionalmente se han reconocido y regulado en los códigos civiles y/o familiares y que han sido mencionados en los párrafos anteriores, es oportuno destacar que en la década pasada aparece por primera vez en la historia del sistema jurídico mexicano, el Registro de Deudores Alimentarios Morosos que se revisa a continuación.

III. EL REGISTRO DE DEUDORES ALIMENTARIOS MOROSOS

El Registro de Deudores Alimentarios Morosos tiene pocos años de haberse implementado en el sistema jurídico mexicano, aparece regulado por primera vez, en el Código Civil del Distrito Federal (hoy Ciudad de México) mediante decreto publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 18 de agosto de 2011, decreto por el cual se publican diversas reformas al

⁷ Refiere Rico Álvarez que “por asignación de una pensión debe entenderse la determinación de una cantidad periódica de dinero”, véase, Rico Álvarez, Fausto, *Relaciones Jurídicas Familiares. Familia al amparo del Código Civil para la Ciudad de México*, obra con la colaboración de Zamora Pérez, Rodrigo, Ed. Porrúa, 1ª edición, 2ª reimpresión, México, 2016, p. 36.

Código Civil y se crea el Registro de Deudores Alimentarios Morosos, regulándose actualmente en los artículos 323-Octavus, 323-Novenus y 323-Decimus.

El Registro de Deudores Alimentarios Morosos constituye un mecanismo adicional a los ya existentes, de procurar el aseguramiento en el cumplimiento del pago de la obligación alimentaria y se crea de inicio, con la intención de publicitar el incumplimiento de las personas que teniendo la obligación de pagar con la pensión alimenticia en beneficio del acreedor alimentario, incumplen con dicha obligación, dejando en desamparo económico al acreedor alimentario y con ello, expuesto a los riesgos y daños que implica el no satisfacer sus necesidades alimenticias.

En este caso, cuando la persona deudora alimentaria incumple con dicha obligación, será motivo para que se proceda a la inscripción del referido incumplimiento, ante el Registro de Deudores Alimentarios Morosos, al efecto se establece precisamente en el artículo 309 del Código Civil que, aquellas personas que incumplan con la obligación alimentaria que les corresponde por un periodo de 90 días, se constituirán en deudores alimentarios morosos y por tanto, el Juez de lo Familiar ordenará al Registro Civil que proceda a inscribir tal hecho en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos, para lo cual proporcionará al Registro los datos de identificación del deudor alimentario.

38

Se establece además en el artículo 323 OCTAVUS del Código Civil que en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos se harán las inscripciones a que se refiere el artículo 309 (del Código Civil) y para lo cual, el registro deberá contener los siguientes datos:

- I. Nombre, apellidos, Registro Federal de Contribuyentes y Clave Única del Registro de Población del deudor alimentario moroso;
- II. Nombre del acreedor o acreedores alimentarios;
- III. Datos del acta que acrediten el vínculo entre deudor y acreedor alimentario, en su caso;
- IV. Numero de pagos incumplidos y monto del adeudo alimentario;
- V. Órgano jurisdiccional que ordena el registro; y
- VI. Datos del expediente o causa jurisdiccional de la que deriva su inscripción.

Por su parte, en el artículo 35 del Código Civil (también reformado) se regula sobre el Registro Civil y sus facultades, estableciéndose en lo conducente:

Artículo 35.- ...El Registro Civil tendrá a su cargo el Registro de Deudores Alimentarios Morosos del Distrito Federal, en el que se inscribirá a las personas que hayan dejado de cumplir por más de noventa días, sus obligaciones alimentarias, ordenadas por los jueces y tribunales o establecidas por convenio judicial. El registro expedirá un Certificado que informe si un deudor alimentario se encuentra inscrito en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos. El Registro Civil, una vez hecha la inscripción a que se refiere el párrafo

anterior, formulará solicitud al Registro Público de la Propiedad a efecto de que se anote el Certificado respectivo en los folios reales de que sea propietario el Deudor Alimentario Moroso. El Registro Público de la Propiedad informará al Registro Civil si fue procedente la anotación. El Registro Civil celebrará convenios con las sociedades de información crediticia a que se refiere la Ley de la materia, a fin de proporcionar la información del Registro de Deudores Alimentarios Morosos.

En dichos términos, el Registro Civil se constituye como la institución pública responsable de la operación y funcionamiento del Registro de Deudores Alimentarios Morosos, teniendo la función de crear un registro, mediante una base de datos o listado, en donde deberán anotarse o inscribirse a las personas que, teniendo la calidad de deudores alimentarios, por su incumplimiento con dicha obligación toman la calidad de deudores alimentarios morosos y quedando por lo tanto expuestos a ser anotados en el registro con las consecuencias que ello implica.

Ahora bien, de acuerdo con lo establecido en la normatividad revisada, considero que los efectos de la inscripción en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos, en atención a la reglamentación revisada son los siguientes:

1. La denominación: esto significa que la persona que teniendo la calidad de deudor alimentario incumpla con dicha obligación, tomará la calidad o caracterización de deudor alimentario moroso.
2. La inscripción: esto es, hacer constar mediante la inscripción respectiva en el Registro, a las personas que, teniendo la calidad de deudores alimentarios, han dejado de cumplir con dicha obligación por un plazo de 90 días.
3. La expedición de la constancia respectiva: es decir, se expedirá un certificado mediante el cual se informa de la inscripción de alguna persona ante dicho registro.
4. La publicidad: Que en atención a lo dispuesto por el artículo 97 del Código Civil, el Juez del Registro Civil hará del conocimiento a las personas que pretendan contraer matrimonio, sobre la existencia, en su caso, de la inscripción de alguno de ellos en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos y por tanto de su calidad como Deudor Alimentario Moroso.
5. La publicidad ante el Registro Público de la Propiedad: en virtud de que la inscripción que hace el Registro Civil del deudor alimentario moroso, es informada al Registro Público de la Propiedad, con el fin de solicitarle que proceda por su parte a la anotación del certificado en los folios reales de los bienes inmuebles sobre los que detente los derechos de propiedad el referido deudor alimentario; se establece al respecto en la fracción X del artículo 3043 que: “Se anotarán preventivamente en el Registro Público de la Propiedad: ... X. El Certificado del Registro de Deudores Alimentarios Morosos a que se refiere el artículo 35 del presente código”.

6. La comunicación del estatus de Deudor Alimentario Moroso a sociedades de información crediticia: efecto hipotético que se produce cuando de acuerdo a lo dispuesto en el último párrafo del referido artículo 35, el Registro Civil celebre convenios con las sociedades de información crediticia a que se refiere la Ley de la materia, a fin de proporcionar la información del Registro de Deudores Alimentarios Morosos.

He referido en diverso espacio investigativo⁸ la poca eficacia que tiene la inscripción del deudor alimentario ante el Registro de Deudores Alimentarios Morosos, en virtud de la falta de vinculación jurídica en los efectos de la inscripción, dado que, por una parte la publicidad que se hace al momento de pretender contraer matrimonio con una persona que se encuentre inscrita en el Registro, solamente queda en el acto formal de la publicidad sin implicar tal supuesto como un impedimento para contraer matrimonio con la persona deudora alimentaria.

Por otra parte, la anotación que se hace en los folios reales inscritos en el Registro Público de la Propiedad en la realidad jurídica no produce consecuencia de derecho alguna, dado que las propiedades no quedan afectadas de ninguna forma, la inscripción no impone gravamen y con ello los derechos de propiedad del deudor alimentario moroso no se ven afectados,

40

lo que va a suceder es que cuando se haga esa inscripción en los folios reales en nada se afecta el derecho real del deudor, pues aún y cuando se quisiera vender el inmueble el único efecto que se vislumbra es que el adquirente se entere que el propietario es un incumplido e irresponsable, pero no existe norma expresa en donde se autorice a retener del precio la cantidad que adeuda por concepto de alimentos a sus acreedores alimentarios.⁹

Por último, en lo referente a la comunicación que se dará por parte del Registro Civil a las sociedades de información crediticia, constituye solamente un supuesto imaginario y especulativo no posible en tiempo presente y condicionado a la celebración futura de convenios entre el Registro Civil con las referidas sociedades de información crediticia, convenios inexistentes en el presente y que de celebrarse en un futuro no se puede predecir el contenido y alcances de los mismos, de tal forma que nuevamente estamos frente a un efecto sin certeza jurídica alguna.

Otro efecto jurídico de la inscripción ante el referido Registro que debe aclararse no se contiene de la reglamentación revisada y que si tiene eficacia jurídica, es el contemplado en los requisitos para la adopción regulados en el artículo 397 del Código Civil, al respecto se establece en su fracción VII como requisito “que ninguno de los adoptantes se encuentre inscrito en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos”. Hipótesis que parece muy bien contemplada dado que los requisitos establecidos para la procedencia de la adopción, deben ponderar en todo momento a la persona adoptada y en tal perspectiva, quien tenga la intención de adoptar deberá ser una persona responsable y cumplida en sus obligaciones y si dicha per-

⁸ Cfr. Oliva Gómez, Eduardo, *Op. cit.* pp. 325-328.

⁹ Montoya Pérez, María del Carmen, *El registro de deudores alimentarios morosos*, Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 134. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx>

sona tiene la calidad de deudor alimentario, no procederá autorizar la adopción cuando para con otro acreedor alimentario se ha convertido en deudor alimentario moroso.

Para concluir la revisión de los efectos de la inscripción en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos, es necesario destacar la existencia de un efecto con certeza jurídica no contemplado en la legislación contenida en el Código Civil y que es producto de una reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación con fecha 21 de abril del año 2016 al artículo 48 de la Ley de Migración que en lo conducente dice lo siguiente:

Artículo 48. La salida de mexicanos y extranjeros del territorio nacional podrá realizarse libremente, excepto en los siguientes casos:

... VI. Las personas que, en su carácter de deudoras alimentarias, dejen de cumplir con las obligaciones que impone la legislación civil en materia de alimentos por un período mayor de sesenta días, previa solicitud de la autoridad judicial competente, sin perjuicio de las excepciones previstas por la legislación civil aplicable, así como de aquellas conductas consideradas como delitos por las leyes penales correspondientes. Para efectos de esta fracción y tratándose de extranjeros, el Instituto definirá su situación migratoria y resolverá con base en lo que se establezca en otros ordenamientos y en el reglamento de esta Ley.

41

La limitación contemplada en la Ley de Migración constituye desde luego un efecto vinculativo y de gran importancia puesto que, ante la existencia de la inscripción del incumplimiento del pago de alimentos por el deudor alimentario ante el Registro de Deudores Alimentarios Morosos, puede afectarle en su intención de salir del país, hipótesis que desde luego para su materialización requiere de manera forzosa, como se establece en la Ley de Migración, la existencia de una solicitud previa del juez de lo familiar mediante la cual de manera expresa solicita a la autoridad migratoria la imposición de la restricción, por tanto, si bien de primer momento parece un efecto importante pues la afectación es considerable en los intereses personales del deudor alimentario en su intención de salir del país, para su eficacia debe existir previamente la manifestación expresa del juez familiar, que desde luego deberá ser fundada y motivada.

IV. INFLUENCIA DE LA IMPLEMENTACIÓN DEL REGISTRO DE DEUDORES ALIMENTARIOS MOROSOS DE LA CDMX EN LAS LEGISLACIONES DE LOS ESTADOS

La postura legislativa adoptada en el Código Civil de la Ciudad de México ha sido valorada en diversas legislaturas de algunas entidades federativas del país, implementándose de tal forma la creación de Registros Estatales de Deudores Alimentarios Morosos, entre ellos se encuentra la Ley para la Familia del Estado Coahuila de Zaragoza, donde en su artículo 308 se contempla el Registro Estatal de Deudores Alimentarios Morosos, siendo el Poder Judicial del Estado el encargado de su creación y manejo; por su parte, en el Código Civil del Estado

de Chiapas, por reforma publicada el 17 de septiembre de 2012 se establece en su artículo 318 Bis que en el Registro de Deudores Alimentarios del Estado de Chiapas, se inscriben a las personas que tienen la obligación de proporcionar pensión alimenticia por mandato judicial o establecida mediante convenio judicial, pudiendo estar inscrito como deudor alimentario voluntario, deudor alimentario sin adeudo de sus pagos o deudor alimentario moroso.

Misma situación se presenta en la legislación propia del Estado de México al regularse en el artículo 4.136. del Código Civil que quien incumpla con la obligación alimentaria ordenada por resolución judicial o establecida en convenio judicial celebrado en el Centro de Mediación y Conciliación del Poder Judicial, por un periodo de dos meses o haya dejado de cubrir cuatro pensiones sucesivas o no, dentro de un periodo de dos años, se constituirá en deudor alimentarios moroso, procediendo el Juez de lo Familiar en ordenar la inscripción en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos. En el código familiar para el Estado de Morelos con fecha primero de febrero del 2012 se adicionaron los artículos 64 Bis y 64 Ter, en los que se reglamenta el Registro de Deudores Alimentarios Morosos a cargo del Registro Civil.

Similar visión se ha dado en el Estado de Guerrero, entidad federativa que en fechas recientes —3 de febrero de 2023— publicó en su Periódico Oficial reformas al Código Civil mediante las cuales se crea el Registro Estatal de Deudores Alimentarios Morosos, dándole el carácter público y quedando al cargo de la Coordinación Técnica del Sistema Estatal del Registro Civil.

Sin duda alguna, la creación del Registro de Deudores Alimentarios Morosos en México en las legislaturas estatales, así como la propia de la Ciudad de México, constituye un mecanismo importante para garantizar el cumplimiento del pago de alimentos, sin embargo, la intención ha tenido poca eficacia al no implementarse con efectos vinculatorios que impongan al deudor alimentario moroso, una serie de afectaciones tanto de tipo materiales como patrimoniales que lo hagan verse obligado al cumplimiento en tiempo y en forma con el pago de la pensión alimenticia establecida a su cargo y a favor de sus acreedores alimentarios.

La vida del Registro de Deudores Alimentarios Morosos reglamentado en la legislación de la Ciudad de México, así como los respectivos Registros Estatales de Deudores Alimentarios Morosos contemplados en la legislación de diversas entidades federativas, ha llegado a su conclusión, sin haber logrado consolidarse como mecanismos eficaces para garantizar el cumplimiento del pago de la obligación alimentaria y sin haber podido lograr los fines para los que fueron constituidos, conclusión que se ha dado de manera anticipada y sin planeación alguna y, tal vez, inclusive sin tener dicho propósito, lo que ha sucedido de tal manera, en virtud de la publicación que se ha hecho en el Diario Oficial de la Federación de reformas y adiciones a diversas disposiciones de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en materia de pensiones alimenticias, mediante las cuales se crea el Registro Nacional de Obligaciones Alimentarias, reformas y adiciones que serán revisadas en los párrafos siguientes.

V. EL REGISTRO NACIONAL DE OBLIGACIONES ALIMENTARIAS

Como lo he precisado en el párrafo que antecede, con fecha 8 de mayo del año 2023 se ha publicado en el Diario Oficial de la Federación, el Decreto mediante el cual se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, las cuales se hacen sobre el artículo 103, 120 y 135 Bis a 135 Septies de la referida Ley, en ellas se crea el Registro Nacional de Obligaciones Alimentarias.

Previo a la revisión y análisis de las citadas reformas, considero importante hacer una breve referencia al Dictamen de las Comisiones Unidas de Justicia y de Estudios Legislativos, al Proyecto de Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en materia de pensiones alimenticias.

En el Dictamen se pone de manifiesto con relación al tema de las pensiones alimenticias, que resulta necesario abordarlo desde los espacios legislativos con el propósito de fortalecer su ejecución y garantizar su oportuno cumplimiento de manera homologada en México y con la finalidad de proporcionar herramientas para ayudar al cumplimiento de las obligaciones que tienen las personas deudoras alimentarias.

En atención a tales consideraciones, expone la Comisión de la Cámara de Diputados lo importante que resulta precisamente la creación de un Registro Nacional de Obligados Alimentarios Morosos, que contará con una serie de restricciones.

Sobre las consideraciones expuestas, me parece importante destacar los siguientes puntos de reflexión:

1. Por una parte se reconoce implícitamente la importancia que tiene la existencia de un Registro de Deudores Alimentarios Morosos, esto es, de los Registros ya existentes del ámbito estatal y el propio de la Ciudad de México, como mecanismos de garantía y cumplimiento del pago de la pensión alimenticia a cargo de quien tiene el deber de proporcionar alimentos, los cuales constituyen, sin lugar a dudas, una experiencia legislativa previa a la creación del Registro Nacional de Obligaciones Alimentarias.
2. Se establece que, dada la referida importancia del Registro de Deudores Alimentarios Morosos, su implementación debe extenderse al ámbito nacional, para con ello dotar a nivel nacional de la función y certeza que del mismo se pueda tener.
3. Se reconoce que la existencia de un Registro Nacional de Obligados Alimentarios Morosos, debe estar dotado de una serie de restricciones para con ello lograr una eficiencia bien definida y así, constituirse como un mecanismo de garantía y cumplimiento cierto.
4. La creación de un Registro Nacional de Deudores Alimentarios Morosos pone en evidencia clara, la problemática actual que se enfrenta con relación al cumplimen-

to en el pago de las pensiones alimenticias, al grado de tener que implementar una estrategia a nivel nacional que se supone de gran beneficio para lograr el cumplimiento de dicha obligación.

Así entonces bajo tales consideraciones, las reformas y adiciones publicadas el día 8 de mayo del año 2023 se direccionan, como lo he precisado, a la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en lo específico, se reforma el párrafo segundo de la fracción I del artículo 103; se adiciona una fracción VI al artículo 120, recorriéndose la subsecuente; se adiciona una Sección Cuarta al Capítulo Tercero, denominada “Del Registro Nacional de Obligaciones Alimentarias”, que comprende los artículos 135 Bis a 135 Septies; reformas y adiciones que a continuación se describen y analizan:

Primero: Se reforma el artículo 103 en el que, se establecen las obligaciones que tienen las personas que ejercen la patria potestad, tutela o guarda y custodia respecto de niñas, niños y adolescentes, precisándose en el párrafo segundo de la fracción primera por efectos de la reforma que:

Art. 103... Para los efectos de esta fracción, los derechos alimentarios comprenden esencialmente la satisfacción de las necesidades de sustento y supervivencia y, en la especie:

- a) La alimentación y nutrición, vestido, habitación, recreación, atención médica y psicológica preventiva integrada a la salud, asistencia médico-hospitalaria y, en su caso, los gastos de embarazo y parte;
- b) Los gastos derivados de la educación y formación para proporcionar a los menores un oficio, arto o profesión, adecuados a sus circunstancias personales y,
- c) Con relación a los menores con algún tipo de discapacidad o declarados en estado de interdicción, lo necesario para lograr, en lo posible, su habilitación o rehabilitación y su desarrollo;

Con relación a la reforma del artículo 103, es importante precisar que en los códigos civiles y/o familiares sustantivos estatales y el de la ciudad de México, se contempla en el capítulo propio de “los alimentos” los rubros que comprenden los alimentos, así entonces, al momento de que se hace la adición al artículo 103 de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes con la precisión y especificación de lo que incluye los alimentos, será necesario que en las legislaciones estatales, así como en la propia de la Ciudad de México, se trabaje en las reformas legislativas necesarias para la armonización de sus códigos a la reglamentación que se revisa. La reforma es importante puesto que, como lo he referido, en cada uno de los códigos sustantivos en la materia (civil y/o familiar) se contiene un capítulo relativo a los “alimentos”, en los que se establece de manera precisa los rubros que comprenden los alimentos, debiendo hacer notar que si bien existe en lo general uniformidad, en cada código se hacen precisiones distintas, lo que motiva que mientras en una entidad federativa algún rubro específico pueda formar parte de los rubros de los alimentos, en otras entidades no lo son, válgase citar como

ejemplo que, mientras en el artículo 308 del Código Civil para la Ciudad de México,¹⁰ no aparece como rubro de los alimentos la atención psicológica preventiva, en el Código Familiar para el Estado de Morelos¹¹ se establece en su artículo 43 que los alimentos comprenden, entre otros rubros del relativo a la atención psicológica preventiva.

Segundo: En el artículo 120 se regula sobre las atribuciones que le corresponden a la federación, a través del Sistema Nacional DIF; la reforma adiciona una fracción VI recorriéndose con ello la subsecuente para quedar ahora como fracción VII, estableciéndose en la fracción adicionada lo siguiente:

Artículo 120. Sin perjuicio de las atribuciones que establezcan las demás disposiciones aplicables, corresponde a la federación, a través del Sistema Nacional DIF:

Fracción VI. Tendrá a su cargo el Registro Nacional de Obligaciones Alimentarias en los términos que establece esta Ley.

Conforme a la adición de la referida fracción, se otorga al DIF nacional el encargo del funcionamiento y operación del Registro Nacional de Obligaciones Alimentarias, en dicho sentido, queda atrás la postura que se venía dando en los Registros de Deudores Alimentarios Morosos del ámbito estatal y en el propio de la Ciudad de México en los que, la facultad y encargo quedaba en manos del Registro Civil de la entidad federativa que correspondiera.

Cabe al respecto pensar los enormes retos que deberá enfrentar el Sistema Nacional DIF ante la nueva encomienda sobre de la cual no tenía experiencia operativa alguna, mucho menos, tenía infraestructura, esquema organizacional, así como tampoco capacitación en su personal; en suma, los retos a vencer son considerables y desde luego para lograr la materialización del funcionamiento del Registro Nacional de Obligaciones Alimentarias, considero que un requisito necesario y urgente será el dotar al DIF del recurso económico suficiente para dichos fines, lo que posiblemente constituirá un obstáculo importante para un eficiente y eficaz funcionamiento.

Tercero: Se adiciona una Sección Cuarta al Capítulo Tercero, cuya denominación es: “Del Registro Nacional de Obligaciones Alimentarias”, quedando reglamentado en los adicionados artículos 135 Bis a 135 Septies. Así, en el artículo 135 Bis se dispone lo siguiente:

Artículo 135 Bis. Se crea el Registro Nacional de Obligaciones Alimentarias, cuyo objeto es concentrar la información de deudores y acreedores de obligaciones alimentarias, a fin de dar efectiva protección y restitución de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

Los Tribunales Superiores de las entidades federativas y de la Ciudad de México suministrarán, intercambiarán, sistematizarán, consultarán, analizarán y actualizarán, la información que se genere sobre el incumplimiento de las obligaciones alimentarias en el ámbito de sus

¹⁰ El artículo 308 del Código Civil de la Ciudad de México en lo conducente dispone: “Artículo 308. Los alimentos comprenden: I.- La comida, el vestido, la habitación, la atención médica, la hospitalaria y en su caso, los gastos de embarazo y parto”.

¹¹ Por su parte en el artículo 43 del Código Familiar para el Estado de Morelos se reglamenta en lo conducente: “Artículo 43. ALIMENTOS. Los alimentos comprenden la casa, la comida, el vestido, atención médica y psicológica preventiva integrada a la salud, asistencia en caso de enfermedad, el esparcimiento, los gastos de embarazo y parto en cuanto no estén cubiertos de otra forma...”.

competencias utilizando los sistemas e instrumentos tecnológicos del Sistema Nacional DIF para que con ella integre el Registro Nacional de Obligaciones.

La calidad de deudor moroso se difundirá en el Registro Nacional de Obligaciones Alimentarias, el cual, será público con base en lo dispuesto en la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados.

Las Procuradurías de Protección de las entidades federativas y de la Ciudad de México tendrán acceso total a las bases de datos del Registro Nacional de Obligaciones.

Los datos recabados en este registro podrán ser utilizados para los fines estadísticos o de análisis que se consideren necesarios.

La actualización del registro deberá realizarse de forma mensual.

Sin lugar a dudas resulta de gran interés e importancia la adición que se hace del artículo 135 Bis puesto que, por efectos de la misma, se crea el Registro Nacional de Obligaciones Alimentarias, estableciéndose de manera precisa que su objeto es el concentrar la información de deudores y acreedores de obligaciones alimentarias, con el fin de proporcionar una protección efectiva y la debida restitución a los derechos de niñas, niños y adolescentes, esto es, se trata de un Registro del ámbito nacional que se constituye como un mecanismo de aseguramiento y garantía en el cumplimiento del pago de las pensiones alimenticias a favor de niñas, niños y adolescentes; Registro que si bien tiene su antecedente en los Registros estatales, su implementación a nivel Nacional supera la omisión en que se encontraban diversos Estados de la República.

Por otra parte, cabe destacar que por efectos del artículo 135 Bis se crea una corresponsabilidad para el funcionamiento y operatividad del Registro que queda a cargo del Poder Judicial de los Estados y el propio de la Ciudad de México, cuyo deber será generar y suministrar la información respectiva en el tema para hacerla del conocimiento del Sistema Nacional DIF.

En dichas condiciones se impone a los Tribunales Superiores llevar a cabo e implementar todas las acciones, estrategias y condiciones que sean necesarias para efecto de generar la información relativa a los obligados alimentarios y ponerla a disposición al Sistema Nacional DIF, empujando para tales fines, los sistemas e instrumentos tecnológicos del DIF y para con ello se logre concentrar la misma ante el Registro Nacional de Obligaciones Alimentarias, de esta forma la eficiente operatividad y funcionamiento del Registro implica el esfuerzo compartido de ambas instituciones, esto es, Sistema Nacional DIF y Tribunales Superiores de Justicia del país.

Cuarto: Se dispone por otra parte en el artículo 135 Ter lo siguiente:

Toda persona a quien, por su cargo, corresponda proporcionar informes sobre la capacidad económica de los deudores alimentarios, está obligada a suministrar los datos exactos que le solicite el Juez o la autoridad responsable del fuero local; de no hacerlo, será sancionada en los términos establecidos por el artículo 157 de esta Ley y responderá soli-

dariamente para el pago de daños y perjuicios que cause al acreedor alimentario por las omisiones o informes falsos, sin perjuicio de lo dispuesto por otros ordenamientos legales.

El deudor alimentario deberá informar, en un máximo de quince días hábiles al acreedor alimentario, al Juez o la autoridad responsable del fuero local cualquier cambio en su empleo, la ubicación de ésta y el puesto o cargo que desempeñará, a efecto de que se actualice la pensión alimenticia decretada.

Es importante precisar que lo dispuesto en el referido artículo 135 Ter ya se encontraba contemplado con anterioridad en diversos códigos civiles y/o familiares estatales, al respecto en el artículo 323¹² del Código Civil para la Ciudad de México en lo conducente dispone en los párrafos segundo, tercero y cuarto:

Artículo 323.- ... Toda persona a quien, por su cargo, corresponda proporcionar informes sobre la capacidad económica de los deudores alimentarios, está obligada a suministrar los datos exactos que le solicite el Juez de lo Familiar; de no hacerlo, será sancionada en los términos establecidos en el Código de Procedimientos Civiles y responderá solidariamente con los obligados directos de los daños y perjuicios que cause al acreedor alimentista por sus omisiones o informes falsos.

Las personas que se resistan a acatar las órdenes judiciales de descuento, o auxilién al deudor a ocultar o simular sus bienes, o a eludir el cumplimiento de las obligaciones alimentarias, son responsables en los términos del párrafo anterior, sin perjuicio de lo dispuesto por otros ordenamientos legales.

El deudor alimentario deberá informar de inmediato al Juez de lo Familiar y al acreedor alimentista cualquier cambio de empleo, la denominación o razón social de su nueva fuente de trabajo, la ubicación de ésta y el puesto o cargo que desempeñará, a efecto de que continúe cumpliendo con la pensión alimenticia decretada y no incurrir en alguna responsabilidad.

Quinto: En el artículo 135 Quáter se precisan cuáles son los datos que deberá contener la inscripción que se haga del deudor alimentario moroso ante el Registro, siendo por lo menos los siguientes:

- I. Nombre o nombres, apellidos, Clave Única de Registro de Población y clave y homoclave del Registro Federal de Contribuyentes del deudor alimentario;
- II. Órgano jurisdiccional que ordenó la inscripción, cuantía del cumplimiento de la obligación alimentaria y plazo de pago de los alimentos definitivos, y
- III. Datos del expediente o causa jurisdiccional de la cual deriva la inscripción.

Sexto: Por lo que hace a lo dispuesto en el artículo 135 Quinquies, se establece el deber que tiene el Registro para expedir, siempre que le sea solicitado por quien tenga el interés, certificados de no inscripción, en los que se haga constar entre otra información, por lo menos:

¹² El artículo 323 del Código Civil de la Ciudad de México fue reformado mediante decreto publicado en la Gaceta Oficial el día 22 de julio del año 2005, quedando dispuesto lo que ha sido transcrito.

- I. Nombre o nombres, apellidos y Clave Única de Registro de Población del deudor alimentario;
- II. Órgano jurisdiccional que ordenó el registro, cuantía de la pensión y estado de cumplimiento.

Para el cumplimiento de tal función, el Registro dispondrá de un sitio web en el que se generará de manera automática el respectivo certificado, siendo importante destacar que el referido servicio será gratuito.

Séptimo: De gran relevancia resulta lo dispuesto en el artículo 135 Sexties al establecer de manera precisa, pero además con rigor y severidad, los efectos que provoca la inscripción de la persona deudora alimentaria morosa ante el Registro. Efectos que vágase resaltar, en la forma en que se encuentran dispuestos, constituyen mecanismos que considero, resultan eficaces para garantizar el cumplimiento del pago de la obligación alimentaria; el artículo dice de manera textual lo siguiente:

Artículo 135. Las autoridades de los tres órdenes de gobierno, en el ámbito de sus competencias, dispondrán lo necesario a fin de establecer como requisito la presentación del certificado de no inscripción en el Registro Nacional de Obligaciones Alimentarias. Entre los trámites y procedimientos que podrán requerir la expedición de ese certificado, se encuentran los siguientes:

- I. Obtención de licencias y permisos para conducir;
- II. Obtención de pasaporte o documento de identidad y viaje;
- III. Para participar como candidato a cargos concejiles y de elección popular;
- IV. Para participar como aspirante a cargos de jueces, magistrados en el ámbito local o federal;
- V. Los que se realicen ante notario público relativos a la compraventa de bienes inmuebles y la constitución o transmisión de derechos reales, y
- IV. En las solicitudes de matrimonio, el juez del Registro Civil hará del conocimiento si alguno de los contrayentes se encuentra inscrito en el Registro, mencionando la situación que guardan respecto de las obligaciones que tiene.

Sin lugar a dudas al imponerse en la ley la obligatoriedad de contar con el certificado de no inscripción ante el Registro Nacional de Obligaciones Alimentarias en los trámites y procedimientos que se precisan, implica que, toda persona que teniendo la calidad de deudora alimentaria y que pretenda llevar a cabo un trámite o procedimiento de los descritos en el artículo 135 Sexties, deberá evitar incurrir en el incumplimiento de su obligación alimentaria, o en su caso, cubrir las pensiones alimenticias que ha dejado de pagar, para con ello encontrarse liberado del registro en mención y así, poder contar con el certificado de no inscripción correspondiente y lograr llevar a buen término el trámite o procedimiento respectivo.

El mandato legal constituye una estrategia para garantizar de manera cierta el cumplimiento de las obligaciones alimentarias al imponer efectos que ocasionan consecuencias y afectaciones importantes en la esfera jurídica de la persona deudora alimentaria que, ante su incum-

plimiento se convierta en deudor alimentario moroso y con ello se inscriba el incumplimiento ante el Registro Nacional de Obligaciones Alimentarias.

En las fracciones I y II del referido artículo se precisa que al incurrir la persona deudora alimentaria en el incumplimiento del pago de la pensión alimenticia y ante ello ser inscrito en el Registro, si tiene la pretensión de la obtención de una licencia o permiso de conducir, al acudir ante la autoridad administrativa (Secretaría de Movilidad, Secretaría de Movilidad y Transporte o bien, como se denomine en cada una de las entidades federativas), se le negará la expedición del documento —al no contar con el certificado de no inscripción—, situación similar se le presentará cuando al acudir la ante las oficinas respectivas de la Secretaría de Relaciones Exteriores intente la expedición de un pasaporte o de un documento de identidad y viaje, esto es, ante la existencia de la inscripción en el Registro, le será imposible contar con el certificado de no inscripción como requisito para el trámite respectivo y con ello se le negará la expedición del documento que corresponda.

En los mismos casos queda comprendido el supuesto de aquellas personas que pretendan participar como candidatos a cargos concejiles y de elección popular, así como quienes pretendan participar como aspirantes a cargos de jueces y magistrados, ya sean en el ámbito local o federal (supuestos contemplados en las fracciones III y IV), en ambas hipótesis, las personas que tengan tal pretensión deberán presentar el certificado de no inscripción ante el Registro Nacional de Obligaciones Alimentarias, con el que acreditan no ser deudores alimentarios morosos (o por lo menos que no han sido demandados judicialmente por el incumplimiento de dicha obligación), en tales condiciones, el certificado de no inscripción constituye un requisito en el procedimiento respectivo y por tanto, al no contarse con el mismo no será posible el participar en dichos procesos.

Es de fundamental relevancia comentar que los supuestos hipotéticos referidos en las fracciones III y IV se han elevado a rango constitucional y con ello encuentran un sustento jurídico mayor del que les otorga la reforma a la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, esto es así dado que con fecha 29 de mayo del año 2023 se ha publicado en el Diario Oficial de la Federación una reforma constitucional que se hace a los artículos 38 y 102 de la Constitución Política para los Estados Unidos Mexicanos¹³, reforma y adición que se hace en materia de suspensión de derechos para ocupar cargo, empleo o comisión del servicio público.

La reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de manera textual dice lo siguiente:

Se reforman y adicionan los artículos 38 y 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de suspensión de Derechos para ocupar cargo, empleo o comisión del servicio público.

¹³ La reforma constitucional entrará en vigor, de acuerdo a lo dispuesto en su artículo primero transitorio, el día siguiente de su publicación, contándose con 180 días naturales siguientes a su entrada en vigor, para que el Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados lleven a cabo las reformas necesarias para ajustar sus Constituciones y Leyes respectivas, con el fin de dar debido cumplimiento al mandato constitucional. Para mayor información, Véase. <https://www.dof.gob.mx>

Artículo Único. - Se reforma el párrafo segundo del Apartado A del artículo 102 y se adiciona una fracción VII al artículo 38 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:

Artículo 38. Los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden:

VII. Por tener sentencia firme por la comisión intencional de delitos contra la vida y la integridad corporal; contra la libertad y seguridad sexuales, el normal desarrollo psicosexual; por violencia familiar, violencia familiar equiparada o doméstica, violación a la intimidad sexual; por violencia política contra las mujeres en razón de género, en cualquiera de sus modalidades y tipos.

Por ser declarada como persona deudora alimentaria morosa.

En los supuestos de esta fracción, la persona no podrá ser registrada como candidata para cualquier cargo de elección popular, ni ser nombrada para empleo, cargo o comisión en el servicio público.

La reforma constitucional sin duda alguna es de gran relevancia y marca una nueva visión en la postura legal que debe contemplar la normatividad en relación con el pago y cumplimiento de las obligaciones alimenticias y sus efectos son aún más severos que los dispuestos en las reformas hechas a la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes dado que, mientras en la referida ley el requisito de contar con el certificado de no inscripción se impone en los casos para participar como candidato a cargos concejiles y de elección popular, así como para participar como aspirante a cargos de jueces y magistrados, en la norma constitucional se extienden dichos supuestos para cualquier empleo, cargo o comisión en el servicio público, con ello, es claro que se fortalece al Registro Nacional de Obligaciones Alimentarias como mecanismo de garantía y cumplimiento del pago de la pensión alimenticia, pero sobre todo, se atiende el tema con un rigor determinante para procurar que las personas con obligación alimentaria cumplan cabalmente con dicho deber jurídico y moral.

Por otra parte, en la fracción quinta del artículo 135 Sexties se impone como requisito el contar con el certificado de no inscripción cuando se lleve a cabo trámites notariales relativos a la compraventa de bienes inmuebles, así como a la constitución o transmisión de derechos reales. Es importante comentar sobre este supuesto la falta de claridad de la norma jurídica puesto que, si bien establece como requisito la presentación del certificado, no se dispone cual será la restricción que en dichos trámites pueda darse para el caso de que la persona si se encuentre inscrita en el Registro como deudora alimentaria morosa, tampoco se establece cuáles serían en tal caso los efectos de encontrarse inscrito en el registro en calidad de deudor alimentario moroso. La normativa resulta oscura e imprecisa pues en ningún momento se especifica si el fedatario deberá solicitar algún tipo de inscripción o nota marginal al Registrador Público de la Propiedad en el acto jurídico respectivo, lo único claro es que se deberá presentar el certificado de no inscripción al fedatario, sin señalarse para que fines.

Por último, la fracción sexta del artículo materia de revisión establece el deber publicista que tiene el juez del Registro Civil en el sentido de hacer del conocimiento a los pretensos —en

caso de matrimonio –sobre la inscripción de alguno de ellos ante el Registro Nacional de Obligaciones Alimentarias y con ello, de su calidad de deudor alimentario moroso, sin que exista mayor efecto jurídico. La norma en ningún momento ha establecido que tal supuesto implique un impedimento para contraer matrimonio ni otro tipo de efecto legal.

Para concluir la revisión de las reformas legales, en el artículo 135 Septies se impone la restricción de tipo migratoria por efecto de la cual se pueda negar la posibilidad de salir del país a la persona que sea deudor alimentario moroso, dice el artículo lo siguiente:

Artículo 135. Las autoridades federales competentes, instrumentarán las medidas de restricción migratoria que establezcan que ninguna persona inscrita en el Registro Nacional de Obligaciones Alimentarias pueda salir del país, cuando:

I. Sea deudor alimentario moroso.

II. Existan medios de prueba que permitan al Juez determinar la existencia de un riesgo importante de que la salida del país sea utilizada como un medio de evasión de pago.

El impedimento para salir del país deberá ser solicitado por el acreedor o por quienes tengan su guardia y custodia ante el Juez correspondiente, quien, en su caso, deberá notificar a las autoridades migratorias respectivas para los efectos conducentes.

En el caso de la fracción I de este artículo; el Juez podrá autorizar la salida del país si se garantiza el pago de por lo menos la mitad del adeudo que se tenga por el pago de alimentos y un depósito que corresponda al pago adelantado desde noventa hasta trescientos sesenta y cinco días de la pensión, según las circunstancias, o bien proporcione cualquier otra garantía, que a criterio del Juez garantice el cumplimiento de la obligación.

Las restricciones de tipo migratorio que se imponen en la reforma, es oportuno recordar ya se encontraban contempladas en el artículo 48 de la Ley de Migración reformada en el año 2016 al artículo 48, disposición que ha sido ya revisada en párrafos anteriores, siendo oportuno señalar la precisión que se hace con la adición del artículo 135 Septies, al establecer la posibilidad de que el Juez pueda autorizar la salida del país al deudor alimentario moroso, cuando se garantice el pago de parte de los alimentos debidos y se garantice la continuidad del pago mediante un depósito.

Las reformas entrarán en vigor, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo primero transitorio, el día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación, debiendo el Sistema Nacional DIF llevar a cabo la implementación del Registro Nacional de Obligaciones Alimentaria en un plazo de 300 días hábiles, contabilizados a partir de la entrada en vigor de las descritas reformas. Por su parte, tanto los Congresos de los Estados, así como sus Tribunales deberán, en un plazo no mayor de 120 días hábiles, deberán llevar a cabo las acciones necesarias para la armonización de su marco normativo apegado a lineamientos dispuestos por el DIF, plazo que se contabilizará a partir del momento del inicio de la creación del Registro.

VI. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES FINALES

La obligación alimentaria constituye sin lugar a duda, una de las figuras jurídicas más importante del Derecho de Familias, el deber alimentario encuentra su esencia en la preservación del derecho y valor primario por excelencia del ser humano, esto es, el derecho a la vida; en dichas condiciones, el cumplimiento a tal obligación jurídica y deber moral, debe ser satisfecha de manera cabal y no existe justificación de ningún tipo para incumplirla. De esta forma, toda normatividad contiene en sus códigos civiles y/o familiares, una serie de mecanismos y estrategias que se construyen para garantizar su debido cumplimiento.

Bajo tales consideraciones, la implementación en el sistema jurídico mexicano del Registro de Deudores Alimentarios Morosos —en un primer momento— en el Código Civil de la Ciudad de México así como en las respectivas legislaciones de los Estados y, —en un segundo momento—, en su transitar evolutivo y de crecimiento mediante la creación del Registro Nacional de Obligaciones Alimentarias, se justifica de manera plena en el afán de contribuir de manera cierta y eficaz como un mecanismo para garantizar el cumplimiento del pago de la pensión alimenticia por parte de quien tenga la calidad de deudor alimentario.

Considerando que el derecho alimentario, como refiere Rojina Villegas, “es la facultad jurídica que tiene una persona denominada alimentista para exigir a otra lo necesario para subsistir, en virtud del parentesco consanguíneo, del matrimonio o del divorcio en determinados casos”,¹ contar con la existencia y funcionamiento del Registro Nacional de Obligaciones Alimentarias extendido a todo el país y bajo la forma en que se ha implementado jurídicamente, al parecer, logrará provocar una conciencia en el cumplimiento del deber del pago de los alimentos, dado que los efectos contemplados en la ley ante la inscripción en el Registro, impondrá consecuencias considerables en la esfera jurídica de la persona.

En dicho escenario, la implementación del Registro Nacional de Obligaciones Alimentarias en el sistema jurídico mexicano no debe quedar en el plano de las buenas intenciones y todos efectos consignados en la ley deben ser ciertos y aplicables en el caso concreto, sin embargo, para que ello suceda, se requiere desde luego de la coparticipación de diversas instituciones a quienes les corresponde contribuir en su funcionamiento y operación.

La existencia del Registro Nacional de Obligaciones Alimentarias ya es una realidad en nuestro sistema jurídico, se ha dado el primer gran paso, ahora falta observar su real funcionamiento y con ello el verificar si logrará constituirse como un mecanismo adecuado para el cumplimiento del pago de la pensión alimenticia, pero sobre todas las cosas, el paso realmente importante será el cambio de actitudes y de conductas por quien tenga una obligación alimentaria, cambios conductuales que tengan su esencia en la conciencia y la plena voluntad y que provoquen el entendimiento de la importancia de cumplir con el compromiso alimen-

¹ Rojina Villegas, Rafael, *Derecho Civil Mexicano, Tomo Segundo, Derecho de Familia*, 12ª edición. Concordada con la legislación vigente por Rojina García, Adriana, México, Ed. Porrúa, 2014p. 169.

tario respectivo, en última instancia, los beneficiados de su cumplimiento son sus acreedores alimentarios, su familia, su cónyuge o pareja, sus padres, sus hijos.

VII. REFERENCIAS DE INVESTIGACIÓN

Montoya Pérez, María del Carmen, *El registro de deudores alimentarios morosos*, Biblioteca jurídica virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx>

Oliva Gómez, Eduardo, *Derecho de Familias*, Ed. Tirant lo Blanch, 1ª edición, México, 2022.

Planiol, Marcel y Ripert, Georges. *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Volumen III, Ed. José M. Cajica Jr, México, 1966.

Ravetllat Ballesté, Isaac. Coordinador. *Derecho de la Persona. Acogimiento y adopción, discapacidad e incapacitación, filiación y reproducción asistida, personas mayores, responsabilidad penal del menor y otras cuestiones referidas a la persona como sujeto de derecho*. Ed. Bosch. Barcelona. España. 2011.

Rico Álvarez, Fausto, *Relaciones Jurídicas Familiares. Familia al amparo del Código Civil para la Ciudad de México*, obra con la colaboración de Zamora Pérez, Rodrigo, Ed. Porrúa, 1ª edición, 2ª reimpresión, México, 2016.

Rojina Villegas, Rafael, *Derecho Civil Mexicano, Tomo Segundo, Derecho de Familia*, 12ª edición. Concordada con la legislación vigente por Rojina García, Adriana, México, Ed. Porrúa, 2014.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Temas Selectos de Derecho Familiar 1. Alimentos*, primera edición, Edita, México, 2010.

<http://www.ordenjuridico.gob.mx>

<https://www.dof.gob.mx>

<https://www.consejeria.cdmx.gob.mx/gaceta-oficial>

Tesis: “ALIMENTOS. SU SATISFACCIÓN MEDIANTE LA INCORPORACIÓN DEL ACREEDOR ALIMENTARIO A LA FAMILIA DEL DEUDOR” Época: Novena. Registro: 167982. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Tomo: XXIX, febrero de 2009. Materia: Civil. Tesis: I.40.C.179 C. Página: 1821.

REFLEXIONES Y DIÁLOGOS JURISPRUDENCIALES SOBRE LA DIMENSIÓN OBJETIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Dr. Ricardo Tapia Vega²

Resumen: El presente trabajo presenta el concepto de dimensión objetiva de los derechos fundamentales en el contexto de la internacionalización de los derechos fundamentales posterior a la última posguerra mundial, exponiendo algunas decisiones judiciales comparadas que ilustran dicho concepto.

Palabras Clave: Derechos fundamentales, internacionalización, dimensión, objetiva.

Abstract: The present work presents the concept of objective dimension of fundamental rights in the context of the internationalization of fundamental rights after the last post-world war, exposing some comparative court decisions that illustrate this concept.

Keywords: Fundamental rights, internationalization, dimension, objective.

54

INTRODUCCIÓN

Para abordar el tema de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales es indispensable introducir primero el concepto de dichos derechos.

Pérez Luño³ sostiene la separación entre “derechos humanos” y “derechos fundamentales” al señalar que:

Estas dos nociones de derecho no significan lo mismo, por más que exista una profunda interrelación entre ambas. Los *derechos humanos* poseen una insoslayable dimensión deontológica. Se trata de aquellas facultades inherentes a la persona que deben ser reconocidas por el derecho positivo. Cuando se produce ese reconocimiento aparecen los *derechos fundamentales*, cuyo nombre evoca su función fundamentadora del orden jurídico de los Estados de derecho. Por tanto, los derechos fundamentales constituyen un sector, sin duda el más importante, de los ordenamientos jurídicos positivos democráticos.

² Doctor en Derecho y Globalización, con mención honorífica, por la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México. Profesor Investigador de Tiempo Completo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de dicha universidad. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, Nivel I, del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT), en México. Especialista en Justicia constitucional, interpretación y aplicación de la Constitución, en Contratación Pública y en Responsabilidad Civil por la Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, España. Diplomado en Derechos Humanos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Autor en diversos artículos, revistas y libros. Abogado litigante. Correo electrónico: ricardo.tapia @uaem.mx

³ Pérez Luño, Antonio Enrique, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, España, 2005, p. 46.

En esa tesitura, Aldunate Lizana⁴ nos expone que, en Alemania, la *Ley Fundamental de Bonn*⁵ refería que:

...los *Grundrechte* (literalmente, derechos fundamentales) son, precisamente, los derechos garantizados por dicha Ley Fundamental. Esto facilita las cosas a la doctrina alemana ya que, para el tratamiento del tema sólo recurre, en general, a dos categorías: derechos humanos (*Menschenrechte*) y derechos fundamentales (*Grundrechte*). A partir del texto de la Constitución de 1978 (título I, “De los derechos y deberes fundamentales”), la doctrina española ha acogido este mismo sentido para la expresión “derechos fundamentales”.

A partir de esta diferenciación conceptual, todos los derechos fundamentales serían derechos humanos, pero no todos los derechos humanos serían derechos fundamentales.

No obstante, dicha separación conceptual, “que es quizá la corriente...predominante”, como dice Carpizo,⁶ es común que en el lenguaje jurídico los términos “derechos humanos” y “derechos fundamentales” se usen como sinónimos, siendo importante entonces, si se está de acuerdo con esa corriente, detectar la ubicación contextual en que dichos términos son utilizados para saber el sentido de su connotación.

En ese orden de ideas, por ejemplo, si se observa la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, en su artículo 1, párrafo primero, en la parte que dispone que en el país “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”,⁷ se apreciará que el texto constitucional más bien se estaría refiriendo a derechos fundamentales (derechos humanos reconocidos o positivizados en el orden constitucional y convencional), sin embargo, el poder reformador permanente de la Constitución habría decidió nombrarlos “derechos humanos reconocidos”.

55

I. EL TRÁNSITO DEL ESTADO DE DERECHO AL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS POSTERIOR A LA 2ª POSGUERRA MUNDIAL

Al término de la segunda guerra mundial y luego de observar los horrores del holocausto, se fue abandonando el paradigma tradicional de “Estado de Derecho”, consistente en la primacía de la ley como producto de la omnipotencia democrática de las mayorías parlamentarias (“paleopositivismo”), considerándose que ni siquiera por unanimidad se podía decidir legítimamente la violación de un derecho fundamental, pues los derechos fundamentales debe-

4 Aldunate Lizana, Eduardo, citado por Aguilar Cavallo, Gonzalo, en *Derechos fundamentales-derechos humanos. ¿Una distinción válida en el siglo XXI?*, *Revista Jurídica. Boletín mexicano de derecho comparado*, No. 127, enero-abril, México, 2007, visible en el siguiente sitio de internet: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/127/art/art1.htm#N10> (consultado el 21 de marzo de 2022.)

5 Constitución de Alemania Occidental, de mayo de 1949.

6 Carpizo, Jorge, Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derechos Constitucional*, num. 25, julio-diciembre de 2011, p. 13. Visible en el siguiente sitio de internet: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5965/7906> (consultado el 14 de abril de 2022).

7 Texto actualmente en vigor a partir de la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación del 10 de junio de 2011.

rían de estar igualmente garantizados para todos y sustraídos a la disponibilidad del mercado y de la política, ubicándose en la esfera de lo indecible.⁸

Y es que justamente las atrocidades del régimen nazi habían sido avaladas a partir de normas, producto de las mayorías parlamentarias del poder legislativo del Tercer Reich, que ordenaban, entre otras cosas, discriminación, vejaciones y crueldades, principalmente en contra de los judíos.⁹ Por ello, al observar las aberraciones del holocausto en su natal Alemania, Gustav Radbruch dijo que “el derecho extremadamente injusto no es derecho”, frase que más adelante Alexy¹⁰ ha ajustado diciendo que “las normas promulgadas autoritativamente conforme al ordenamiento y socialmente eficaces pierden su carácter jurídico o su validez jurídica cuando son extremadamente injustas”.

En esas condiciones, observando la barbarie que los acuerdos de las mayorías pueden llegar a materializar, se transitó hacia un nuevo modelo llamado “Estado Constitucional de Derecho”, donde el derecho ya no es presentado como una creación exclusiva de consensos de mayoría, sino que principalmente es asumido como producto del propio derecho, pues en su elaboración se exige el respeto a los derechos fundamentales como límites infranqueables.¹¹

Esta visión de los derechos fundamentales se fue internacionalizando, y en los años siguientes a la postguerra, fueron surgiendo diversos instrumentos internacionales de reconocimiento o positivización de derechos humanos y de implementación de garantías para su tuición, apareciendo primero en instrumentos de *soft law* (como la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, en mayo de 1948 o la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, en diciembre del mismo año) y posteriormente en instrumentos de *hard law* (el *Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*, en 1950; la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*, en 1965; los *Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, en 1966; la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en 1969, etc.).

Con la aparición de los referidos instrumentos internacionales tanto de *soft law* como de *hard law*, fue surgiendo entre los estados nacionales la convicción de que el respeto de ciertas prerrogativas básicas de las personas no era una cuestión exclusiva de cada uno de ellos, sino de interés general de la comunidad internacional,¹² apreciándose la idea de la existencia de una categorización metalegal y metaconstitucional de los derechos fundamentales, donde el Estado no sólo se encuentra limitado en el interior por dichos derechos reconocidos en sus órdenes constitucionales, sino que encuentra también límites externos en relación a los derechos fundamentales reco-

8 Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Ed. Trotta, ed. 8ª, México, 2019, pp. 19, 20 y 24.

9 Véanse por ejemplo las llamadas Leyes de Núremberg.

10 Citado por Seoane, José Antonio, *Todo exceso es insano, también para el derecho*, p.167, visible en el siguiente sitio de internet:<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5600126> (consultado el 22 de marzo de 2023).

11 Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, ob. cit., p. 19, 20 y 24.

12 Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La protección no jurisdiccional de los derechos humanos*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2008, p. 105.

nocidos a nivel internacional,¹³ y ¹⁴ pensándose que incluso no resulta posible invocar la soberanía ni el principio de no intervención si esos derechos son vulnerados.¹⁵

En esa tesitura, algunas constituciones nacionales comenzaron a hacer reenvíos a textos normativos internacionales de reconocimiento y/o tuición de derechos fundamentales, dando a éstos últimos, a virtud de ese reenvío, una jerarquía constitucional, rediseñando así la parte dogmática¹⁶ de sus Constituciones hacia la estructura conocida como *bloque de constitucionalidad*.¹⁷

Podemos encontrar ejemplos de lo anterior, entre otros, en Iberoamérica, en la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, que en su artículo 1, párrafo primero, dispone un reenvío, con clausula cerrada, hacia los derechos fundamentales reconocidos en los Tratados Internacionales de los que México es parte, al disponer que:

Artículo 1.- 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.

...

57

Destacando que, en interpretación de ese dispositivo, la jurisprudencia mexicana ha precisado que el control de constitucionalidad implica también el de convencionalidad, exponiendo que

13 Coello Garcés, Clicerio, *El estado democrático postnacional. Dimensiones actuales del principio de soberanía y ciudadanía*, Ed. Tirant lo Blanch, México, 2013, p. 114.

14 En las resoluciones tribunalicias, véase por ejemplo, en el sistema mexicano, la tesis jurisprudencial P./J. 11/2016 (10a.), registro 2012593, emitida en la décima época, por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, bajo las ponencias de los ministros Margarita Beatriz Luna Ramos y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, de rubro “LIBERTAD DE CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA DE LOS CONGRESOS ESTATALES. ESTÁ LIMITADA POR LOS MANDATOS CONSTITUCIONALES Y LOS DERECHOS HUMANOS”; y en el sistema interamericano, el *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y reparaciones. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 24 de febrero de 2011. Serie C, No. 221, párrafo 239, que dice que “la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo ‘susceptible de ser decidido’ por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un ‘control de convencionalidad’...”.

15 Cfr. Cilia López, José Francisco, *Los derechos humanos y su repercusión en el control de constitucionalidad y de convencionalidad*, Ed. Porrúa, México, 2015, pp. 22-23.

16 El contenido de una Constitución se viene a presentar en un plano dual: reconocimiento de derechos fundamentales, llamado parte dogmática, y organización del poder, llamado parte orgánica. Cfr. Alexy, Robert, *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*, p. 3. Visible en el siguiente sitio de internet: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf> (consultado el 26 de abril de 2023). Aunque algunos modelos agregan a ese plano una tercera dimensión, relativa a la inclusión de un proyecto de nación, siguiendo el paradigma estatalista francés, que conceptúa también a la Constitución como receptáculo de normas directivas fundamentales que postulan un proyecto de nación, que define los deberes del gobierno y los objetivos y valores a alcanzar mediante la actividad estatal. En esa línea, por ejemplo, la Constitución mexicana dispone en su artículo 26, apartado A, párrafo segundo, que “los fines del proyecto nacional contenidos en esta Constitución determinarán los objetivos de la planeación”. Cfr. Fioravanti Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*. Ed. Trotta, ed. 7ª, España, 2016, pp. 64, 95 y 129 a 131.

17 La idea de bloque de constitucionalidad, tuvo su origen en distintas sentencias dictadas por el Consejo Constitucional francés, en la década de los setenta, del siglo XX, en las que se tomó en cuenta el Preámbulo de la Constitución y el reenvío hecho por ésta a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, dándole a dicha Declaración estatus constitucional a virtud de dicho reenvío. Cfr. Ospina Mejía, Laura, *Breve aproximación al “bloque de constitucionalidad” en Francia*, pp. 188-192. Visible en el siguiente sitio de internet: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/elementos-de-juicio/article/view/10252/9336> (consultado el 15 de abril de 2023).

... en virtud del reformado texto del artículo 10. constitucional, se da otro tipo de control, ya que se estableció que todas las autoridades del Estado mexicano tienen obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el propio Estado mexicano es parte, lo que también comprende el control de convencionalidad...¹⁸

Observándose también la estructura de *bloque de constitucionalidad*, pero con clausula abierta, en la *Constitución de la República del Ecuador*, cuyo arábigo 11.7 dispone un reenvío a fuentes abiertas, al disponer:

Artículo 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

...

7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

...

58

Poniéndose de relieve que, en interpretación de dicho dispositivo, la jurisprudencia del Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador ha dispuesto que:¹⁹

...

VI. Argumentos y fundamentación

29. Para efectos de las fuentes de derechos, tanto para invocar derechos ante operadores jurídicos o funcionarios públicos, como se desprende del artículo 11 (7) de la CRE, cuanto para aplicar normas cuando se trate de derechos y garantías, en Ecuador se puede recurrir a la Constitución, a los tratados y convenios y a las demás normas de instrumentos internacionales.

30. En Ecuador, la distinción que hace la doctrina internacional entre tratados y otros instrumentos internacionales, para efectos del reconocimiento de derechos y desarrollo de su contenido, es irrelevante. Todos los derechos reconocidos en instrumentos internacionales forman parte del sistema jurídico ecuatoriano.

...

140. Por el *bloque de constitucionalidad*, los derechos enumerados en la Constitución no son taxativos y su reconocimiento es enunciativo. Los derechos que no constan en la Constitución se incorporan al texto por dos vías: remisión a los instrumentos internacionales o por reconocimiento expreso de los derechos innominados, entre éstos últimos están “los de-

¹⁸ Tesis jurisprudencial, 1a./J. 18/2012 (10a.), registro 2002264, emitida en la décima época, por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, bajo la ponencia del ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, de rubro “CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD (REFORMA CONSTITUCIONAL DE 10 DE JUNIO DE 2011)”.

¹⁹ Sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario), pronunciada el 12 de junio de 2019 por Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador, bajo la ponencia del juez Ramiro Ávila Santamaría.

más derechos derivados de dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento” (artículo 11.7 de la Constitución).

141. En relación con el reconocimiento de derechos por remisión a los instrumentos internacionales, las autoridades del Estado deben observar el desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinario de los mecanismos de protección internacional de derechos humanos. Son fuentes del derecho, entonces, los convenios internacionales de derechos humanos, las declaraciones de derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte IDH, las observaciones generales de los comités de derechos humanos, las opiniones consultivas de la Corte IDH, los informes de los relatores temáticos y grupos de trabajo de Naciones Unidas, las recomendaciones del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos, entre otros.

142. En cuanto a los derechos innominados, esos derechos, para ser aplicados, requieren ser enunciados y reconocidos. La Constitución nos da algunas pistas para poder conocerlos. En primer lugar, sabemos, por el artículo 11 (7) que son “derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento”. En segundo lugar, en el artículo 98, cuando reconoce el derecho a la resistencia, determina que “Los individuos y los colectivos podrán ejercer el derecho a la resistencia... y **demandar el reconocimiento de nuevos derechos**” (énfasis añadido). Finalmente, en el artículo 417, cuando establece que “en el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de **cláusula abierta**” (énfasis añadido).

59

II. LAS DIMENSIONES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos fundamentales, al igual que los demás derechos son desde luego atribuibles a un sujeto, ya individual o colectivo; en ese sentido, poseen una dimensión subjetiva, que les caracteriza como inmunidades oponibles frente al Estado y frente a terceros. Pero la novedad que presentan los derechos fundamentales es su dimensión objetiva. Respecto a ésta Salem Gesell²⁰ nos dice que:

La dimensión objetiva de los derechos fundamentales significa concebir tales derechos como un orden objetivo de principios y valores que irradian todo el ordenamiento jurídico y que se encuentran consagrados en la parte dogmática de la Constitución. Al ser ésta norma suprema y directamente vinculante tanto para los órganos del Estado como para toda persona, institución o grupo, se ha erigido como el parámetro de legitimidad material en el Estado constitucional de derecho.

...los derechos fundamentales no pueden seguir siendo concebidos como meros derechos subjetivos de garantía frente al poder del Estado. Los derechos fundamentales son,

²⁰ Salem Gesell, Catalina, La dimensión objetiva de los derechos fundamentales como parámetro de legitimidad material en el Estado Constitucional de Derecho, en *Revista de Derecho Público*, num. 86, Universidad de Chile, 2017, pp. 105-106, visible en el siguiente sitio de internet: <file:///Users/ricardotapia/Downloads/47246-1-167375-1-10-20170901.pdf> (consultado el 16 de abril de 2023).

también, normas objetivas de principio o decisiones valorativas que expresan un contenido axiológico de validez universal y que, tomadas en su conjunto, dan origen a un sistema de valores que afecta no sólo el ordenamiento constitucional, sino que también el ordenamiento jurídico en su totalidad.

...

Concebir a la Constitución como un orden de valores ha significado, entre otras varias consecuencias, el inicio a un fenómeno gradual que ha ido operando en los distintos sistemas jurídicos a partir de la Segunda Guerra Mundial. Dicho proceso consiste en la llamada constitucionalización del ordenamiento jurídico, definido por Guastini como «un proceso de transformación de ese ordenamiento, al término del cual éste resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales» (en Cea, 2004: 8). En palabras de Comanducci: «Se trata de un proceso al término del cual el derecho es ‘impregnado’, ‘saturado’ o ‘embebido’ por la Constitución: un derecho constitucionalizado se caracteriza por una Constitución invasiva, que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos».

Considero pertinente precisar, a pesar de poder sonar repetitivo, que esa impregnación total del derecho por las normas constitucionales se refiere a las normas de la zona dogmática de la Constitución, que en los sistemas jurídicos que han adoptado el prototipo de *bloque de constitucionalidad* se integra tanto por los derechos fundamentales insertos en el texto constitucional como por los ubicados en los textos *exococonstitucionales* a los que la Constitución reenvía. Ahora, este concepto de dimensión objetiva, me parece que es consubstancial al paradigma del estado constitucional de derecho,²¹ en donde los derechos fundamentales deben de estar sustraídos a la disponibilidad del mercado y de la política, ubicándose como límites infranqueables, en una esfera de lo indecible. De ahí que no puede haber normas ni instituciones que vulneren o contradigan a estos derechos, y además, las normas e instituciones del sistema deben presentarse reconociendo estos derechos y protegiéndolos para su efectivización.

60

III. LA CONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO DE DIMENSIÓN OBJETIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A TRAVÉS DE LAS DECISIONES TRIBUNALICIAS

En lo que respecta a la creación formal del concepto de dimensión objetiva de los derechos fundamentales, se reconoce que ésta “recae en el Tribunal Constitucional alemán, que jurisprudencialmente en el fallo *Lüth* construye las bases conceptuales de la novedosa cualificación objetiva de los derechos fundamentales”.²² El *BVerfG*,²³ expresó en dicho fallo que:²⁴

²¹ Véase el primer párrafo del ítem II de éste trabajo, supra.

²² Tolé Martínez, Julián, La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. El estado de cosas inconstitucional, un ejemplo de su aplicación, en +I, número 15, julio-diciembre de 2006, visible en el siguiente sitio de internet: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5777/7610> (consultado el 16 de abril de 2023).

²³ Abreviatura de *Bundesverfassungsgericht*, que significa Tribunal Constitucional Federal.

²⁴ Tolé Martínez, Julián, *Op. cit.*

La Ley Fundamental, que no quiere ser un orden neutral de valores ha establecido también en la parte dedicada a los derechos fundamentales un orden objetivo de valores y que precisamente con ello se pone de manifiesto un fortalecimiento por principio de la pretensión de validez de los derechos fundamentales. Este sistema de valores, que encuentra su núcleo en la personalidad humana que se desarrolla libremente en el interior de la comunidad social y en su dignidad, debe regir, en tanto que decisión constitucional básica, en todos los ámbitos del derecho; la legislación, la administración y la jurisprudencia reciben de él directrices e impulso.

Destacando que ésta sentencia, identificada como “BverfG 7, 198”, del 15 de enero 1958, trató en esencia de lo siguiente:²⁵

... el Tribunal Estatal de Hamburgo dictó el 22 de noviembre de 1951 la siguiente sentencia:

“Se condena al demandado, so pena de prisión o multa (que deberá ser determinada judicialmente) a:

1. Abstenerse de solicitar –a los dueños de los teatros alemanes y distribuidores de películas– que no incluyan dentro de su programación la película *Unsterbliche Geliebte*, producida y distribuida en el territorio alemán por las demandantes.
2. Abstenerse de incitar al público alemán a no ver esa película.

El Tribunal Estatal considera que la expresión del recurrente constituye una invitación al boicot contraria a las buenas costumbres.

La sentencia del Tribunal Estatal constituye un acto del poder público, bajo la forma especial de un “acto del poder Judicial”; su contenido puede resultar violatorio del derecho fundamental del recurrente únicamente si –al momento de dictar sentencia– debió haberse tenido en cuenta ese derecho fundamental.

...

El derecho fundamental a la libertad de expresión es, como expresión directa de la personalidad humana en la sociedad, uno de los derechos más supremos (*un des droits les plus précieux de l'homme*, de conformidad con el artículo 11 de la declaración de derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789). Hace parte del orden estatal democrático y libre, el que se posibilite la permanente controversia ideológica, la contraposición de opiniones, que son su elemento vital (bVerfGE 5,85 [205]). En cierto sentido, es el fundamento de toda libertad, *the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom* (Cardozo).

...

El Tribunal Constitucional Federal, con base en esas consideraciones, está convencido de que el Tribunal Estatal ha desconocido en la valoración de la conducta del recurrente, el especial significado que se le atribuye al derecho a la libertad de expresión, también allí donde ésta entra en conflicto con los intereses privados de terceros. La sentencia del Tribunal

²⁵ Véase Schwabe, Jürgen, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, Ed. Konrad Adenauer Stiftung, México, 2009, pp. 202, 203, 205 y 207.

Estatal omite los criterios basados en los derechos fundamentales, y viola así el derecho fundamental del recurrente contemplado en el Art. 5, párrafo 1, frase 1 de la ley Fundamental. por consiguiente, se revoca.

Alexy²⁶ refiere, a partir del citado fallo *Lüth* que “los derechos fundamentales no sólo tienen el carácter de reglas sino también el de principios”.

Posteriormente, otros sistemas jurídicos han adoptado en su jurisprudencia el concepto de dimensión objetiva de los derechos fundamentales acuñado en el citado precedente alemán. Así, por ejemplo, se observa la sentencia del 14 de julio de 1981, emitida por el Tribunal Constitucional de España, en la parte que dice que:²⁷

Ello resulta lógicamente del doble carácter que tienen los derechos fundamentales. En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1).

Esta doble naturaleza de los derechos fundamentales, desarrollada por la doctrina, se recoge en el art. 10.1 de la Constitución, a tenor del cual «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamentos del orden político y de la paz social». Se encuentran afirmaciones parecidas en el derecho comparado, y, en el plano internacional, la misma idea se expresa en la Declaración universal de derechos humanos (preámbulo, párrafo primero) y en el Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales del Consejo de Europa (preámbulo, párrafo cuarto).

En el segundo aspecto, en cuanto elemento fundamental de un ordenamiento objetivo, los derechos fundamentales dan sus contenidos básicos a dicho ordenamiento, en nuestro caso al del Estado social y democrático de Derecho, y atañen al conjunto estatal. En esta función, los derechos fundamentales no están afectados por la estructura federal, regional o autonómica del Estado. Puede decirse que los derechos fundamentales, por cuanto fundan un status jurídico-constitucional unitario para todos los españoles y son decisivos en igual medida para la configuración del orden democrático en el Estado central y en las Comunidades Autónomas, son elemento unificador, tanto más cuanto el cometido de asegurar esta unificación, según el art. 155 de la Constitución, compete al Estado. Los derechos fundamentales son así un patrimonio común de los ciudadanos individual y colec-

²⁶ Alexy, Robert, *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*, p. 6, visible en el siguiente sitio de internet: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf> (consultado el 26 de abril de 2023).

²⁷ Párrafos séptimo a noveno, del punto 5 de los fundamentos jurídicos de la sentencia ECLI:ES:TC:1981:25, pronunciada por el Pleno de dicho Tribunal Constitucional, relativa a la resolución de un recurso de inconstitucionalidad, bajo la ponencia del magistrado Antonio Truyol Serra.

tivamente, constitutivos del ordenamiento jurídico cuya vigencia a todos atañe por igual. Establecen por así decirlo una vinculación directa entre los individuos y el Estado y actúan como fundamento de la unidad política sin mediación alguna.

Y también en la sentencia del 11 de abril de 1985, emitida por el mismo tribunal español, en la parte que dice que:²⁸

... Pero, además, los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, en fin, como dice el art. 10 de la Constitución, el «fundamento del orden jurídico y de la paz social». De la significación y finalidades de estos derechos dentro del orden constitucional se desprende que la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los individuos, sino que ha de ser asumida también por el Estado. Por consiguiente, de la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales «los impulsos y líneas directivas», obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa.

63

Asimismo, destaca el fallo dictado por el Tribunal Constitucional de Perú el 11 de julio de 2005, en la parte que dice que:²⁹

...

En su dimensión subjetiva, los derechos fundamentales no solo protegen a las personas de las intervenciones injustificadas y arbitrarias del Estado y de terceros, sino que también facultan al ciudadano para exigir al Estado determinadas prestaciones concretas a su favor o defensa; es decir, este debe realizar todos los actos que sean necesarios a fin de garantizar la realización y eficacia plena de los derechos fundamentales. El carácter objetivo de dichos derechos radica en que ellos son elementos constitutivos y legitimadores de todo el ordenamiento jurídico, en tanto que comportan valores materiales o instituciones sobre los cuales se estructura (o debe estructurarse) la sociedad democrática y el Estado constitucional.

...

²⁸ Párrafo único, del punto 4 de los fundamentos jurídicos de la sentencia ECLI:ES:TC:1985:53, pronunciada por el Pleno de dicho Tribunal Constitucional, relativa a la resolución de un recurso previo de inconstitucionalidad, bajo la ponencia de los magistrados Gloria Begué Cantón y Rafael Gómez-Ferrer Morant.

²⁹ Párrafo primero, del punto 9 de los fundamentos de la sentencia EXP. N° 3330- 2004-AA/TC, pronunciada por el Pleno de dicho Tribunal Constitucional (sin datos del ponente).

De la misma manera, es relevante también la sentencia de fecha 4 de enero de 2011, pronunciada por el Tribunal Constitucional Chileno, en la parte que dice:³⁰

Que los márgenes constitucionales a que se ha aludido antes dicen relación, básicamente, con los derechos fundamentales que la Constitución asegura a todas las personas, ya no sólo desde un punto de vista subjetivo, mirado desde la perspectiva del titular del derecho, sino que también desde un prisma objetivo que supone aceptar que tales derechos constituyen hoy la piedra angular de todo el ordenamiento jurídico positivo.

En México destaca la jurisprudencia que a continuación se consigna, cuyo texto refiere que:³¹

Los derechos fundamentales gozan de una doble cualidad dentro del ordenamiento jurídico mexicano, ya que comparten una función subjetiva y una objetiva. Por una parte, la función subjetiva implica la conformación de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos, constituyéndose como inmunidades oponibles en relaciones de desigualdad formal, esto es, en relaciones con el Estado. Por otro lado, en virtud de su configuración normativa más abstracta y general, los derechos fundamentales tienen una función objetiva, en virtud de la cual unifican, identifican e integran, en un sistema jurídico determinado, a las restantes normas que cumplen funciones más específicas. Debido a la concepción de los derechos fundamentales como normas objetivas, los mismos permean en el resto de componentes del sistema jurídico, orientando e inspirando normas e instituciones pertenecientes al mismo.

64

Expuesto lo anterior, se pone de relieve la afirmación de Tolé Martínez³² en el sentido de que:

... una consecuencia necesaria del carácter de los derechos fundamentales como normas objetivas, es que denotan un contenido normativo determinado que exige ser realizado por el Legislador, el Ejecutivo y el Poder Judicial. No son derechos que persiguen exclusivamente la abstención, sino que pretenden la actuación y la protección de estos contenidos, que están supeditados a un objetivo de la cultura de los derechos fundamentales: la máxima de formación continúa para garantizar tales prerrogativas.

IV. CONCLUSIONES BASADAS EN BREVE ESTUDIO DE CASOS

En mi opinión, la dimensión objetiva de los derechos fundamentales es quizá el constructo que ha materializado de una manera más intensa el efecto de esa clase de derechos en los sistemas jurídicos occidentales postmodernos, pues se observa que las normas de la zona

³⁰ Véase el considerando vigésimo de la sentencia Rol 1683-10-INA, Pronunciada por el citado Tribunal Constitucional, bajo la ponencia de la Ministra Marisol Peña Torres.

³¹ Tesis jurisprudencial 1a./J. 43/2016 (10a.), registro 2012505, emitida en la décima época, por la Primera Sala de la SCJN, bajo las ponencias de los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y José Ramón Cossío Díaz, de rubro "DERECHOS FUNDAMENTALES. SU DIMENSIÓN SUBJETIVA Y OBJETIVA".

³² Tolé Martínez, Julián, *Op. cit.*

dogmática constitucional terminan permeando, orientando, encauzando, actualizando, adaptando, e incluso reciclando a las restantes normas e instituciones del sistema.

En ese orden de ideas, las interpretaciones conforme y *pro persona*, la tutela *ex officio* de los derechos fundamentales, y, el llamado activismo judicial, de algún modo resultan ser avatares de la referida dimensión objetiva.³³

³³ Respecto de la interpretación conforme, Alfonso Da Silva expone que “cuando se habla de interpretación conforme a la Constitución, se quiere decir con esto que, cuando hay más de una interpretación posible para un dispositivo legal, se debe dar preferencia a aquella que sea conforme a la Constitución” (Alfonso Da Silva, Virgilio, *La interpretación conforme a la Constitución. Entre la trivialidad y la centralización judicial*, en “Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional”, num. 12, enero-junio de 2005. Visible en el siguiente sitio de internet: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5723/7505> (consultado el 18 de abril de 2023). En relación a dicha interpretación, la Primera Sala del más Alto Tribunal de la Nación ha dicho que: “A juicio de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la supremacía normativa de la Constitución no se manifiesta sólo en su aptitud de servir como parámetro de validez de todas las demás normas jurídicas, sino también en la exigencia de que tales normas, a la hora de ser aplicadas, se interpreten de acuerdo con los preceptos constitucionales; de forma que, en caso de que existan varias posibilidades de interpretación de la norma en cuestión, se elija aquella que mejor se ajuste a lo dispuesto en la Constitución...” (Tesis jurisprudencial, 1a./J. 37/2017 (10a.), registro 2014332, emitida en la décima época, bajo las ponencias de los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo, de rubro “INTERPRETACIÓN CONFORME. NATURALEZA Y ALCANCES A LA LUZ DEL PRINCIPIO PRO PERSONA”).

En relación a la interpretación *pro persona* y la tutela *ex officio* de los derechos fundamentales, resulta interesante en contenido del siguiente precedente judicial:

“De conformidad con lo previsto en el artículo 10. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, sino también por aquellos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado Mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se conoce en la doctrina como principio *pro persona*. Estos mandatos contenidos en el artículo 10. constitucional, reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011, deben interpretarse junto con lo establecido por el diverso 133 para determinar el marco dentro del que debe realizarse el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial, el que deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en nuestro país. Es en la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el artículo 10. constitucionales, en donde los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior. Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 105 y 107 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia” (tesis aislada, P. LXVII/2011(9a.), registro 160589, emitida en la novena época, bajo la ponencia de la ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, encargándose del engrose el ministro José Ramón Cossío Díaz, de rubro “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD”).

En lo relativo al activismo judicial Feoli Villalobos indica que “es un tipo de relación que establecen los jueces con las personas y con los otros órganos del Estado, a partir de una decisión caracterizada por delimitar los alcances de las normas jurídicas, estableciendo significados que no surgen de la literalidad de esas normas, y que pueden incluir la definición de políticas públicas o la invalidación de las decisiones o de las políticas públicas diseñadas por otros órganos estatales. Hay, pues, un núcleo esencial referido a la delimitación interpretativa de los alcances de una norma jurídica, sin apegarse a su literalidad, y a ese núcleo pueden agregarse tanto la anulación de las decisiones adoptadas por otro órgano del Estado como la definición de políticas públicas por el propio juez” (Feoli Villalobos, Marco, *El nuevo protagonismo de los jueces: una propuesta para el análisis del activismo judicial*, visible en el siguiente sitio de internet: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=50718-97532015000200006 (consultado el 24 de abril de 2023). Un ejemplo de activismo judicial, puede encontrarse, en mi opinión, en el amparo en revisión 1359/2015, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 15 de noviembre de 2017, bajo la ponencia del ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, donde respecto de la omisión de legislar en materia de gasto de comunicación social del Poder Ejecutivo, ordenada en la Constitución, determinó que:

“SEXTO...

...

Me parece también que al efecto de esa dimensión objetiva no escapan incluso las normas de las demás zonas de la Constitución (zona orgánica y en su caso zona proyecto de nación). En esa línea, en una óptica extrema, evocando a Otto Bachof,³⁴ podría quizá pensarse en alguna posibilidad de normas constitucionales inconstitucionales, cuando dispositivos de la zona orgánica o de la zona proyecto de nación colisionaren con los de la zona dogmática. En una óptica modulada, podría decirse que la citada impregnación más bien termina compatibilizando o empatizando a las normas e instituciones de la zona orgánica y en su caso de la zona proyecto de nación con los derechos fundamentales.

En relación a lo anterior, referiré, como ejemplos, dos casos del sistema mexicano pronunciados en la última década, donde en aplicación de la interpretación *pro persona* (que como se ha dicho se presenta como uno de los avatares de la dimensión objetiva) se han hecho primar ciertas normas constitucionales, de la parte dogmática, por sobre otras, de la parte orgánica, materializando un efecto de impregnación horizontal de aquellas sobre estas.

Así, en la acción de inconstitucionalidad 155/2007, resuelta el 7 de febrero de 2012 por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se apreció una colisión entre normas constitucionales (orgánicas) y normas convencionales (dogmáticas), donde las primeras possibilitaban imponer la sanción de trabajos forzados en sede administrativa, mientras las segundas lo restringían exclusivamente a sede jurisdiccional.

Dicha Corte tuvo *vis a vis* el contenido del párrafo cuarto del artículo 21 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* que faculta a la autoridad administrativa para aplicar sanciones “por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa, arresto hasta por treinta y seis horas o en trabajo a favor de la comunidad” con el contenido de los artículos 2.2,³⁵ inciso c) del *Convenio Internacional del*

...esta Primera Sala entiende que la falta de reglas claras y transparentes que establezcan los criterios con los cuales se asigna el gasto de comunicación social de las distintas instancias de gobierno —omisión atribuible al Congreso de la Unión— constituye un medio de restricción indirecta a la libertad de expresión prohibido por los artículos 7 de la Constitución y 13.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Para esta Suprema Corte, la ausencia de esta regulación propicia que la política de gasto en comunicación social canalice los recursos fiscales hacia medios afines a las posiciones del gobierno y niegue el acceso a esos recursos —o simplemente se amenace con restringirlo— a los medios de comunicación que son críticos con las políticas del gobierno.

...

...Por lo demás, esta Suprema Corte advierte que este estado de cosas inconstitucional también tiene un efecto disuasivo en el ejercicio de la libertad de expresión de los medios de comunicación en general, toda vez que las afectaciones financieras que sufren los medios críticos pueden llevar a los demás a adoptar posiciones deferentes con el gobierno con la finalidad de no perder los recursos asignados a la difusión publicidad oficial.

...

SÉPTIMO. Efectos de la concesión...

...

...esta Primera Sala concede el amparo para el efecto de que el Congreso de la Unión cumpla con la obligación establecida en el artículo tercero transitorio del decreto de la reforma constitucional de 10 de febrero de 2014 y, en consecuencia, proceda a emitir una ley que regule el párrafo octavo del artículo 134 de la Constitución antes de que finalice el segundo periodo ordinario de sesiones de este último año de la LXIII Legislatura, es decir, antes del 30 de abril de 2018”.

34 Cfr. Bachof, Otto, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, Ed. Palestra, Perú, 2008, pp. 53 a 71.

35 “...a los efectos del presente Convenio, la expresión «trabajo forzoso u obligatorio» no comprende:... c) cualquier trabajo o servicio que se exija a un individuo en virtud de una condena pronunciada por sentencia judicial...”.

Trabajo No. 29 relativo al Trabajo Forzoso u Obligatorio; 8.3,³⁶ incisos a), b) y c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y 6³⁷ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que esencialmente prohíben el “trabajo forzoso u obligatorio” salvo que sea impuesto “en cumplimiento de una sentencia o resolución formal dictada por la autoridad judicial competente”, destacándose que éstas últimas normas convencionales se integran, en México, a la zona dogmática de su Constitución por virtud de la adopción del modelo de *bloque de constitucionalidad*.

Así las cosas, la Suprema Corte resolvió que:

CONSIDERANDO

...

QUINTO

...

... dado que el estándar internacional establece una mayor protección a la persona humana que el contenido de la Constitución Federal respecto al derecho humano a la libertad de trabajo, esta Suprema Corte determina que el parámetro de validez las (sic) normas que integran el ordenamiento jurídico mexicano es el siguiente: sólo podrán imponerse como penas a los particulares la realización de trabajos forzados u obligatorios, mediante una condena que derive de una autoridad jurisdiccional.

67

³⁶ “8...

3.

- a) Nadie será constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio;
- b) El inciso precedente no podrá ser interpretado en el sentido de que prohíbe, en los países en los cuales ciertos delitos pueden ser castigados con la pena de prisión acompañada de trabajos forzados, el cumplimiento de una pena de trabajos forzados impuesta por un tribunal competente;
- c) No se considerarán como “trabajo forzoso u obligatorio”, a los efectos de este párrafo:
 - i) Los trabajos o servicios que, aparte de los mencionados en el inciso b), se exijan normalmente de una persona presa en virtud de una decisión judicial legalmente dictada, o de una persona que habiendo sido presa en virtud de tal decisión se encuentre en libertad condicional;

...

³⁷ “Artículo 6°. Prohibición de la esclavitud y servidumbre

- 1. Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre y tanto estas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas.
- 2. Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. En los países donde ciertos delitos tengan señalada la pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzados, esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de dicha pena impuesta por juez o tribunal competente. El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluso.
- 3. No constituyen trabajo forzoso u obligatorio, para los efectos de este artículo:
 - a) los trabajos o servicios que se exijan normalmente de una persona reclusa en cumplimiento de una sentencia o resolución formal dictada por la autoridad judicial competente. Tales trabajos o servicios deberán realizarse bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas, y los individuos que los efectúen serán puestos a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado;
 - b) el servicio militar y, en los países en donde se admite exención por razones de conciencia, el servicio nacional que la ley establezca en lugar de aquél;
 - c) el servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la existencia o el bienestar de la comunidad, y
 - d) el trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales”.

...

Consecuentemente, en el caso concreto que nos corresponde analizar, debemos aplicar el estándar internacional antes aludido a los artículos 72, fracción V, y 73, fracción V, de la Ley de Prevención de Adicciones y el Consumo Abusivo de Bebidas Alcohólicas y Tabaco del Estado de Yucatán impugnados, que establecen una sanción administrativa, por reincidencia, consistente en trabajos a favor de la comunidad, al padre o tutor responsable que desatienda los programas terapéuticos de sus hijos; y, a quienes impidan u obstaculicen la realización de actos que tengan por objeto verificar el cumplimiento de las disposiciones de la ley, conforme a lo previsto en el artículo 68, fracciones XII y XIV, del referido ordenamiento.

De la aplicación de este estándar como parámetro de control se concluye que debe declararse la invalidez de los artículos impugnados...

Otro caso interesante en esa línea es la sentencia del amparo en revisión 203/2017, relacionada con los amparos en revisión 204/2017, 205/2017 y 206/2017 (caso Ayotzinapa), resuelta el 31 de mayo de 2018 por el Primer Tribunal Colegiado del Decimonoveno Circuito, que nos presenta un asunto donde en seguimiento a la fuerza vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,³⁸ se ordenó la creación de una Comisión de Investigación para la Verdad y la Justicia, que, en substitución del Ministerio Público debería investigar hechos delictivos respecto a los que se consideró que dicho Ministerio Público no era independiente ni imparcial, lo anterior no obstante que la Constitución mexicana dispone categóricamente en los dos primeros párrafos de su artículo 21 que “la investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función”.

68

Así las cosas, el Tribunal Colegiado resolvió que:

CONSIDERANDO

...

1126. Entonces, debido a que en México lamentablemente no contamos con una Fiscalía independiente, se considera que el mecanismo a implementar en el caso concreto, a fin de contrarrestar y superar los defectos en la investigación, consiste en permitir que sean las propias víctimas, en específico los familiares de los estudiantes desaparecidos, a través de sus representantes, quienes dirijan la investigación, desde luego, con la participación del Ministerio Público; en la inteligencia de que para dotar de soporte profesional, técnico y administrativo a las víctimas, éstas deberán ser asistidas en todo momento por un organismo autónomo, como lo es la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

...

1128. De ese modo, entre el Ministerio Público, los representantes de las víctimas y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, se integrará una comisión, con permanente y

³⁸ Caso Favela Nova Brasilia contra Brasil, de 16 de febrero de 2017.

estrecha relación, especialmente entre estos dos últimos, a la que para efectos de mayor precisión y claridad, se denominará Comisión de Investigación para la Verdad y la Justicia (Caso Iguala).

1129. Sobre el tema se pronunció la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al dictar la sentencia de 16 de febrero de 2017, en el Caso Favela Nova Brasilia contra Brasil, en la que indicó que en los supuestos en que se sospecha la participación de funcionarios estatales, la investigación pudiera no ser independiente, a menos que se cree una comisión indagadora especial, o algún procedimiento semejante.

...

1131. Cabe precisar que en el caso, la referida comisión se podrá fortalecer con la integración y participación de otras organizaciones de derechos humanos, tanto nacionales como internacionales, tales como la Organización de las Naciones Unidas, entre otras, lo cual será decisión de los representantes de las víctimas y de la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

...

1140. En ese punto, el Ministerio Público estará en aptitud de sugerir líneas de investigación o pruebas, pero la decisión sobre su admisión, corresponderá a los representantes de las víctimas y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

...

1144. Entonces, en el presente caso, la averiguación previa seguirá incumbiendo al Ministerio Público, pero actuará de manera conjunta con las víctimas, quienes estarán en todo momento acompañadas por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

...

1146. Ante ello, es necesario que la investigación sea asignada a Fiscales diversos a los que hasta ahora han estado al frente o participado en la averiguación previa.

...

1179. Por otra parte, no se desconoce que para el debido funcionamiento de la Comisión de Investigación para la Verdad y la Justicia (Caso Iguala), será indispensable que el propio Estado mexicano le destine los recursos económicos necesarios.

1180. En tal virtud, con apoyo en lo dispuesto en el artículo 74, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es importante que el Titular del Ejecutivo Federal, así como la Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión, adopten las medidas necesarias para que la referida comisión, cuente con los recursos presupuestarios correspondientes.

...

Así, en los casos antes expuestos la Corte operó el efecto impregnador de los derechos fundamentales, adaptando la interpretación normativa y la función de las instituciones del estado para dar efectividad al contenido esencial de dichos derechos.

V. REFERENCIAS DE INVESTIGACIÓN

- Aldunate Lizana, Eduardo, citado por Aguilar Cavallo, Gonzalo, en Derechos fundamentales-derechos humanos. ¿Una distinción válida en el siglo XXI?, *Revista Jurídica. Boletín mexicano de derecho comparado*, No. 127, enero-abril, México, 2007. Visible en el siguiente sitio de internet: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/127/art/art1.htm#N10> (consultado el 21 de marzo de 2023)
- Alexy, Robert, *Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*. Visible en el siguiente sitio de internet: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf> (consultado el 26 de abril de 2023).
- Alfonso Da Silva, Virgílio, La interpretación conforme a la Constitución. Entre la trivialidad y la centralización judicial, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, num. 12, enero-junio de 2005. Visible en el siguiente sitio de internet: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5723/7505> (consultado el 18 de abril de 2023).
- Bachof, Otto, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, Ed. Palestra, Perú, 2008.
- Buscador de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, visible en el siguiente sitio de internet: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/index.cfm?lang=es> (consultado hasta el 17 de mayo de 2022).
- Buscador de sentencias mexicanas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en el siguiente sitio de internet: <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/TematicaPub.aspx> (consultado hasta el 17 de mayo de 2023).
- Buscador de sentencias mexicanas del Sistema Integral de Seguimiento de Expedientes (SISE) del Consejo de Judicatura Federal, visible en el siguiente sitio de internet: <http://sise.cjf.gob.mx/consultasvp/default.aspx> (consultado hasta el 17 de mayo de 2023).
- Buscador de tesis aisladas y jurisprudencia mexicana del Poder Judicial de la Federación, visible en el siguiente sitio de internet: <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Paginas/tesis.aspx> (consultado hasta el 17 de mayo de 2023).
- Buscador de Tratados Internacionales celebrados por el estado México, visible en el siguiente sitio de internet: https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/consulta_nva.php (consultado hasta el 17 de mayo de 2023).
- Carpizo, Jorge, Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derechos Constitucional*, num. 25, julio-diciembre de 2011. Visible en el siguiente sitio de internet: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5965/7906> (consultado el 14 de abril de 2023).
- Cilia López, José Francisco, *Los derechos humanos y su repercusión en el control de constitucionalidad y de convencionalidad*, Ed. Porrúa, ed. 1ª, México, 2015.
- Coello Garcés, Clicerio, *El estado democrático postnacional. Dimensiones actuales del principio de soberanía y ciudadanía*, Ed. Tirant lo Blanch, ed. 1ª, México, 2013.
- Constitución de la República del Ecuador.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Feoli Villalobos, Marco, *El nuevo protagonismo de los jueces: una propuesta para el análisis del activismo judicial*, visible en el siguiente sitio de internet: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_art-text&pid=S0718-97532015000200006 (consultado el 24 de abril de 2023)

Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Ed. Trotta, ed. 8ª, México, 2019.

Fioravanti Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Ed. Trotta, ed. 7ª, España, 2016.

Ospina Mejía, Laura, *Breve aproximación al “bloque de constitucionalidad” en Francia*. Visible en el siguiente sitio de internet: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/elementos-de-juicio/article/view/10252/9336> (consultado el 15 de abril de 2023).

Pérez Luño, Antonio Enrique, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, España, 2005.

Salem Gesell, Catalina, La dimensión objetiva de los derechos fundamentales como parámetro de legitimidad material en el Estado Constitucional de Derecho, en *Revista de Derecho Público*, num. 86, Universidad de Chile, 2017. Visible en el siguiente sitio de internet: <file:///Users/ricardotapia/Downloads/47246-1-167375-1-10-20170901.pdf>(consultado el 16 de abril de 2023).

Schwabe, Jürgen, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, Ed. Konrad Adenauer Stiftung, México, 2009.

Sentencia ECLI:ES:TC:1981:25, pronunciada por el Pleno del Tribunal Constitucional Español relativa a la resolución de un recurso de inconstitucionalidad, bajo la ponencia del magistrado Antonio Truyol Serra.

Sentencia ECLI:ES:TC:1985:53, pronunciada por el Pleno del Tribunal Constitucional Español, relativa a la resolución de un recurso previo de inconstitucionalidad, bajo la ponencia de los magistrados Gloria Begué Cantón y Rafael Gómez-Ferrer Morant.

Sentencia EXP. N° 3330- 2004-AA/TC, pronunciada por el Pleno del Tribunal Constitucional del Perú (sin datos del ponente).

Sentencia No. 11-18-CN/19 (matrimonio igualitario), pronunciada el 12 de junio de 2019 por Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador, bajo la ponencia del juez Ramiro Ávila Santamaría.

Sentencia Rol 1683-10-INA, Pronunciada por el citado Tribunal Constitucional de Chile, bajo la ponencia de la Ministra Marisol Peña Torres.

Seoane, José Antonio, *Todo exceso es insano, también para el derecho*. Visible en el siguiente sitio de internet: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5600126> (consultado el 22 de marzo de 2023).

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La protección no jurisdiccional de los derechos humanos*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2008.

Tolé Martínez, Julián, La teoría de la doble dimensión de los derechos fundamentales en Colombia. El estado de cosas inconstitucional, un ejemplo de su aplicación, en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, número 15, julio-diciembre de 2006. Visible en el siguiente sitio de internet: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5777/7610> (consultado el 16 de abril de 2023).

CONSIDERACIONES SOBRE LOS ACUERDOS EN LA GESTACIÓN SUSTITUTA

Dra. Graciela Quiñones Bahena¹

Resumen: Las técnicas de reproducción asistida presentan una trascendente evolución en la historia de la humanidad, sin embargo, a su paso también representan conflictos jurídicos, el objetivo principal de este trabajo de investigación es reconocer cuáles son las problemáticas de este fenómeno.

Palabras clave: Gestación sustituta, conflictos jurídicos, derechos.

Abstract: The technicians of the gestational surrogate are one of the most transcendence evolution in human history, however, the gestational surrogate comes with so many legal conflicts. The principal purpose of this research it is about to recognize which are the legal conflicts of this phenomenon.

Keywords: gestational surrogate, legal conflicts, rights.

72

INTRODUCCIÓN

Las técnicas de reproducción asistida han presentado una de las más trascendentes revoluciones en la historia de la especie humana, al modificar de forma irreversible lo que quizá es nuestro patrón de comportamiento más enraizado en instintivo. Por esta razón, las actitudes iniciales ante la fecundación “in vitro en Gran Bretaña recordaron, tristemente, la airada controversia desencadenada con motivo de la publicación de Darwin sobre la evolución de las especies.²

Sin embargo, la sociedad, aunque algo lenta, es sabia y razonable, se comporta de forma lógica y civilizada, después de filtrar la información recibida, acaba adoptando posturas admirables llenas de sentido común. En cambio, nuestros representantes legales deben proteger al cuerpo social y defender sus intereses políticos y, con estas finalidades, aprueban leyes que, con frecuencia, contienen aspectos contradictorios con las conclusiones populares. Y en consecuencia los médicos y científicos, no siendo juristas, nos encontramos a menudo del lado mayoritario de la sociedad.³

Hay que señalar también, que los graves conflictos jurídicos que plantean estas prácticas hacen que sean varios los casos que especialmente en Inglaterra, Alemania y Francia, han lle-

¹ Doctora en Derecho y Globalización con mención honorífica por la Universidad Autónoma del Estado de Morelos. Profesora de Tiempo Completo y Directora de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de dicha universidad. Correo electrónico: graciela.quinones@uaem.mx

² Abellán Fernando, *Reproducción humana asistida y responsabilidad médica (Consideraciones legales y éticas sobre casos prácticos)*, Editorial Comares, 1ª Edición, Granada 2001.

³ *Idem.*

gado a los Tribunales, prohibiendo con frecuencia las autoridades competentes la actuación de asociaciones dedicadas al alquiler de vientres.

Muchas opiniones sobre el tema se ha vertido, tal como se ha analizado a lo largo de este trabajo, ahora es importante señalar cuál es la postura que se debe tomar en base a las anteriores consideraciones, porque la gestación sustituta pocas veces estudiada y mayormente criticada, es un fenómeno que existe, que hoy con el internet afecta a todas las naciones y parejas heterosexuales u homosexuales pueden acceder a ella, relacionándose con cualquier mujer en el mundo para tener un hijo por esta vía.

I. GESTACIÓN SUSTITUTA: ACTO O NEGOCIO JURÍDICO FAMILIAR

Cuando nos referimos a la gestación sustituta, difícil resulta conceptualizarla, sin embargo, podemos decir que es un acto jurídico. El conflicto de los doctrinarios radica en que no podemos mercantilizar al objeto producto de la gestación sustituta como se analizará más adelante.

Atendiendo a lo mencionado por Vela Sánchez,⁴ algunos sectores doctrinales suscitan el asunto de la posible licitud —por falta de argumento sólido en contra— del convenio de maternidad subrogada si se realiza de forma altruista o desinteresada, sin que los gastos médicos o de asistencia a la mujer gestante durante el embarazo deban teñir de retribuida y hacer perder a la operación carácter de liberalidad.

En sí misma considerada, la maternidad subrogada no debe juzgarse como algo diabólico y perverso, ni como la sistemática comercialización del embarazo, ya que también hay supuestos en que su realización se fundamenta en legítimos actos de altruismo y solidaridad. En consecuencia, la actitud permisiva en esta sede es mucho más razonable que la prohibitiva, aunque por supuesto, deban excluirse los convenios relativos a la gestación por sustitución que tengan carácter oneroso.

Y es precisamente lo que nos tiene en este punto, el convenio, porque para muchos no debería existir contrato alguno en el que se ponga de por medio la dignidad humana, pero entonces, ¿que mecanismos jurídicos existen para llegar a la plenitud de la persona a través de la procreación humana, cuando esta es su deseo y la considera fundamental para sentirse pleno?.

Los autores clásicos como Belluscio, Zannoni, definen al acto jurídico familiar como el acto voluntario lícito que tiene por finalidad crear, modificar, ejercer, conservar o extinguir relaciones jurídicas familiares. Por otro lado, la noción de negocio jurídico, dice Von Tur, es igual en todas las partes del derecho privado. Así hay negocios jurídicos del derecho patrimonial, del derecho hereditario y del derecho de familia.⁵

En todo acto jurídico encontramos una manifestación de voluntad, es decir, la exteriorización de un propósito que puede efectuarse por una declaración de voluntad, o bien, por actos

⁴ Vela, Sánchez, J. Antonio, *Maternidad subrogada: Estudio ante un reto normativo*, 1ª edición, Comares, España, 2012, p. 30

⁵ Von Thur, Andrea, *Derecho civil Vol. III Los Hechos jurídicos*, Editorial Marcial Pons, 1ª edición, Francia, 2005, p. 324.

que revelen en el sujeto la intención de llevar a cabo acciones que el derecho reconoce y a las cuales imputa determinadas consecuencias.

Pero cuando hablamos de gestación sustituta, habrá que remontarnos al concepto de Vela Sánchez

El convenio de gestación por sustitución es un negocio jurídico especial de Derecho de Familia, oneroso o gratuito, formalizado en documento público notarial, por el que una mujer, con plena capacidad de obrar, consiente libremente en llevar a cabo la concepción —mediante técnicas de reproducción asistida— y gestación, aportando o no su óvulo, con el compromiso irrevocable de entregar el nacido —cuyo origen biológico debe constar claramente— a los otros intervinientes, que pueden ser sujetos individuales o una pareja, matrimonial o de hecho, plenamente capaces y de los cuales al menos uno sea aportante de material genético, salvo en los supuestos expresamente previstos legalmente.⁶

Para ello, analizaremos brevemente el negocio jurídico. “El negocio es un acto de voluntad autorizada por el ordenamiento para perseguir un fin propio”.⁷

Es decir, considera suficiente tomar en cuenta la intervención de la voluntad, presencia o ausencia de ella, en dos momentos: uno, en la realización del acontecimiento en que el hecho, el acto o el negocio pueden consistir y; dos, en la producción de las consecuencias jurídicas. En el hecho no interviene la voluntad ni en la realización del acontecimiento ni en la producción de las consecuencias; en el acto de la voluntad interviene solo en la realización del acontecimiento, más no en la producción de efectos, no obstante lo cual éstos producen; en cambio en el negocio, la voluntad interviene en los dos momentos, es decir en la realización del acontecimiento y en la producción de las consecuencias jurídicas.

Los efectos o eficacia del negocio son los cambios o alteraciones que él produce en el mundo exterior. Estos efectos pueden aparecer de varias maneras, a saber:⁸

1. El negocio tiene fuerza obligatoria, pilar éste en el que, junto con la libertad de negociación, se sustenta la autonomía privada.⁹
2. El negocio produce efectos necesarios y voluntarios. Los primeros son impuestos por la ley imperativa, una vez que las partes eligieron el tipo. Los segundos, pueden ser modificados o mudados por los agentes, y sólo para el caso de silencio de éstos, dichos efectos entran a jugar suplo —formando parte integrante del contenido del acto— (son los clásicos elementos naturales).¹⁰

6 Vela, Sánchez, J. Antonio, *O p.* 2012, p. 53.

7 Así lo definía el artículo 944 del Código Civil argentino, según cita de Vidal Ramírez, Fernando, en “El acto jurídico y el negocio jurídico en nuestra codificación civil”, visible en: <http://asesoriarivera.blogspot.com/2010/08/el-acto-juridico-y-el-negocio-juridico.html> (consultado el 30 de julio de 2023)..

8 Díez-Picazo, L. *Instituciones de derecho civil. Parte general y derecho de obligaciones*, Editorial Tecnos, Madrid, 1970, p. 260-269.

9 Díez-Picazo, L. *Instituciones de derecho civil... Op. Cit.* p. 262.

10 *Idem.*

3. El negocio tiene eficacia reglamentaria en cuanto establece reglas privadas —las cuales, en su conjunto, componen el contenido del acto— (son los clásicos elementos naturales) ¹¹
4. El negocio incide en el campo del derecho creando, modificando o extinguiendo relaciones jurídicas.¹²
5. El negocio produce efectos definitivos y efectos preliminares. Aquellos tienen lugar cuando un supuesto jurídico compuesto o complejo se integró en su totalidad. Los efectos preliminares, también llamados prodrómicos, aparecen en caso de que falte algún acontecimiento para completar ciertos supuestos jurídicos.¹³
6. Los efectos pueden examinarse en relación con las partes y con los terceros. Se habla de efectos directos y efectos indirectos. En general los efectos indirectos repercuten sobre las partes y limitados terceros. Comúnmente, a los terceros les alcanza una eficacia indirecta que, según el citado autor español, puede ser refleja o provocada.¹⁴

Vela Sánchez¹⁵ considera fundamental, en el convenio de gestación sustituta, a saber, su constancia en documento público notarial, y otro que puede ser muy discutible —pero en la práctica casi imprescindible—, esto es, la posibilidad de que medie una contraprestación económica. Este carácter oneroso, así como la índole conmutativa del convenio, en cuanto cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa, como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez, permite que exista responsabilidad en caso de incumplimiento contractual.

Se trata de un convenio en cuanto interviene la voluntad humana, pero como puede apreciarse, se califica dicho convenio como “negocio jurídico especial de Derecho de Familia”, con lo que se pretende destacar su singularidad en nuestro ordenamiento jurídico, su carácter de interés público —esencialmente, afrontar su consideración como genérico, contrato civil y la aplicación del régimen general de nulidad de éste. Si el convenio de gestación por sustitución se considera como un contrato civil normal se podría alegar que su objeto es la vida de un ser humano y solicitarse su nulidad absoluta. Su índole especial y su finalidad de interés público excepcionarían su nulidad pero, para reforzar su viabilidad, sería conveniente reformar el Código Civil en alguno países.¹⁶

¹¹ *Idem.*

¹² *Idem.*

¹³ *Idem.*

¹⁴ Díez-Picazo, L. *Instituciones de derecho civil. Parte general y derecho de obligaciones*, Op. Cit., p. 268.

¹⁵ Vela, Sánchez, J. Antonio, *Maternidad subrogada: Estudio ante un reto normativo*, Op. Cit., p. 75.

¹⁶ *Idem.*

II. CONSIDERACIONES EN LOS ACUERDOS SOBRE GESTACIÓN SUSTITUTA

Habría que señalar que los acuerdos económicos de gestación sustituta se encuentran prohibidos en casi todo el mundo, en los pocos países que se regula, el costo por esta técnica de reproducción artificial se disfraza, para ocultar el verdadero precio que se le da y es precisamente por ello que urge una regulación a nivel internacional, porque como ha quedado señalado a lo largo de este estudio, es un problema global de interculturización. Atendiendo a esto encontramos que en la práctica, las cláusulas de los contratos son de tres tipos:

- a) de carácter médico
- b) de carácter económico
- c) de contingencias

Los problemas de cumplimiento, allí donde se admiten estas técnicas, son básicamente seis:

- a) Que la madre subrogada cambie de opinión y finalmente decida no entregar al nacido
- b) Que el nacido padezca algún defecto y la pareja solicitante decidida que no lo acepta
- c) Que la mujer gestante desee quedarse con el niño¹⁷
- d) Que antes del nacimiento se detecte en el niño una anomalía y se solicite el aborto terapéutico, negándose a ello la gestante
- e) Que la pareja estéril se divorcie durante el embarazo, problema especialmente grave si la esposa no había aportado el óvulo
- f) Que como consecuencia del parto la gestante muera

¹⁷ En su momento fue muy famoso el ya mencionado caso comúnmente llamado “Baby M”. se trataba de un matrimonio que a través del “Infertility Center for New York”, contrataron con una mujer casada un contrato de maternidad subrogada. Fruto de la gestación fue una niña, que fue acogida a los tres días de su nacimiento por el matrimonio que había recurrido a tal técnica los señores STERNS y al día siguiente la madre de alquiler la señora Whitehead, que en realidad era la auténtica madre, pues se había engendrado por inseminación artificial, la volvió a recuperar tras una acalorada discusión. Varios de los puntos que se pueden destacar en este caso:

- 1.- se había engendrado a través de inseminación artificial con semen del señor Stern.
 - 2.- el marido de la señora Whitehead no había consentido la inseminación para así no quedar vinculado con la paternidad.
 - 3.- se contrató a través de la agencia un precio de \$10,000 que los señores Sterns dicen haber pagado, pero que la señora Whitehead dice no haber recibido.
 - 4.- la señora Stern dice ser estéril, la señora Whitehead, dice que la señora Stern no quiso procrear por razones profesionales.
- La Corte Suprema del Estado de Nueva Jersey, en febrero de 1998 declaró nulo el contrato de sustitución, lo calificó de ilegal, quizá criminal y potencialmente degradante para las mujeres.
- La niña se quedó con la familia Stern, ya que Mr. Stern era el padre biológico, y padecía que podía proporcionar un mejor hogar a la niña; no olvidemos que los señores Whitehead eran humildes e incultos y el señor y la señora Stern eran, respectivamente bioquímico y pediatra. Vid. Mas ampliamente comentado este caso en Silva-Ruiz, P.F., “el contrato de maternidad sustituta o suplente o subrogada, la maternidad de alquiler”, Separata 1.447 del *Boletín del Ministerio de Justicia*, p.4; y Lledó Yegüe, F., “el alquiler de úteros y el problema de las madres sustitutas o por encargo”, II Congreso Mundial Vasco, sobre filiación, T. II edición Rústica, Vitoria, 1987, pp. 72 y ss.

En base a estos problemas que se presentan encontramos distintas complicaciones, y quizá la base para que no sea permitida en muchos países los problemas dentro del punto de vista del derecho internacional son más fuertes, en cuestión de adopción, filiación. Además de que las cláusulas no son determinantes en estos pactos, careciendo de obligatoriedad para las partes por lo que puede desencadenar en abandono de persona, al no reunir las características deseadas cuando hablamos de enfermedades congénitas;¹⁸ algunos de los bebés son abandonados por sus padres biológicos dejándolos en el lugar de nacimiento a las agencias de reproducción o bien con la gestante.

El contrato hasta hoy conocido como “de maternidad subrogada”, aunque ha quedado claro a lo largo de esta investigación que el término adecuado por los diversos supuestos que presenta está técnica es “gestación por sustitución”; presenta un problema muy peculiar la llamada subrogación de útero, el niño sería genéticamente hijo de la donante del óvulo, pero obstétricamente o biológicamente habría sido madurado en el seno de la mujer que, al dar a luz, vendría considerada por el Derecho —tal y como ahora están las cosas, incluso después de la Ley 35/1988. art. 10 - como madre ya que el hecho del parto y la identidad del hijo son los presupuestos legales de la maternidad, esto en la legislación española¹⁹

77

El contexto en que refiere Lledó, la realización de un contrato, es interesante, aunque desde nuestro particular punto de vista, se ha manifestado que, en el caso de la gestación sustituta, no puede ser un contrato, un ser humano no es susceptible de pertenecer al comercio.

Por lo tanto, se presenta en este caso una disociación entre lo genético y lo obstétrico, que oscurece el presupuesto biológico que tiene en cuenta la legislación vigente como soporte de la maternidad. El que, después, esta situación se apoye o no en un contrato oneroso tiene ya una influencia relativa en la decisión. Se habla de “alquiler de útero”, con un cierto tono peyorativo pero la cuestión en realidad es si puede o debe admitirse la subrogación, aun cuando esto constituya una verdadera donación, un acto desinteresado o incluso totalmente generoso.

Este rechazo suele ser general en la sociedad, desde sectores médicos hasta los juristas, y sobre todo los moralistas. Es evidente que la solución a las varias problemáticas que presenta la maternidad subrogada no resulta fácil. Ante todo, deberá considerarse la licitud jurídica del objeto de los contratos de maternidad subrogada, el Código Civil Federal mexicano define como convenio al acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.

18 Gittelsohn A., Milham S. Statistical study of twins-methods. *Am. J. Public Health Nations Health*, número 54 1964 p. 286-294. Una enfermedad congénita es aquella que se manifiesta desde el nacimiento, ya sea producida por un trastorno ocurrido durante el desarrollo embrionario, durante el parto, o como consecuencia de un defecto hereditario.

Las exposiciones a productos químicos en el medio ambiente pueden perjudicar la función reproductiva humana de muchas maneras. Los sistemas reproductivos masculinos y femeninos son importantes sistemas de órganos, los cuales son sensibles a numerosos agentes químicos y físicos. La amplia gama de resultados reproductivos adversos incluye una reducción en la fertilidad, abortos espontáneos, bajo peso al nacer, malformaciones y deficiencias del desarrollo.

19 Lledó, Yagüé Francisco, *Cuadernos de derecho judicial, La filiación: su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, p. 516.

En los contratos de gestación sustituta tenemos tres elementos distintos de los cuales es ilícito disponer. En primer lugar, de los embriones que están siendo sujetos de intercambio; en segundo lugar, del cuerpo de la mujer, y en tercer lugar, de la filiación.²⁰

Para poder llevar a cabo la gestación sustituta, los padres contratantes necesitan que la mujer gestante preste su cuerpo en general, y en particular su útero.²¹ El cuerpo humano, así como los elementos que lo componen, no pueden ser objeto ni materia de ningún tipo de transacción porque no pueden calificarse como una “cosa”, en virtud de que es parte esencial de los individuos cuyo respeto es presupuesto de su dignidad y, por tanto, sujeto de derecho.²²

Los contratos sólo se hacen con respecto a objetos o bienes económicos en disponibilidad de transacción, es decir, que se encuentran dentro del comercio y no sobre personas o partes de su cuerpo. Disponer del cuerpo humano contraviene la más elemental regla de orden público, el respeto a la integridad y al valor de la persona humana.

A esto se le debe agregar lo dispuesto en el artículo 327 de la Ley General de Salud de nuestro país, donde se prohíbe cualquier tipo de transacción comercial con cualquier elemento del cuerpo humano. Así, bajo la legislación mexicana, no es lícito disponer del cuerpo ni de la capacidad reproductiva de cualquier persona.

78

Aunado a esto, la gestación sustituta implica la renuncia por parte de la mujer gestante de todos sus derechos filiales a favor de la pareja contratante. En el caso de la gestación parcial, la madre sustituta cederá la patria potestad y la custodia a favor del padre biológico y consentirá la adopción por parte de la madre contratante. Esta renuncia no puede darse en nuestro sistema jurídico.

En México, todos los derechos y obligaciones de familia son irrenunciables, intransferibles y no están sujetos a negociación, pues para el legislador mexicano las cuestiones de familia tienen un tratamiento especial y prioritario, ya que se les considera de orden público e interés social, como lo dispone el artículo 338 del Código Civil Federal y del Código Civil para el Distrito Federal.²³

Código Civil Federal: ARTICULO 338.- No puede haber sobre la filiación, ni transacción ni compromiso en árbitros.

Código Civil para el Distrito Federal: Artículo 338. La filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando a núcleo social primario de la familia; por lo tanto, no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción, o sujetarse a compromiso en árbitros.

20 Romano, L. *Procreazione Assistita o Fecondazione Artificiale? Un Figlio a Tutti I Costi? Riflessioni Bioetiche*. Università degli Studi di Napoli “Federico II” Dipartimento di Scienze Ostetrico-Ginecologiche Urologiche e Medicina della Riproduzione Master in Bioetica Università Cattolica del S. Cuore, Roma, 2000 p. 198.

21 Rodríguez, D. Nuevas técnicas de reproducción humana. El útero como objeto de contrato. *Revista de Derecho Privado*, número 11, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2005.

22 *Idem*.

23 *Idem*.

Atendiendo al sentido anterior, la legislación en su referencia más cercana a una regulación de tejido, órganos y células, en las que podríamos encuadrar las cuestiones de reproducción asistida, por la transferencia de gametos, células, etc., encontramos la prohibición explícita de comercio, especificando que la donación únicamente se realizará con fines altruistas.

Artículo 327. Está prohibido el comercio de órganos, tejidos y células. La donación de éstos con fines de trasplantes, se regirá por principios de altruismo, ausencia de ánimo de lucro y confidencialidad por lo que su obtención y utilización serán estrictamente a título gratuito.

Cabe hacer la precisión que, sobre la realización de los convenios, nuestra legislación, específicamente en el código civil federal señala la naturaleza de los convenios y el objeto de ellos, entendiendo así que el mecanismo que establece la norma no es el contrato.

Artículo 1792.- Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.

Artículo 1793.- Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos.

Artículo 1795.- El contrato puede ser invalidado:

I.- Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas.

II.- Por vicios del consentimiento;

III.- Porque su objeto, o su motivo o fin sea ilícito;

IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece

Artículo 1825.- La cosa objeto del contrato debe: 1°. Existir en la naturaleza.- 2°. ser determinada o determinable en cuanto a su especie. 3°. Estar en el comercio.

El Código Civil Federal de México define como Convenio el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones. Los Contratos son los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos. Para ser válidos, su objeto debe de ser lícito y tiene que estar en el comercio. En los “contratos” —término que se reitera no es el idóneo— de gestación sustituta tendríamos tres elementos distintos de los cuales es ilícito disponer: En primer lugar, de los embriones que están siendo sujetos de intercambio; en segundo lugar, del cuerpo de la mujer y, en tercer lugar, de la filiación.

III. DERECHOS Y DEBERES DE LOS PADRES JURÍDICOS

Habrá que referirse a la posibilidad de separar la maternidad de gestación genética —hecho imposible hasta la utilización de estas técnicas—, así como la posibilidad de encargar la gestación a mujer distinta de aquella que pretende asumir la maternidad jurídica.

Tradicionalmente, en la procreación la mujer aportaba el óvulo y la gestación. En consecuencia, jurídicamente la regla general era la determinación de la maternidad por el parto. De ahí

la famosa regla del Derecho Romano, atribuida a Paulo, según la cual *mater Semper certa est*²⁴ tal como es en nuestro Código Civil.

Con la incorporación de las técnicas de reproducción asistida, es posible la diversificación de las funciones maternas. En concreto la aportación de gameto femenino (maternidad genética), la gestación (maternidad de gestación), la atribución de la función-jurídico social de madre (maternidad jurídica pueden corresponder a diferentes mujeres, o concurrir algunas de estas funciones en una mujer.

Así pues, la mujer aporta no solo el gameto, sino también la gestación. Por ello la dificultad puede encontrarse en ambos:

- a) Si la mujer necesita donación de óvulo, se trataría de un supuesto similar al de donación de semen. Esta donación no influye en la determinación de la filiación materna, ya que el criterio general de atribución, según el Código Civil, es el parto. En este supuesto no plantearía conflicto.
- b) Si no puede llevar a término la gestación, estaríamos ante la denominada “gestación sustituta”, rechazada mayoritariamente por nuestra doctrina y legislación. En los tribunales anglosajones y en algunos estados americanos se admite con cierta facilidad. Se propugna un trato más favorable para aquellos supuestos en que se actúa por puro altruismo para ayudar a una amiga o hermana.

80

Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico no se admite la gestación sustituta, salvo en el Estado de Tabasco. En América latina es una técnica que va en aumento en países como Argentina, Chile, Colombia y Brasil.

Conviene detenerse algo más en estas cuestiones. Los tres tipos de maternidad a que más arriba me he referido (genética, de gestación y civil) pueden separarse, con las siguientes combinaciones.²⁵

	DONANTE	VARÓN COMITENTE	MUJER COMITENTE	GESTANTE
1		Gameto masculino		Gameto femenino/gestación
2	Gameto masculino			Gameto femenino/gestación
3		Gameto masculino	Gameto femenino	Gestación
4	Gameto masculino		Gameto femenino	Gestación
5	Gameto masculino y femenino			Gestación
6	Gameto femenino	Gameto masculino		Gestación

²⁴ El *Digesto de Justiniano*, t. I, Libro 2, Título 4, apartado 5, (he empleado la traducción de D’Ors y otros), Aranzadi, Pamplona, 1968, pág. 94: porque la madre es siempre cierta. ² *Mater Semper certa est pater numquam* es un principio de Derecho Romano que puede traducirse como: “La madre es siempre conocida, el padre nunca. Se entiende que la maternidad es un hecho biológico evidente en razón del embarazo, por lo que no se puede impugnar; en cambio, la paternidad solamente se puede suponer.

²⁵ Monge, Pérez Marina, *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, 1ª edición, Editorial Centro de Estudios Registrales, Zaragoza, España, 2022, pp. 320-321

Habría que recordar la preferencia de la madre gestante sobre la biológica, pues a comienzos de los años ochenta producía cierto escándalo en cuanto suponía separar funciones de la maternidad. Sin embargo, últimamente esta idea es acogida por los autores.

a) unos consideran que en el caso de que la gestante sólo aporte la gestación, la maternidad jurídica se debería atribuir a la mujer comitente que aportó gameto.

García Rubio, manifiesta:

... al objeto de estudiar los problemas civiles que plantea la inseminación artificial y la fecundación in vitro optaron por considerar al nacido por la voluntad y con los gametos de una pareja casada, pero gestado en un vientre ajeno como hijo de matrimonio. En este punto, la toma de postura es ciertamente difícil pues si justo es resaltar la intensidad e importancia de la gestación, no es menos cierto que la línea directriz del moderno Derecho de la filiación ha de primar el matiz como en la portadora. Sea cual sea la decisión que se tome lege ferenda, no cabe duda que la actual reglamentación de la filiación materna se fundamenta en el dato del alumbramiento, por lo que la consideración del nacido como hijo de su madre genética exigiría de una norma ad hoc.²⁶

81

Para Peña Bernaldo de Quirós, aun son muchos las aristas que existen en este tema, partiendo de un contrato nulo de pleno derecho, en el que la determinación de la filiación es apenas un problema minoritario, frente a todas las consideraciones que se están por resolver, tal como plantea lo siguiente:

siendo —como es. Nulo dicho contrato, el problema de la filiación materna sólo se plantea cuando los óvulos no pertenecen a la gestante sino a la mujer que encarga la gestación o a una tercera. ¿Quién es la madre legal? ¿La biológica (de quien proceden los óvulos)? ¿La madre que gesta y pare? La ley acoge demasiado rígidamente una solución muy compartida en la doctrina y que, incluso, se ha estimado que era ya vigente con anterioridad.” La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”. Lo que en la voluntad de la nueva Ley equivale a decir que el título de atribución de la filiación materna es, entonces, no la generación biológica, sino el hecho de la gestación y el parto²⁷

Principio que rige en nuestra legislación, salvo en el Estado de Tabasco y Sinaloa, en el que se busca garantizar la filiación del menor a la madre, es decir la mujer que lo pare. Lo que se debe buscar es ordenar la situación jurídica del embrión frente a la nueva genética.

²⁶ García Rubio, *La experiencia jurídica italiana en materia de fecundación asistida. Consideraciones respecto al Derecho español. Comunicación presentada al Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia*, celebrado en Cáceres del 16 al 20 de octubre de 1987, Tapia, Octubre 1987, Número monográfico de Derecho de Familia, n° 1, p. 68.

²⁷ De Quirós Peña, Bernaldo, *Derecho de Familia*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1989, pp. 491-492

IV. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL SOBRE GESTACIÓN SUSTITUTA

El derecho consuetudinario o *Common Law* se basa en el principio de que los casos se deben resolver tomando como referencia las sentencias judiciales previas, en vez de someterse en exclusiva a las leyes escritas realizadas por los cuerpos legislativos.

En el ámbito jurídico estatutario, los jueces resuelven los casos fundamentando sus sentencias en preceptos legales fijados con antelación, en el derecho consuetudinario, los jueces se centran más en los hechos del caso concreto para llegar a un resultado justo y equitativo para los litigantes.

Como ejemplo tenemos la resolución, dictada por el Tribunal Supremo en España, en el año de 2014, por cuanto a la denegación del reconocimiento de la filiación de los menores, entre sus argumentos señala al STS 06/02/14

1.- El TS desestima el único motivo del recurso en el que se alega infracción del art. 14 CE, por vulneración del principio de igualdad, en relación con el derecho de identidad única de los menores y al interés superior de los menores consagrado en la Convención de Derechos del Niño, hecha en Nueva York el 2 de noviembre de 1989, en base a los argumentos que se transcriben a continuación siguiendo el mismo orden en el que se exponen en los fundamentos de derecho de la sentencia mencionada.²⁸

a. Respeto del orden público internacional español.

La argumentación jurídica del TS empieza señalando que el caso planteado no es de conflicto de leyes, sino de reconocimiento de una decisión de una autoridad administrativa extranjera conforme al art. 85 del Reglamento del Registro Civil.

Para que se produzca este reconocimiento de la certificación del registro extranjero deben cumplirse dos requisitos. En primer lugar, que el registro tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción en la ley española en cuanto a los hechos de que da fe, y sobre este particular el TS no tiene ninguna duda. El segundo consiste en el respecto de la legalidad del hecho inscrito conforme a la ley española.

Y entiende el TS que en el hecho inscrito no respeta los límites del orden público que conforma la legislación española. Siguiendo este argumento, la sentencia refiere a continuación que constituyen normas de orden público “el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los valores y principios que estos encarnan”.

Y que la “legalidad conforme a la Ley española” exigida por el art. 23 de la Ley del Registro Civil, debe deducirse de la doctrina mencionada, concluyendo que el hecho certificado por la autoridad extranjera debe respetar las normas, principios y valores que encarnan el orden

²⁸ Disponible en: http://www.upf.edu/dret/_pdf/seminaris/STSx_1x_nxm._835.2013x_de_6_de_febrero_de_2014.pdf, consultado el 14 de junio de 2015

público internacional español, por lo que resulta legítimo analizar el contenido del asiento objeto de certificación.

Para el TS, las normas que integran el orden público como límite al reconocimiento de las decisiones de las autoridades extranjeras, conforme tiene declarado el TC en el f4 de la sentencia 54/1989, de 23 de febrero, son las que regulan aspectos fundamentales de la familia y de las relaciones paterno-filiales, que tienen su anclaje en el Título I de la CE, dedicado a los derechos y deberes fundamentales: Derecho al libre desarrollo de la personalidad, art 10.1; derecho a contraer matrimonio, art. 32; derecho a la intimidad familiar, art. 18.1; protección a la familia, protección integral a los hijos, iguales éstos ante la ley, y a las madres, protección a la infancia, art. 39.

Y, asimismo, el derecho a la integridad física y moral de la persona, reconocido en el art. 15, señalando que el respeto a su dignidad constituye uno de los fundamentos constitucionales del orden político y de la paz social, tal como dispone el art. 10.1 CE.

De esta forma, en el respeto a la dignidad personal, como fundamento de los derechos de la persona, y límite de cualquier actuación, halla el TS la razón que justifica la denegación de la inscripción de los niños nacidos de una maternidad subrogada en el Registro Civil español.

83

Considera el Tribunal que, si bien actualmente la legislación no establece el hecho biológico como fuente exclusiva de la filiación, admitiendo su determinación por criterios distintos que no constituyen contravención del orden público español como son la adopción o el consentimiento a la fecundación con contribución de donante, no se acepta que se vulnere la dignidad de la mujer gestante y del niño,

- a) Mercantilizando la gestación y la filiación.
- b) “cosificando” a la mujer gestante y al niño.
- c) Permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos.
- d) Posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza.
- e) Creando una especie de “ciudadanía censitaria” en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población.

Y, en el caso concreto de la reproducción asistida, el TS estima que el orden público internacional español se contiene en la prohibición de la gestación por sustitución recogida en el art. 10 LTRHA de 26 de mayo de 2006.

Niega la posibilidad de que, en este caso, pueda aplicarse el derecho extranjero por cuanto la vinculación de la situación con el Estado extranjero (California) es totalmente artificial, y que se trata de una huida de los solicitantes del ordenamiento español que declara nulo el

contrato de gestación por sustitución, por cuyo motivo, siendo los recurrentes españoles y residentes en España, que solo se desplazaron a California para concertar el contrato de gestación, procede aplicar el derecho español.²⁹

Finalmente, y apuntando una posible salida a la situación que haga posible establecer la paternidad registral de los padres de intención, el TS recuerda que la LTRHA deja a salvo la acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico.³⁰

b. Inexistencia de discriminación sexual por razón de sexo u orientación sexual.

Estima el TS que existe desigualdad sustancial entre la inscripción de la filiación a favor de dos varones, y la filiación a favor de dos mujeres, en el caso de que una de ellas se someta a un tratamiento de reproducción asistida y la otra sea cónyuge, tal como se contempla en el art. 7.3 de la ITRHA, que, en este caso, excluye el trato discriminatorio.

La causa de la denegación no reside en que los solicitantes sean ambos varones, sino de que trae causa de una gestación por sustitución un matrimonio homosexual de mujeres, de un matrimonio heterosexual, de una pareja de hecho, o de una sola persona, hombre.³¹

c. El interés superior del menor.

Frente a la argumentación de los recurrentes, como personas que han manifestado su consentimiento para ser padres, de que son los mejores padres por naturaleza que los menores pueden tener frente a la mujer que les dio a luz, que asumió su papel de mera parte en el contrato y se limitó a cumplir con las prestaciones asumidas, y de que el menor tiene derecho a una identidad única que se debe respetar por encima de fronteras estatales, tal como establece el art. 3 de la Convención sobre Derechos del Niño de 20.11.89 dispone que se atenderá el interés superior del niño.³²

Reconoce el TS que el interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado, una cláusula general susceptible de corrección que por su propia naturaleza deviene un “concepto esencialmente controvertido”. Que la aceptación de los argumentos de los recurrentes llevaría a admitir la determinación de la filiación a favor de personas de países desarrollados en buena situación económica que hubieran conseguido les fuera entregado un niño procedente de familias desestructuradas o de zonas depauperadas, haciendo tabla rasa de cualquier vulneración de los demás bienes jurídicos tomados en consideración por el ordenamiento nacional e internacional.

La consideración del interés superior del menor no permite al juzgador alcanzar cualquier resultado, la sentencia explica que la concreción de dicho superior interés debe hacerse tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos

²⁹ J. Corbella i Duch, *La maternidad Subrogada: Una prohibición donde confluyen el Derecho Sanitario y el Derecho Civil en la protección de la dignidad de la personas*, XXI Congreso Nacional de Derecho Sanitario, Santa Creu i Sant Pau, Francia, 2014, p. 10.

³⁰ *Idem*.

³¹ J. Corbella i Duch, *La maternidad Subrogada... Op. Cit.* p. 12.

³² *Idem*

en las reglas legales y en los principios que inspiran la legislación nacional y las convenciones internacionales, teniendo en cuenta que tal principio no es único, y que debe ponderarse con otros bienes jurídicos con los que puede concurrir, y que en este caso son:³³

La dignidad e integridad moral de la mujer gestante, para lo que procede:

- a) Evitar la explotación del estado de necesidad de mujeres en situación de pobreza.
- b) Impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación.

El Tribunal estima que la mercantilización que supone que la filiación se determine a favor de quien realiza el encargo mediante un contrato para su gestación, atenta contra la dignidad del menor al convertirlo en objeto del tráfico mercantil, concluyendo que la dignidad del mismo queda protegida impidiendo la inscripción de la filiación a favor de los padres de intención, puesto que nuestro ordenamiento considera perjudicial para el menor mantener una determinada filiación que no se ajuste a los criterios legales para su fijación, recordando al efecto que el Código Civil no exige o establecimiento de una filiación alternativa cuando se formule una acción de impugnación de filiación (poniendo de relieve que el legislador admite que algunas personas no tengan totalmente determinada su filiación, tal como ocurre en el caso enjuiciado).

d. No se vulnera el derecho a una identidad única del menor.

El Tribunal entiende que este no es un caso en que el menor tenga vinculación efectiva con dos Estados distintos. Niega que los menores tengan vinculación efectiva con Estados Unidos porque los padres de intención (recurrentes en el proceso) acudieron a California sólo porque allí era posible concertar un contrato de gestación por sustitución con la determinación de la filiación a su favor, que está prohibido en España. Y por ello no ve un riesgo real de vulneración de la identidad única de los menores

e. No existe vulneración del derecho al respeto de la vida y familiar reconocido en el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y de la Libertades Fundamentales.

El TS justifica la injerencia en el ámbito de la vida familiar que supone la denegación del reconocimiento de la filiación, invocando la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos contenida en la sentencia de 28 de junio de 2007, en el caso Wagner y otro contra Luxemburgo, donde se exige para el reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras, que se respete el orden público internacional, y que sea necesaria en una sociedad democrática, protegiendo el interés del menor y otros bienes jurídicos de trascendencia constitucional como son:

- El respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante.

³³ J. Corbella I Duch, *La maternidad Subrogada...* Op. Cit. p. 8.

- Evitar la explotación de necesidad en que puedan encontrarse las mujeres en situación de pobreza
- Impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación.

En definitiva, la denegación de la inscripción se fundamenta en el contenido del art. 10 de la LTRHA entendiéndose que mediante dicha disposición se protege y respeta la dignidad humana, tanto de la mujer gestante como la del nacido, que está en la base del orden social

f. No se dejaría a los menores desprotegidos.

En un último apartado, el Tribunal manifiesta que es consciente de que la decisión adoptada no es intrascendente para la protección de los menores, y que les puede causar inconveniente, pero explica que, a su criterio, los menores no quedarían desprotegidos ni serían enviados a un orfanato ni a los USA.

Dicha protección no puede lograrse aceptando críticamente las consecuencias del contrato de gestación por sustitución, sino partiendo de las leyes y convenios aplicables en España, para lo que invoca la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar el art. 8 del Convenio (caso Wagner c. Luxemburgo, sent 28/06/07), considerando que allí donde está establecida una relación de familia con un niño, el Estado debe actuar con el fin de permitir que este vínculo se desarrolle y otorgar protección jurídica que haga posible la integración del niño con la familia.

Estima que no se ha probado que alguno de los recurrentes aportara sus gametos a la gestación y señala que, aplicando dicha jurisprudencia, si tal núcleo familiar existe actualmente, si los menores tienen relaciones familiares “*de facto*” con los recurrentes, la solución que haya de buscarse habría de partir de este dato, y, en un intento de ofrecer una salida a los recurrentes, apunta que el propio art. 10 LTRHA permite la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, que existe la figuras jurídicas del acogimiento familiar y de la adopción.

Este razonamiento lleva a la incorporación de un punto tercero en el fallo de la sentencia instando al Ministerio Fiscal a que ejercite las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores y su protección, teniendo en cuenta la efectiva integración de los mismos en un núcleo familiar “*de facto*”.

A la postre, tanto este razonamiento, incluidas las indicaciones de posibles caminos para llegar a un “*sucedáneo*” de solución, como el encargo efectuado al Ministerio Fiscal, dejan muy mal sabor de boca, entendiéndose que se ofrece un camino torcido para obtener un resultado que nunca será el pretendido y solicitado. Ahora bien, se analizará la sentencia de *Artavia Murillo vs Costa Rica*, emitida por la CoIDH.

DERECHOS HUMANOS CONCLUCADOS

En su sentencia, la Corte entiende que Costa Rica (Sala Constitucional de la SCJ) habría conculcado los siguientes derechos humanos relacionados con la vida privada y familiar:

DERECHO AL HIJO GENÉTICO

Para la Corte Interamericana la posibilidad de procrear es una manifestación del derecho a fundar una familia. La decisión de tener hijos biológicos pertenece a la esfera más íntima de la vida privada y familiar y la forma como la pareja construye esa decisión, es parte de la autonomía e identidad de una persona. Según la Corte, el Estado debe garantizar con políticas públicas concretas el acceso igualitario a este derecho.

El presidente del Instituto Bioético Europeo, Ethienne Montero Redondo, señaló en una conferencia impartida en la Universidad de Navarra que si se legalizaran los vientres de alquiler sería una contradicción para el término de la filiación, se produciría una filiación fragmentada. No obstante, recordó que no es que los derechos de los vástagos de las parejas infértiles se queden en el aire, pero que si se produjera este hecho supondría la cosificación del niño y la eliminación del vínculo con la madre.³⁴

El experto explicaba que si se legalizaban los vientres de alquiler se reconocía entonces el derecho al abandono de esa criatura por parte de la madre cuando naciera y se le autorizaría a deshacerse de sus derechos y deberes en su progenitura.

Cuando alguien recurre a un vientre de alquiler lo hace por necesidad, porque ya lo ha intentado todo, con un inmenso sufrimiento. Este es un tema muy serio», añade la doctora Marisa López-Teijón, jefa de reproducción in vitro del Instituto Marqués, de Barcelona. El uso del cuerpo en estos términos significa tratar a un organismo humano como mero instrumento al servicio de intereses de otros individuos.

Además de esto, niega al embrión, que tiene sus derechos garantizados desde la concepción en casi todos los sistemas jurídicos, cualquier consulta previa u opción para poder desenvolverse y nacer por medios naturales, que ciertamente representa ventajas y expectativas. Lo que se destacaría de esto sería el egoísmo por parte de los padres substituidos, que se auto atribuyen el derecho de tener un descendiente biológico a cualquier precio y a cualquier costo, aun habiendo niños huérfanos y abandonados desperdigados por todo el mundo en grandes cantidades y a la espera de adopción.³⁵

La Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió el 28 de noviembre de 2012 la sentencia del caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica*, la cual se presentó con motivo de la prohibición general de practicar la técnica de FIV que desde el año 2000 está vigente en Costa Rica.

³⁴ Véase en http://noticias.lainformación.com/mundo/Francia-no-quiere-que-los-hijos-de-vientres-de-alquiler-tengan-la-nacionalidad_u6THK6NULuMQk4k8FLxsy1/, consultado el 14 de marzo de 2023.

³⁵ Roberto Andorno, *La distinción jurídica entre les personnes et les choses a l'épreuve des procréations artificielles*, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, 1996. La adopción, como aneafatiza el profesor Andorno, no podría ser utilizada para justificar el procedimiento de la maternidad subrogada. La atribución de la paternidad en la adopción se da para solucionar un problema ya existente con un ser humanovivo, por razones humanísticas. Los alquileres de vientre inician un proceso para el futuro, o mejor dicho, crean una situación jurídica problemática mismo antes de existir cualquier conflicto de intereses

En dicho proceso, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) consideró que tal prohibición constituyó una injerencia arbitraria en los derechos a la vida privada y familiar, a formar una familia y a la igualdad de las personas con problemas de infertilidad en Costa Rica, en tanto el Estado les impidió el acceso a un tratamiento que les hubiera permitido superar su situación de desventaja respecto de la posibilidad de tener hijas o hijos biológicos. Además señaló que esta prohibición ha tenido un impacto desproporcionado en la vida de las mujeres, ya que constituye una fuente de sufrimiento físico y psicológico por el rol reproductivo que socialmente les ha sido impuesto. La Corte resolvió que Costa Rica debe adoptar las medidas apropiadas para que quede sin efecto la prohibición de practicar la FIV e incluirla dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación.

V. CONCLUSIONES

La doctrina se ha manifestado por señalar que la gestación sustituta no tiene una naturaleza propia de una institución jurídica familiar, sin embargo, se han presentado las evidencias para encontrar las razones de por qué la gestación sustituta tiene todo para que sea considerada dentro de los ordenamientos internacionales, por lo que puede ser considerada la gestación sustituta para su práctica de forma internacional.

88

Tanto para aquellos que en la doctrina son opositores, como para los que se encuentran a favor, la gestación por sustitución es una técnica que a pesar de las prohibiciones, se lleva a cabo, que con escasas regulaciones deja en estado de indefensión en diferentes casos a la mujer gestante y a los padres que recurren a este procedimiento.

Es posible que una de las razones que han llevado a hablar del derecho a la reproducción o del derecho al hijo haya sido la aceptación de que existe un perfecto paralelismo entre reproducción natural y reproducción artificial: de que en el fondo o, al menos, a efectos jurídicos, estamos ante el mismo fenómeno.³⁶

No existe tal derecho, pero la distinción es importante para comprender mejor, desde la perspectiva jurídica, el fenómeno que nos ocupa. Y, ¿por qué son diferentes? D' Agostino lo explica así:

... La procreación natural es en sí un hecho natural, prejurídico; mientras que la fecundación artificial es jurídica hasta en su comienzo, es cuanto reclama un proceso, exige garantías sanitarias, es económicamente onerosa, presupone inversiones públicas... además de suscitar problemas jurídicos particularísimos que todos conocemos. En otras palabras, la intencionalidad procreativa que acompaña la práctica de la fecundación artificial no pue-

³⁶ Gómez, Yolanda, *El derecho a la reproducción humana...* Op. cit., habla, en efecto de semejante derecho sin hacer distinción.

de ser considerada análoga a la que acompaña a la unión natural de los sexos: en ésta es fundamental el encuentro sexual interpersonal, en aquélla la procreación generativa...³⁷

No es que el tercero colabore en mayor o menor medida, es que su intervención es *conditio sine qua non*: sin médicos y demás personal auxiliar, por una parte, y sin donantes, por otra, no es realizable el acto reproductor, Marie-Thérese Meulders-Klein, se refiere a intervención activa de uno o varios terceros, ligados por profesionales.³⁸

Haciendo referencia a lo anterior no cabe, el olvido de los medios para la consecución de un fin, tentación siempre atractiva, ayer y hoy. La identidad de fin, tener un hijo, no hace equiparables, hasta borrar toda diferencia esencial entre ellos, los medios utilizados para conseguirlo. Los medios naturales difieren esencialmente de los medios artificiales, así para tener hijos como para no tenerlos.

Sobre esta precisión, habrá que ver si es posible la construcción del derecho subjetivo a la procreación artificial, que es la modalidad reproductora en la que se encuentra la gestación sustituta. En la estructura de todo derecho subjetivo se distinguen sujeto, objeto, y contenido. El derecho subjetivo, en tanto que la relación jurídica, se trenza entre dos sujetos, uno que es el titular y otro que es el obligado a satisfacerlo. No plantea dudas la determinación de quien sería el titular del pretendido derecho: otra cosa es que se reconozca con mayor o menor extensión, solo parejas o también la mujer sola, pero ese no es el problema ahora; a efectos dialécticos, podemos aceptar de momento la postura que se desee. El problema está en la determinación del otro sujeto: el sujeto pasivo.³⁹

Al igual de lo anterior, es imprescindible el estudio de “el objeto”. Un hijo no puede configurarse como objeto de derecho porque sería introducirlo en el tráfico jurídico como “*res in commercio*”. Como refiere Fernández-Galiano:

Debe descartarse al hombre como objeto de una relación; porque el titular del derecho pretende el objeto para utilizarlo como medio para el cumplimiento de sus fines, y como el hombre: ello equivaldría a perder su dignidad humana y a “cosificarse”, como ocurrió cabalmente en el Derecho Romano con la institución de la esclavitud y en la Edad Media con ciertas figuras de servidumbre.⁴⁰

En las primeras Declaraciones de Derechos Humanos, no existe ninguna referencia explícita del derecho a la procreación; únicamente se formula un derecho humano a formar una familia, en que podemos considerar que entra, pero no explícitamente, la función procreativa, dentro de lo que es considerado un derecho humano.

37 D'Agostino Francesoi, Gli interventi sulla genética umana nella prospettiva della filosofia del diritto. *Riv.Dirit. Civile*. Enero-febrero 1987, Italia p. 34.

38 Marie-Thérese Meulders-Klein, Le droit de l'enfant face au Droit a l'enfant et les procréations médicalement assistées. *Revista Trimestral de Droit Civil* N° 1988/4-Oct-Dic p. 664.

39 Bustos Pueche, José Enrique, *El derecho civil ante el reto de la nueva genética*, Editorial DYKINSON, España, 1996 p. 94.

40 Fernández-Galiano Antonio. Introducción a la filosofía del Derecho. *Edición Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1963 p. 119.

Por lo que respecta al significado de la procreación humana es necesario aceptar que se trata en sí de algo condicionado a procesos de la naturaleza humana y; por tanto, no sometido del todo a la libertad humana, es decir, no puede ser objeto directo de un derecho humano algo que por su propia condición está fuera del campo de actuación de la libertad humana.

Algunos autores, como Lledo Yagué nos dice:

... que hablar de derecho a la procreación implicaría una marcada concepción patrimonialista que se traduciría en el consiguiente derecho a tener un hijo.⁴¹

Por ello, podemos afirmar que el concebido, en cualquier fase prenatal no es cosa, objeto de derecho y por consiguiente de disposición por parte de cualquiera, ni siquiera en nombre de una creación y, por ende de la procreación. Entonces, no se discute acerca de la libertad de hacer uso de la propia potencia sexual como atributo de la naturaleza misma del hombre, sino la libertad de procreación haciendo uso de otros medios.

Se encuentran en el camino de estudios muchas opiniones en contra, la negación de la posibilidad de construir jurídicamente un derecho al hijo y en algo tal vez podemos coincidir, cuando se dice que ni es posible hablar de sujeto obligado al cumplimiento del sedicente derecho al hijo o a la reproducción, ni de objeto como sector de la realidad social sobre que recayera el poder del derecho subjetivo pretendido, por lo que no es hacedera la configuración de ese supuesto derecho.

Además de lo anterior, debemos recordar a la institución consistente en la adopción; se ha tratado de justificar el pretendido derecho al hijo por reproducción asistida en analogía con el supuesto derecho a la adopción. Hay que negar esta analogía, pues la adopción en el Derecho moderno, se entiende siempre como remedio de una desgracia y, por ello, en beneficio del desagraviado.

Ante la realidad no querida ni voluntaria de que un hijo se quede sin padres, se intenta paliar esta situación que se estima desgraciada —no tener padres o carecer de alguno de los progenitores— encomendando las funciones, tareas y responsabilidades propias de la patria potestad a persona que se ofrece a actuar como padre, sin serlo naturalmente, y siempre que la autoridad concedente de la adopción entienda que ella va a beneficiar al adoptando.

En cambio, en la reproducción artificial, se lleva a cabo la procreación de quien no existía previamente. Por lo tanto, no existe la analogía y no existe el derecho subjetivo a la adopción y por argumentos idénticos a los que antes manejábamos, no caber hablar de sujeto obligado a satisfacer tal derecho, ni el adoptando puede considerarse objeto de derecho.⁴²

Entonces, la naturaleza de la procreación asistida desde el punto de vista jurídico, surge solo para atender los casos de esterilidad. Lo que buscaba era superar una situación patológica que impedía tener hijos por vía natural. Partiendo de ello, la técnica de reproducción asistida es un acto médico para superar la esterilidad, como señala Meulders Klein:

41 Lledó Yagué, Francisco Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida, *Revista ADC* volumen IV, Madrid, 1988 p. 1241.

42 Bustos Pueche, José Enrique, *El derecho civil*, Op. cit. p. 96.

El acto médico está sujeto al cumplimiento de algunos requisitos: necesidad terapéutica, preventiva o curativa, de intervenir; estricta utilidad y proporcionalidad de los actos realizados en relación con el fin legítimo perseguido; y en fin, consentimiento libre e informado del paciente siempre necesario pero nunca suficiente para justificar un menoscabo de la integridad física.¹

Por lo que, a nadie se le deben de aplicar las técnicas de reproducción sin el cumplimiento de los mismos requisitos. Lo que no deja de sorprender es que cosa tan elemental y sencilla de comprender haya generado tanta confusión hasta el punto de que se hagan leyes —como la española— sobre la base de desnaturalizar completamente lo que nació como tratamiento médico de la infertilidad, naturaleza que nunca debió perder. Pero cabe preguntarse, si la mujer estéril en quien concurren todos los presupuestos de la *lex artis* que vincula a los médicos, ¿tiene derecho, entonces, a la reproducción asistida? De lo que se trata ahora es del supuesto derecho a una prestación médica, a determinado tratamiento médico contra la esterilidad.² Atendiendo a lo mencionado por Bustos Pueche, es verdad que se ha venido peleando con los legisladores para el reconocimiento de un derecho al hijo, sin notar que el derecho al hijo como un ente legal existe desde que la naturaleza lo ha otorgado, pero en el entendido de que se sabe, que la reproducción y nacimiento de seres humanos es primordial para la no extinción de la especie humana, ha llevado al desarrollo de diversas técnicas para su generación y perpetuación ante los casos crecientes de esterilidad e infertilidad.

Aunado a esto surge la valoración de la maternidad o paternidad biológica y jurídica que tiene lugar en las técnicas reproductoras que hasta ahora se han examinado, se una la separación o quiebra entre gestación y parto y maternidad legal. Ya es posible que sea madre legal quien no parió.

O que el parto no determine la maternidad. El axiomático principio *mater semper certa est* queda arrumbado. El embarazo por sustitución permite distinguir tres tipos de maternidades: biológica, de gestación y jurídica o legal. Tres madres para un hijo o dos madres y un padre legal y biológico. Por suerte para aquéllas, el hijo no tiene voz ni voto en el complicado proceso.

VII. REFERENCIAS DE INVESTIGACIÓN

Abellán Fernando, *Reproducción humana asistida y responsabilidad médica (Consideraciones legales y éticas sobre casos prácticos)*, Editorial Comares, 1º Edición, Granada 2001

Bustos Pueche, José Enrique, *El derecho civil ante el reto de la nueva genética*, Editorial DYKINSON, España, 1996

D'Agostino Francesoi, *Gli interventi sulla genética umana nella prospettiva della filosofia del diritto*. Riv. Dirit. Civile. Enero-febrero 1987, Italia.

¹ Marie-Thérèse Meulders-Klein, *Le droit de l'enfant ... Op. cit.* p. 665.

² Bustos Pueche, José Enrique, *El derecho civil ...Op. cit.* p. 97.

- Diez-Picazo, L. *Instituciones de derecho civil. Parte general y derecho de obligaciones*, Editorial Tecnos, Madrid, 1970.
- Fernández-Galiano Antonio Introducción a la filosofía del Derecho. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1963.
- García Rubio, *La experiencia jurídica italiana en materia de fecundación asistida. Consideraciones respecto al Derecho español*. Comunicación presentada al Congreso Hispanoamericano de Derecho de Familia, celebrado en Cáceres del 16 al 20 de octubre de 1987, Tapia, Octubre 1987, Número monográfico de Derecho de Familia, nº 1. http://noticias.lainformación.com/mundo/Francia-no-quiere-que-los-hijos-de-vientres-de-alquiler-tengan-la-nacionalidad_u6THK6NULuMQk4k8FLxsy1/ http://www.upf.edu/dret/_pdf/seminaris/STSx_1x_nxm._835.2013x_de_6_de_febrero_de_2014.pdf
- J. Corbella i Duch, *La maternidad Subrogada: Una prohibición donde confluyen el Derecho Sanitario y el Derecho Civil en la protección de la dignidad de la personas*, XXI Congreso Nacional de Derecho Sanitario, Santa Creu i Sant Pau, Francia, 2014.
- Lledó Yagüé, Francisco, Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida, *Revista ADC* volumen IV, Madrid, 1988.
- Lledó, Yagüé Francisco, *Cuadernos de derecho judicial, La filiación: su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.
- Marie-Thérèse Meulders-Klein Le droit de l'enfant face au Droit a l'enfant et les procréations médicalement assistées. *Revista Trimestral de Droit Civil* N° 1988/4-Oct-Dic.
- Monge, Pérez Marina, *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, 1ª edición, Editorial Centro de Estudios Registrales, Zaragoza, España, 2022.
- Peña, Bernaldo de Quirós, *Derecho de Familia*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, Madrid, 1989.
- Roberto Andorno, *La distinction juridique entre les personnes et les choses a l'épreuve des procréations artificielles*, Paris, L.G.D.J., Bibliothèque de droit privé, 1996.
- Rodríguez, D. Nuevas técnicas de reproducción humana. El útero como objeto de contrato. *Revista de Derecho Privado*, número 11, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2005.
- Romano, L. *Procreazione Assistita o Fecondazione Artificiale? Un Figlio a Tutti I Costi? Riflessioni Bioetiche*. Università degli Studi di Napoli "Federico II" Dipartimento di Scienze Ostetrico-Ginecologiche Urologiche e Medicina della Riproduzione Master in Bioetica Università Cattolica del S. Cuore, Roma, 2000.
- Vela, Sánchez, J. Antonio, *Maternidad subrogada: Estudio ante un reto normativo*, 1ª edición, Comares, España, 2012.
- Vidal Ramírez, Fernando, en *El acto jurídico y el negocio jurídico en nuestra codificación civil*, visible en: <http://asesoriarivera.blogspot.com/2010/08/el-acto-juridico-y-el-negocio-juridico.html>
- Von Thur, Andrea, *Derecho civil Vol. III Los Hechos jurídicos*, Editorial Marcial Pons, 1ª edición, Francia, 2005.

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS DESDE LA PERSPECTIVA CONTEMPORÁNEA

Dr. Ladislao Adrián Reyes Barragán³

Dr. Francisco Xavier García Jiménez⁴

Mtro. José Gerardo Rivera Rodríguez⁵

Resumen: En el *Diario Oficial de la Federación* (DOF) el 5 de marzo de 2014, se publicó el *Código Nacional de Procedimientos Penales* aplicable en todos los Estados Unidos Mexicanos. El cual prevé en el capítulo II, artículo 421 la responsabilidad penal de las personas jurídicas por la comisión de un delito. Esta nueva figura hace responsable no solo a las personas físicas, sino también a las personas jurídicas o “morales”. El problema es si las personas morales o jurídicas son responsables de delitos. Este es el propósito de análisis del trabajo ya que la persona jurídica es una creación ficticia del derecho y, por tanto, no es factible sancionarla penalmente.

Palabras clave: persona jurídica; delito; responsabilidad;

Abstract: In the Official Gazette of the Federation (DOF) on March 5, 2014, the National Code of Criminal Procedures applicable in all the United Mexican States was published, which provides in chapter II, article 421 the criminal liability of legal persons for the commission of a crime. This new figure makes responsible not only natural persons, but also legal or “moral” persons. The problem is whether moral or legal persons are responsible for crimes. This is the purpose of the analysis of the work since the legal person is a fictitious creation of the law and therefore, it is not feasible to punish it criminally.

Keywords: legal person, crime, responsibility.

93

INTRODUCCIÓN

El trabajo tiene el objetivo de problematizar si ¿las personas jurídicas (empresas o corporaciones) son responsables penalmente por delitos establecidos en *Código penal* y el *Código Nacional de Procedimientos penales*? En los Estados Unidos Mexicanos para que una persona sea declarada como responsable, deben demostrarse la conducta típica, que no exista el elemento de antijuricidad y la culpabilidad. Es evidente que quien comete un homicidio, robo, secuestro, fraude, abuso de confianza, violación, etcétera, debe responder al reproche de la acción realizada.

³ Dr. Ladislao Adrián Reyes Barragán, profesor investigador de tiempo completo en derecho penal de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos. correo: ladislao.reyes@uaem.mx.

⁴ Dr. Francisco Xavier García Jiménez, profesor investigador de tiempo completo de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos. Correo electrónico: drfxgj@hotmail.com

⁵ Mtro. José Gerardo Rivera Rodríguez. Egresado del Programa de Maestría en Derecho (PNPC 002478), de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos. Correo electrónico: jose.riveraro@uaem.edu.mx

¿Pero qué sucede cuando las personas jurídicas (los corporativos o las empresas), contaminan los ríos, bosques, el aire, la tierra e indirectamente producen en las personas enfermedades mortales? ¿Cuál es la responsabilidad penal de tales corporativos o empresa cuando producen daño a las personas? ¿Se le puede sancionar penalmente a una persona jurídica o moral como se realiza a una persona física? ¿Cuál sería el castigo y responsabilidad? Por tanto, el supuesto o hipótesis que se intenta demostrar es que las personas jurídicas son responsables y deben ser castigadas o sancionadas con su extinción. Para que tal supuesto opere debe modificarse el Código Nacional de Procedimientos Penales, El cual prevé en el capítulo II, artículo 421 la responsabilidad penal a las personas jurídicas por la comisión de un delito, por sanciones no solo penales sino también administrativas.

I. LA CONTRAPOSICIÓN ENTRE PERSONAS FÍSICAS Y PERSONAS JURÍDICAS O MORALES

En el *Diario Oficial de la Federación* (DOF) el 5 de marzo de 2014, se publicó un *Código Nacional de Procedimientos Penales*, que tuvo como última reforma el 17-06-2016 en DOF. El cual prevé en el capítulo II, artículo 421 la responsabilidad penal a las personas jurídicas por la comisión de un delito. Esta nueva figura hace responsable no solo a las personas físicas, sino también “morales” o jurídicas.⁶ Pero el problema es si las personas morales o jurídicas son o no responsables ante el Derecho Penal, ya que las personas morales es una figura ficticia, como los fideicomisos creada por el derecho, por tanto, es evidente que la persona moral no podrá ir a prisión a diferencia de la persona física. Cada uno de estos entes tiene diferencias sustanciales.

94

Para dilucidar lo anterior, la persona física es el ente con derechos y obligaciones que puede ejercer a través de los diversos sistemas de justicia. Pero no exclusivamente el ser humano tiene obligaciones y derechos, sino que el carácter de persona en el mundo de la ciencia jurídica se atribuye también a entes colectivos como las empresas, corporativos, asociaciones que reconoce la ley mercantil o civil a través de contratos llamadas personas jurídicas o morales. El término de persona “física”, es contrapuesto a la persona jurídica como un ente artificial, es decir, como sujeto no real,⁷ construido por un contrato donde existen obligaciones y derechos por la ley y la jurisprudencia.

La persona jurídica, es definida en un primer momento por la ciencia del derecho, la ley y la jurisprudencia, ya que dichas entidades son quienes definen y establecen sus alcances y limitaciones, en un contrato.⁸ Las personas físicas son de existencia ontológica y las morales son de existencia deontológica; lo anterior, en virtud de que las primeras en ellas son inherentes a su propio ser los derechos humanos, mientras que las segundas solo se crean mediante la

6 Barba, Paul Martín, *La responsabilidad de las personas morales en México*, Porrúa, México, 2015, p. 155. El autor plantea que la discusión sigue vigente, ¿cometen delitos las personas jurídicas?

7 García Maynez, Eduardo, *Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 2019, pp.15, 16.

8 *Ibid*, 139.

reunión y la colaboración de los seres humanos para satisfacer necesidades o para cumplir finalidades lícitas que escapen a sus facultades aisladamente.⁹

La persona jurídica o moral está compuesto por un grupo de personas físicas fundadoras¹⁰ con una masa de bienes que la ley les reconoce personalidad jurídica a partir de un contrato. Sin embargo, las personas jurídicas o morales también se pueden distinguir, de acuerdo con su propia naturaleza jurídica y fines y pueden dividirse señala García Máynez, de acuerdo con su propia naturaleza jurídica. Unas son necesarias, otras son artificiales o contingentes. En la actualidad las corporaciones o empresas al que se da el carácter de personas jurídicas muchas son temporales cumplen su finalidad y desaparecen. Otras veces no tiene apariencia visible, su existencia es más ideal y reposa sobre el fin general que le es asignado como las fundaciones.

En el Código Civil Federal, en su artículo 25 da un listado de las personas morales de las que se desprenden las siguientes:

Artículo 25.- Son personas morales: I. La Nación, los Estados y los Municipios; II. Las demás corporaciones de carácter público reconocidas por la ley; III. Las sociedades civiles o mercantiles; IV. Los sindicatos, las asociaciones profesionales y las demás a que se refiere la fracción XVI del artículo 123 de la Constitución Federal; V. Las sociedades cooperativas y mutualistas; VI. Las asociaciones distintas de las enumeradas que se propongan fines políticos, científicos, artísticos, de recreo o cualquiera otro fin lícito, siempre que no fueren desconocidas por la ley. VII. Las personas morales extranjeras de naturaleza privada, en los términos del artículo 2736.¹¹

95

Por tanto, las personas morales o jurídicas son agrupamientos de individuos que tienen la finalidades e intereses lícitos comunes a quienes la ley reconoce y protege¹² de las cuales, dentro de la legislación civil federal se resalta a las personas morales extranjeras, en el artículo 2736 establece que

La existencia, capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, funcionamiento, transformación, disolución, liquidación y fusión de las personas morales extranjeras de naturaleza privada se regirán por el derecho de su constitución, entendiéndose por tal, aquél del estado en que se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas personas.

Para que la persona jurídica sea válida ante la ley, la corporación o empresa debe realizar actos con fines lícitos, puesto que la ley prohíbe la existencia de entes con finalidades inmorales contrarias a las normas establecidas por el Poder Público.

La persona moral para cumplir sus finalidades debe poseer un conjunto de bienes que le faciliten dicho cumplimiento, de ahí la necesidad de dotarlas de un patrimonio, distinto, del peculio de cada uno de los sujetos que los conforman. Finalmente, para que la persona jurí-

⁹ Flores Gómez González, Fernando, *Introducción al estudio del derecho y derecho civil*, Porrúa, México, 1996, 55.

¹⁰ *Ibid*, 56.

¹¹ Artículo 25 del Código Civil Federal.

¹² Moto Salazar, Efraín, *Elementos de derecho*, Porrúa, México, 2015, 185.

dica o moral pueda actuar lícitamente es necesario su reconocimiento por la ley, el cual debe ajustarse a alguna de las múltiples formas que la ley señala para obtener el reconocimiento del poder público. Constituida la persona jurídica o moral podrá ejercer sus derechos y obligaciones que la ley otorga para ejercer sus atribuciones.

Si es el Estado quien crea la persona jurídica con la necesidad de satisfacer intereses sociales, se tratará de un organismo de carácter público; si, por el contrario, son los particulares quienes la crean para actos lucrativos o de beneficio social, estaremos ante un ente de derecho privado.¹³ Así pues, es la legislación quién establece si una es persona jurídica es pública y privada. En este sentido las personas morales nacen de la voluntad de los individuos que las crean. Éstos al unir sus voluntades dan origen a un ente, que, una vez creado en un contrato adquiere una personalidad y, en consecuencia, una voluntad distinta a la de cada uno de sus componentes.¹⁴

Toda vez que son las personas físicas quienes, bajo una manifestación de la voluntad de crear a la persona jurídica, son las que actuarán en nombre de ella, con el fin de alcanzar los objetivos planteados. La persona jurídica colectiva no es fin en sí misma; está al servicio de los fines de personas físicas e individuales, donde varias personas, separando partes de su peculio forman un patrimonio nuevo, reconocido por el derecho como distinto e independiente, tenemos así, el concepto de persona colectiva.¹⁵ Donde es el Estado el encargado de otorgarles derechos y obligaciones a las personas jurídicas, incorporando para ello legislación tendiente a regular exclusivamente todo lo relativo con las personas jurídicas o en su caso sancionarlas penalmente.

96

II. LA TEORÍA DEL DELITO EN REFERENCIA A LAS PERSONAS JURÍDICAS O MORALES

Para estudiar si una persona física infringe la ley penal es necesario conocer la teoría del delito, para ello, dilucidaremos las tres estadios o categorías del delito como son:

- a. la conducta típica,
- b. antijurídica y
- c. culpable¹⁶

Ello implica conocer cuáles son los elementos de cada una de estas categorías estudiadas. La categoría de conducta típica está compuesta de la voluntad, los elementos de la figura típica y el consentimiento. ¿Por qué es importante dilucidarlo? ¿Es lo mismo la imputación a una empresa o negocio (persona jurídica ficticia) que a una persona física? Toda persona física cognitivamente requiere de querer y aceptar una conducta que puede ser una voluntad dolosa o culposa.

¹³ Moto Salazar, Efraín, *Elementos de derecho*, Porrúa, México, 2015, p. 186

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ García Maynez, Eduardo, *Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 2019, p. 186.

¹⁶ Berchermann, Arizpe, Antonio, *Derecho penal mexicano*, Porrúa, México, 2004, 451. Véase también a López Betancourt, Eduardo, *Teoría del delito*, Porrúa, México, 2014, p. 1 ss.

El dolo implica que el ciudadano conozca la conducta prohibida en el tipo penal y, además, y aun no conociendo la conducta de reproche prevea como posible el resultado típico.¹⁷ Pero ello no es suficiente decir que hay dolo solo porque el sujeto quiera o acepte la conducta, se requiere que el sujeto conozca cognitivamente que es delito. Otro componente del dolo es que el individuo quiera o acepte la conducta establecida en el código penal. Es decir, para que sea dolo se requiere de dos partes, que el sujeto sepa que es delito y, además, tenga la voluntad finalista de realizarla. Si faltare cualquiera de estos elementos no habría dolo y, por tanto, la persona que realice la acción de la figura típica prohibida o sancionada en el código penal no sería delito.

La pregunta es ¿si una persona moral o jurídica puede estar en estos supuestos? Posiblemente se pueda argüir que una persona jurídica o moral carece de voluntad ya que es una figura ficticia creada por el derecho.¹⁸ Sin embargo, la voluntad debería verse en la razón social por la que fue creada y los fines lícitos. Esto podría ser la parte volitiva en una persona jurídica o moral y, por tanto, un juez puede hacer responsable de un delito a una empresa, negocio o asociación y obligarlo a pagar el daño patrimonial y castigarla con su extinción ya que no se apegó a su acta constitutiva. Evidentemente su castigo no es físico, la pena es la reparación del daño y su extinción y como pena accesoria la multa, ya que evidentemente no puede llevarse a una persona jurídica a la prisión.

Respecto de la voluntad dentro de las personas jurídicas o morales, encontramos a la teoría de la ficción;¹⁹ esta encuentra su génesis en el hecho de que el individuo es un sujeto volitivo; que las personas jurídicas o morales no son entes reales ya que carecen de voluntad, por lo que no pueden encuadrarse en la categoría en la conducta típica. La voluntad, el consentimiento o alguna de las figuras típicas son atributos de las personas físicas y no de las creaciones ficticias.²⁰

Las personas jurídicas o morales son una construcción ficticia del del legislador, por tanto, tales colectividades no tienen voluntad, ni realidad alguna, sin embargo, una vez constituida dicha ficción legal por el derecho penal y civil, la construcción jurídica es admitida con todas sus obligaciones y derechos, por lo mismo es colocada a la par de las personas físicas.²¹ Así pues, el *Código Nacional de Procedimientos Penales* debe ser aplicado a las personas jurídicas, toda vez que eleva a éstas con la característica de las personas físicas.

Otro elemento de la categoría de la conducta típica, son los elementos de la figura típica. Los cual constan de elementos básicos para que esta sea sancionada como delito, como son las formas de conducta: que no es más que un acto de acción u omisión que realiza una persona. La acción implica que toda conducta debe tener una finalidad de querer realizar un delito.

17 Moreno Hernández, Moisés, *Política criminal y reforma penal*, Centro de estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, México, 1999, p. 239.

18 Roxin Claus, *Derecho penal. Parte general*, tomo I, Civitas, España, 1999, p. 252.

19 Kelsen Hans, *Teoría Pura del derecho*, México, UNAM, 1982, P. 172. Véase también, Jhon Chipman Gray, *The nature and Sources of de law*, EE. UU, GinnCompany, 1909, p. 1 ss.

20 Flores Gómez González, Fernando, *Introducción al estudio del derecho y derecho civil*, Porrúa, México, 1996, p. 59.

21 *Ibid.* p.59.

La acción, desplegada por el o los sujetos activos del delito, puede traducirse en formas de coautoría como son las conductas de coautoría material, coautoría en condominio, autoría mediata, autoría equiparada por corresponsabilidad en delito emergente, o autoría indeterminada con o sin acuerdo o adherencia, la cual se concibe como el proceso causal, un movimiento corporal que produce un cambio en el mundo exterior, en donde no interesa analizar los elementos internos sino externos; se pone énfasis en el resultado, más que en la acción misma; debe constatarse la causa, y el nexo causal entre ésta y el resultado.²²

Las personas jurídicas y las personas físicas no pueden ser al mismo tiempo sujetos activos del delito, cada ente tiene su propia responsabilidad equipararlas es juzgar a culpables e inocentes por igual, sin que importe la justicia. La persona jurídica tiene finalidades establecidas desde su creación. Sobre esa parte recae su responsabilidad. Mientras que la persona física individualmente responde penalmente por la conducta desplegada. Por otra parte, la acción de omisión es un mandato de la ley para que el sujeto desarrolle una actividad, porque él no hacerlo implicaría un supuesto delito. En relación con la persona jurídica su responsabilidad estaría en ser omiso a las finalidades establecidas en los contratos por lo que dichas sociedades o empresas o corporativos fueron creados.

98

III. LA LESIÓN O PELIGRO EN LAS PERSONAS FÍSICAS Y JURÍDICAS

Otro elemento esencial es la lesión o peligro a los bienes jurídicos protegidos en la figura típica. Toda figura típica establecida en el código penal protege un bien jurídico como es la vida, la salud, un bien material, etcétera. Pero ese bien jurídico debe ser lesionado o ponerse en peligro, (tentativa) para que un juez pueda decretar que hay delito. Lo cual en las personas jurídicas o morales se puede dar en ciertos casos, cuando contaminan ríos, manantiales, aire, tierra.

Fincar responsabilidad a una persona jurídica por delitos establecidos en el Código penal es complejo. Por lo general las personas jurídicas están constituidas por accionistas que venden y compran en la bolsa de valores. Hoy pueden ser dueños mañana no.²³ Lo que genera impunidad y un juez no pueda sancionar penalmente a estas personas jurídicas. Quizá en lo mejor de los casos se imponen sanciones administrativas que son patrimonialmente pagadas a los afectados y estos corporativos sigan operando a pesar de causar muertes por los químicos utilizados. Existen otros elementos de la figura típica como son los elementos contingentes, formas de participación, elementos de la figura típica, La calidad del sujeto activo y/o del pasivo, el objeto, entendido como el sujeto o cosa sobre los que recae la conducta o hacia los que ella se dirige el resultado material y su imputación objetiva a la acción u omisión, Los medios utilizados, Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión, los elementos normativos y/o subjetivos específicos y modalidades vinculadas a la figura típica. Que, si son aplicables a las personas físicas, pero casi indemostrables en las personas jurídicas.

²² Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Teoría del Delito sistemas causalita, finalista y funcionalista*, Porrúa, México, 2015, p.136.

²³ Zaffaroni, Raúl Eugenio, et al, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Argentina, 2000, 548.

Referente a la categoría de la antijuricidad, son inaplicables para las personas jurídicas como el estado de necesidad, la legítima defensa y el cumplimiento de un deber. Porque ningún contrato que da vida a las personas jurídicas se sustenta bajo situaciones ilícitas. Las personas morales o jurídicas se regulan por la ley y ellos son sus límites y alcances de su objetivo.

IV. LA CULPABILIDAD COMO LÍMITE DE APLICACIÓN A LAS PERSONAS JURÍDICAS EN MATERIA PENAL

En relación con la categoría de culpabilidad como elemento del delito, toda persona jurídica al momento de constituirse debe conocer los hechos típicos y las sanciones penales de los que puede ser responsable, no se puede alegar que no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de sus acciones y debe responder en la medida de su patrimonio del resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.²⁴

Sin embargo, la persona jurídica indudablemente al igual que una persona física puede cometer acciones u omisiones bajo un error invencible o vencible; ya sea sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal como son:

1. Las formas de conducta que no es más que un acto de acción u omisión de un servidor público o personas privadas que violen las normas
2. Formas de coautoría que se traducen en conductas de coautoría material, coautoría en condominio, autoría mediata, autoría equiparada por corresponsabilidad en delito emergente, o autoría indeterminada con o sin acuerdo o adherencia.
3. El dolo o la culpa
4. La Lesión o peligro al bien o bienes jurídicos protegidos (Código Penal: 2022: art. 9, 15).

Pero no debe operar respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de esta, o porque crea que está justificada su conducta ya que la persona jurídica establece claramente sus fines en las actas constitutivas de su creación. Lo que no está autorizado por la ley y su contrato de formación le está vedado en su accionar.

Pero si es evidente que, si las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible a la persona jurídica una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho, podrá no ser responsable del delito que haya cometido o que el resultado típico se produjera por caso fortuito. Por tanto, no existe responsabilidad para esa persona jurídica. Ello implica certeza y seguridad jurídica, ya que toda persona jurídica tiene derechos aún a pesar de que sea una

²⁴ Berchermann, Arizpe, Antonio, *Derecho penal mexicano*, Porrúa, México, 2004, 951. Véase también a Ochoa Romero, Roberto, *La justificación de la pena*, Porrúa, México, 2010, 1 ss.

creación ficticia del derecho. Esta es la posición desde la teoría de delito, lo cual no ha sido considerado para la persona jurídica o moral.

V. EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES Y SU PROBLEMÁTICA DE LA PERSONA JURÍDICA

En lo que respecta a las personas jurídicas el *Código Nacional de Procedimientos Penales*, dentro de su Capítulo II, artículo 421 refiere que:

Las personas jurídicas serán penalmente responsables, de los delitos cometidos a su nombre, por su cuenta, en su beneficio o a través de los medios que ellas proporcionen, cuando se haya determinado que además existió inobservancia del debido control en su organización. Lo anterior con independencia de la responsabilidad penal en que puedan incurrir sus representantes o administradores de hecho o de derecho...

Lo que nos plantea el legislador es que una persona jurídica puede ser responsable de la comisión de un delito por la inobservancia del control de su organización en los delitos establecidos en el Código Penal artículo 11, terrorismo, delitos contra la salud, uso ilícito de instalaciones áreas, corrupción de menores, tráfico de influencia, cohecho, falsificación de moneda, contra el consumo de riquezas, comercialización de objetos robados, robo de vehículos, robo de vehículos, fraude encubrimiento, operaciones con recursos de operaciones ilícitas, contra derechos de autor, tráfico de armas, tráfico de personas, tráfico de personas, secuestro, contrabando, defraudación fiscal, propiedad industrial, violaciones a las instituciones de crédito, mercado de valores, a los sistemas de ahorro, fondos de inversión y crédito, cooperativas de ahorro, concursos mercantiles, sustancias químicas e hidrocarburos, pero solo el juez podrá, en los casos exclusivamente especificados por la ley, en los que se mencionaron anteriormente decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución. Pero la problemática es que se sigue confundiendo la responsabilidad de la persona jurídica con la persona física. El único agente activo del delito es la persona física, no la persona jurídica. Como se ha establecido la persona jurídica es un ente ficticio construido por la ley, por tanto, es inverosímil que despliegue conductas establecidas en el Código Penal.

Para la demostración de estos delitos no sólo se requiere que se configure la conducta típica, sino que es necesaria la voluntad. Una persona jurídica es una creación legal que nace con fines establecidos en su acta constitutiva y su voluntad se encuentra en los fines que persigue, así que cualquier desviación que viole la ley penal debe responder en la medida de esa responsabilidad. En este sentido, la voluntad no se circunscribe a sus operadores o administradores, porque simplemente muchos que aportaron ese patrimonio para su constitución ni siquiera operativamente forma parte de ella. Por lo cual la ley tal parece que lo que se pretende es hacer que se hagan procedimientos completamente innecesarios para enjuiciar

a personas jurídicas, donde los defensores de éstas podrán alegar la falta de voluntad para desacreditar el delito y por ende dejar impune un delito.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas, contemplada dentro del *Código Nacional de Procedimientos Penales*, es ambigua. En un procedimiento en contra de las personas jurídicas se debe demostrar tangiblemente con evidencia física los daños o peligros que realizó con tal conducta. Esto es indemostrable si se refieren a la persona jurídica, lo cual si se puede realizar con la persona física. Si se intenta aplicar a las personas jurídicas como si fueran personas físicas se dejará sin sanción a las personas jurídicas y también a las personas físicas que crearon la persona jurídica. Una cosa diferente son los administradores de estas que deben responder individualmente por los delitos cometidos y otra son las personas físicas ya sea accionistas o responsables operativos de dichos entes.

Por tanto, el proceso penal en contra de las personas jurídicas es innecesario, lo que debe sancionar el juez es si quienes crearon y vigilan los fines de la persona jurídica admitieron la desviación a conductas ilícitas. Y si es así deben reparar los daños para las víctimas que confiaron en la persona jurídica constituida para ello. La mejor medida es un procedimiento de carácter administrativo, haciendo con ello que sea más eficiente y rápida la reparación del daño y su posible extinción.

101

VI. MEDIDAS DE CONTROL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

La persona jurídica es un mecanismo jurídico para formar las empresas, corporativos, asociaciones etcétera con la finalidad de que las personas físicas no estén al frente. Las personas físicas invierten sus capitales y se liberan de responsabilidades civiles o penales. Sin embargo, no por eso, las personas físicas se desligan de los fines por el cual fue creada la persona jurídica. Su creación no es para desligarse de todas las conductas atribuibles a su persona, ya que para eso hay formas de control interno que permiten conocer cualquier desvío o delito de los fines por el cual fue constituida y por tanto tiene una cierta responsabilidad.²⁵

Uno de los elementos de control para vigilar las actuaciones de las personas físicas dentro de la persona jurídica es el criminal *Compliance*, tal mecanismo puede hacer responsable desde los socios, los creadores del ente jurídico, hasta toda clase de trabajadores, dentro de la misma institución, ya sea de índole privada o pública; aunque en las leyes penales cada sujeto responde por los actos realizados y en esa medida es su responsabilidad.

Hoy en día las empresas deben de ser de carácter social, ya que son un colectivo de personas bajo un fin común, y para controlarlas debe ser obligatorio el *Compliance* para evitar que los agentes involucrados realicen los fines de la persona jurídica y no se aparten de sus funciones ya establecidas, impidiendo así deslealtad por parte de los dirigentes de la misma hacia con sus demás dependientes.

²⁵ Uribe Manríquez Alfredo Rene, Coca Vila Ivó, et al, *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Editorial Flores, México.2017, 255.

Sin embargo, la legislación penal se ha mostrado inerte para prevenir los hechos delictuosos producidos en el ámbito de la empresa,²⁶ lo cual afecta la estabilidad de las personas físicas que no tuvieron que ver en la comisión de un delito, en el supuesto que una autoridad decreta la disolución de la persona jurídica.

VII. EL DEBIDO CONTROL ORGANIZACIONAL Y LAS PERSONAS JURÍDICAS

Como se ha expuesto, no es lo mismo los supuestos para las personas físicas aplicadas que la complejidad de las personas jurídicas debido su estructura y operaciones que realizan. Por tanto, penalmente para las personas jurídicas se, debe contar con una autorregulación en sus actividades con la finalidad de prevenir la comisión de delitos, al respecto, tal autorregulación podría ser contemplada en México a través del Código Nacional de Procedimientos Penales en su artículo 421:²⁷ Donde se deduce que las personas jurídicas son susceptibles de asumir una responsabilidad penal en el caso de que se cometan delitos que las involucren, mencionándose como un elemento toral para la actualización de dicha responsabilidad, el que, inobserven un debido control en su organización o también conocido como debido control organizacional.

102

Ahora bien, en ese sentido, conviene abundar en conocer qué se debe entender por debido control organizacional, al respecto, el autor Caro Coria expone que es: “(...) un estándar de diligencia debida, se trata de controlar razonablemente y para ello la herramienta clave es el análisis de riesgo”,²⁸ definición de la que se obtiene que las personas jurídicas deben mantener un modelo para trabajar adecuadamente, a través, de la implementación de un análisis de riesgo que constituye uno de los requisitos esenciales del *Compliance* penal, en la prevención de delitos.

Por otra parte, la jurista Balcázar Alpuche trata el concepto del debido control organizacional, desde la perspectiva de prevención de delitos al interior de las personas jurídicas, y los elementos que lo componen para ello establece que:²⁹

(...) un sistema de control interno consistente en identificar sus leyes aplicables, establecer un ambiente de control, identificar los delitos en que pudiera incurrir en la realización de sus actividades (la persona encargada de identificar estos delitos debe tener conocimientos en derecho penal), contar con un sistema de supervisión permanente de cumplimiento regulatorio, a cargo de un comité o personal especialmente designado para ello (*Compliance officer*), por el Consejo de Administración o a cargo del propio Administrador

²⁶ *Ibid*, 13.

²⁷ Código Nacional de Procedimientos Penales, Diario Oficial de la Federación, 2020, artículo 421 primer párrafo. Las personas jurídicas serán penalmente responsables, de los delitos cometidos a su nombre, por su cuenta, en su beneficio o a través de los medios que ellas proporcionen, cuando se haya determinado que además existió inobservancia del debido control en su organización. Lo anterior con independencia de la responsabilidad penal en que puedan incurrir sus representantes o administradores de hecho o de derecho.

²⁸ Caro Coria, Dino Carlos, “Imputación objetiva y *Compliance* penal”, en Demetrio Crespo, Eduardo (director), *Derecho penal económico y teoría del delito*, España, Editorial Tirant lo Blanch, 2020, p. 403

²⁹ Balcázar Alpuche, Eugenia del Socorro, “La responsabilidad penal de la persona jurídica y “el debido control” en la empresa”, *Revista electrónica EXLEGE*, México, núm. 3, año 2, https://bajo.delasalle.edu.mx/revistas/exlege/pdf_3/exlege_03_art_04-balcazar_alpuche.pdf.

Único, en el caso de las micro, pequeñas y medianas empresas, y contar con auditores internos y externos que evalúen la efectividad del control interno.

De lo anterior, se puede reafirmar que el principal objetivo del debido control organizacional como sistema de prevención de delitos es el cumplimiento de las leyes que le sean aplicables a la persona jurídica, además, de los elementos que integran a dicho sistema. En ese orden de ideas, se puede decir que la jerarquía que se concede a la ausencia del debido control organizacional, atiende a su constitución como núcleo de la responsabilidad penal que debe asumir una persona jurídica, lo anterior, se sustenta en el modelo de imputación establecido por Tiedemann, que implica la culpabilidad de la persona jurídica por el defecto de organización: “(...) la culpabilidad de empresa deriva de los defectos de organización de la misma, en orden al control de la actividad de las personas físicas que actúan en su nombre, interés o representación”.³⁰

En síntesis, conforme a lo analizado se tiene que las personas jurídicas en México son susceptibles de asumir una responsabilidad penal en caso de que se actualicen las hipótesis previstas en el artículo 421 del Código Nacional de Procedimientos Penales, siempre y cuando, se compruebe que en su interior no se implementó un debido control organizacional, es decir, que no contó con un mecanismo adecuado para controlar los riesgos inherentes a su actividad y enfocado en la prevención de delitos.

103

VIII. COMPLIANCE PENAL

Por cuanto hace a la forma en que se puede ver materializado el debido control organizacional, se tiene que el anterior puede ser llevado a cabo a través del *Compliance* penal o también denominado programa de cumplimiento penal, o *criminal Compliance program*, programa del cual el autor Miguel Ontiveros Alonso, proporciona el siguiente concepto:³¹

Un *Criminal Compliance Program* (CCP) es un programa de prevención del delito, que ha sido diseñado y ha sido implementado al interior de una organización, cuya finalidad es excluir de responsabilidad penal al ente colectivo. Se configura por una diversidad de directrices, protocolos, manuales, directivas y estándares de cumplimiento de la legalidad que son derivados de un profundo diagnóstico de riesgos, generan las condiciones para que la actuación de la organización sea considerada acorde al ordenamiento jurídico.

Como se puede observar el principal objetivo del programa de cumplimiento penal consiste en lograr que al interior de las personas jurídicas se prevenga la comisión de delitos, y que, además, éstas puedan verse excluidas de una responsabilidad penal en caso de que ocurriera alguno. Ahora, los alcances del *Compliance* penal son aún mayores, pues además de sus efectos jurídicos, puede ser considerado como un símbolo distintivo de los entes colectivos con

³⁰ Medel Iglesias, Eladio, *Compliance. Modelo y sistema de prevención penal*, España, tesis doctoral, Universidad de Vigo, 2018, p. 111.

³¹ Ontiveros Alonso, Miguel, “Delincuencia organizada corporativa: su prevención mediante el *criminal Compliance*”, *Revista Do Ministério Público Do Estado de Goiás*, Brasil, núm. 36, julio-diciembre de 2018, p. 36.

sus clientes, proveedores e incluso sus trabajadores, en el sentido de ser considerados como garantes del cumplimiento de la ley.

Otro concepto de *Compliance* penal, lo podemos obtener de Marcos Escobar:³²

(...) se emplea para designar única y exclusivamente la obligación de las personas jurídicas de establecer mecanismos internos que prevengan que determinadas personas físicas, que ocupan puestos de relevancia o no, pero que al encontrarse al interior de la empresa, puedan realizar conductas de las cuales resulte responsable penalmente la empresa, ya sea porque se valgan de su estructura empresarial para la comisión del hecho delictivo, ya sea porque alguno de los sujetos individuales al interior de la persona jurídica cometa un hecho delictivo, debido a que la empresa no ha prevenido tal realización y ha ejercido el debido control.

El programa de cumplimiento penal debe ser una obligación legal para las personas jurídicas, de mantener mecanismos que prevengan la comisión de delitos en su interior. Actualmente el artículo 421 del Código Nacional de Procedimientos Penales observa como un elemento contingente el debido control organizacional para establecer una responsabilidad penal, sin embargo, no lo impone como una obligación, sino más bien, solo es un elemento a tener en consideración por la persona jurídica en el supuesto de que se vea involucrada en la realización de un delito, evidentemente muchas personas jurídicas tienen una ausencia de dichos protocolos de *Criminal Compliance*.

104

En ese sentido, se considera prioritario transitar de la forma optativa que se concede a las personas jurídicas de implementar un *Compliance* penal, a que sea obligatoria su realización, pues sólo así se podrá llegar a una autentica efectividad en la autorregulación de las empresas mexicanas, en la prevención de delitos. Así, se tiene que el programa de cumplimiento penal es un mecanismo integrado por distintos elementos, enfocado en la prevención de delitos al interior de la organización, que se realiza a través, principalmente, de la gestión de riesgos acorde a las actividades que desempeña el ente colectivo, teniendo como beneficios adicionales, la exclusión de responsabilidad penal y la distinción con proveedores, socios y empleados para la persona jurídica.

IX. EL PROGRESO DEL COMPLIANCE PENAL EN MÉXICO

La evolución que ha presentado el *Compliance* penal en los estados Unidos Mexicanos, el *Código Nacional de Procedimientos Penales* desafortunadamente no indica los elementos que se deben observar para que se considere que una persona moral efectivamente está cumpliendo con un debido control organizacional, vacío que ha tenido que ser atendido por las legislaturas de diversos Estados de la República, tal es el caso del Estado de Quintana Roo

³² Marcos Escobar, Sídney Ernestina, “*Criminal Compliance* y responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana*, México, núm. 3, julio-octubre de 2020, p. 95.

que el 19 de julio del año 2017 reformó su Código Penal para dar un tratamiento especial a las personas jurídicas y establecer tales elementos.

La reforma estableció que las personas jurídicas: tienen una responsabilidad penal autónoma (artículo 18 Bis), el cual dispone un catálogo especial de delitos para los entes colectivos (artículo 18 Nonius). En el artículo se establece la posibilidad de excluir de responsabilidad penal a las personas jurídicas en caso de que éstas hubiesen implementado con anterioridad a la comisión del delito modelos de organización, gestión y prevención para prevenir delitos o reducir en forma significativa su comisión (inciso a) del artículo 18 Ter y artículo 18 Quáter), y, en consecuencia se establecieron los elementos que deben tener tales modelos (artículo 18 Quinquies), a los cuales podemos comprender como *Compliance* penal por sus características.

Respeto al contenido del *Compliance* penal, el artículo 18 Quinquies, del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Quintana Roo expone:³³

ARTÍCULO 18 Quinquies. Los modelos de organización, gestión y prevención a que se refieren el inciso a) del artículo 18 Ter y el artículo 18 Quáter, deberán cumplir los siguientes requisitos:

Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos; II. Adoptarán protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos, todo esto para prevenir el delito; III. Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos, así como compromisos de los órganos directivos o de administración para destinar recursos a la prevención de delitos; IV. Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención; V. Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas de prevención que establezca el modelo, y VI. Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.

Del precepto antes transcrito, se pueden destacar elementos indispensables que debe tener un *Compliance* penal, como son:

1. la identificación de actividades susceptibles de involucrar la comisión de delitos, también denominado análisis de riesgos, el cual debe ser realizado por expertos en derecho y en el giro de la persona jurídica, de tal suerte que ambos con sus conocimientos puedan identificar las actividades que generen un riesgo de que se cometa un delito, y puedan disminuir o controlar éste.

³³ Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Quintana Roo, México, *Periódico Oficial del Estado de Quintana Roo*, 2021, artículo 18 Quinquies.

2. La adopción de protocolos y procedimientos de la persona jurídica para constatar su voluntad de prevenir delitos, los cuales se pueden ver reflejados en manuales de capacitación y normas internas.
3. Sobre la gestión de recursos financieros, debe configurarse a través de partidas de presupuesto que debe realizar el ente colectivo al área y programas encargados de la prevención del delito, de tal suerte, que el *Compliance* penal no sea una simulación y verdaderamente se tengan los recursos suficientes para su adecuado funcionamiento.
4. Se debe contar con un área encargada de vigilar su funcionamiento y el deber de todos los integrantes de la persona jurídica de hacerle de su conocimiento sobre la comisión de posibles delitos o riesgos.
5. Referente al modelo disciplinario este debe asegurar que todos los integrantes de la persona jurídica acaten las medidas implementadas en la prevención del delito, además, la elaboración de dicho modelo debe ser realizada atendiendo a los resultados del análisis de riesgos y respetando los derechos humanos y laborales.
6. Por último, la verificación periódica y modificación del programa de cumplimiento penal resulta indispensable, atendiendo precisamente a los cambios en la organización, a las infracciones graves que puedan existir, pero también, se debe tomar en consideración las posibles normas que entren en vigor y que afecten la forma en que se desarrollan las actividades del ente colectivo.

Otro de los Estados de la República mexicana que también optó por modificar su Código Penal para incluir disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas y los elementos que deben integrar el programa de cumplimiento penal, es el Estado de Yucatán, quien el día veintitrés de julio de dos mil veinte publicó en su *Diario Oficial* edición vespertina, el decreto 257/2020 por el que se modifica el *Código Penal* de dicha entidad, siendo importantes las siguientes modificaciones:

La entrada en vigor de un catálogo especial de delitos los cuales son susceptibles de cometer una persona jurídica (artículo 16 Bis); 2) La posibilidad de que la persona jurídica sea excluida de responsabilidad penal cuando haya adoptado y ejecutado, antes de la realización del delito, modelos de organización, gestión y prevención del delito o para reducir el riesgo de su comisión (inciso a) del artículo 16 Quáter y 16 Quinquies).

Por otra parte, resulta interesante analizar la justificación de la reforma antes mencionada, por parte de la Comisión Permanente de Justicia y Seguridad Pública del Poder Legislativo de dicho Estado:³⁴

³⁴ Comisión Permanente de Justicia y Seguridad Pública del Estado de Yucatán, *Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforma el Código Penal del Estado de Yucatán, para incluir un catálogo de delitos de las personas morales*, México, LXII Legislatura del Estado Libre y Soberano de Yucatán, 2020, p.10.

(...) el legislador yucateco ha llevado a cabo un análisis especial respecto a la situación en la que se encuentra nuestra entidad, siendo uno de los principales factores el auge económico; en consecuencia, el flujo de capital; sin embargo al reflexionar que las personas morales son susceptibles de cometer delitos, más allá de los patrimoniales, se considera que debe contemplarse un catálogo amplio evitando en gran medida cualquier estado de impunidad o indefensión en el ámbito de las relaciones entre las personas morales con particulares e incluso en las que se realizan entre las primeras con el Estado.

De tal exposición, se debe rescatar el desarrollo económico responsable que se busca asumir ante las actividades de las empresas, reconociendo que las anteriores pueden cometer delitos más allá de aquellos que afectan al patrimonio, en ese sentido, tal reflexión es de trascendencia al ponderarse los bienes jurídicos tutelados de las personas y del Estado sobre un desarrollo que sin la adecuada regulación, podría escenificar una total impunidad para los entes colectivos en su indebido uso o nula gestión de riesgos. Es importante mencionar, que se prescinde del análisis de los elementos que fueron establecidos para el programa de cumplimiento penal en la normatividad penal del Estado de Yucatán, por ser exactamente iguales a los del Estado de Quintana Roo.

107

X. CONCLUSIONES

En el contexto actual resulta evidente que existe una confusión entre la persona física y la persona jurídica, mientras la primera responde en función de los actos delictivos penales desplegados. La persona jurídica que es una ficción jurídica responde por la responsabilidad patrimonial en función de los fines que estipularon en su creación. Acusar de, terrorismo, delitos contra la salud, uso ilícito de instalaciones áreas, corrupción de menores, tráfico de influencia, cohecho, falsificación de moneda, contra el consumo de riquezas, comercialización de objetos robados, robo de vehículos, fraude encubrimiento, operaciones con recursos de operaciones ilícitas, contra derechos de autor, tráfico de armas, tráfico de personas, secuestro, contrabando, defraudación fiscal, propiedad industrial, violaciones a las instituciones de crédito, mercado de valores, a los sistemas de ahorro, fondos de inversión y crédito, cooperativas de ahorro, concursos mercantiles, sustancias químicas e hidrocarburos, establecidos en el Código Penal artículo 11, son propios atribuibles a personas físicas, administradores, directores, gerentes que controlan a la persona jurídica en el ejercicio de sus funciones, si bien, el hecho cometido es relacionado con los actos de la persona jurídica, se podrían tomar los bienes de ésta mediante un procedimiento para resarcir el daño causado, sin embargo, no se debe de dejar impune el acto de las personas físicas.

La descripción de un tipo sancionador atribuibles a las personas jurídicas y físicas en materia penal es diferenciada ya que la voluntad es propia de un sujeto. En una persona jurídica posiblemente su responsabilidad consiste en la violación de los fines por la que fue construida,

por tanto, las figuras típicas no pueden ser las mismas de las personas físicas.³⁵ La persona jurídica es un nuevo paradigma de índole global a quien se le imputa delitos por lo que deben realizar adecuaciones a la legislación nacional e internacional para sancionar hechos delictivos en contra de una ficción jurídica.

En la legislación mexicana existen muchas lagunas en los procedimientos de carácter penal ya que no cuentan con la suficiente adaptabilidad en contra de las personas jurídicas, toda vez que el procedimiento penal exige una serie de pasos en los cuales resultaría ineficientes agotarlos para poder llegar a una sentencia en la que se condena a una persona jurídica por la comisión de un delito.

La autoridad investigadora de los delitos tampoco cuenta con la capacitación para crear una carpeta de investigación por la comisión de un hecho delictivo que comete una persona jurídica, toda vez que se debe expresar los elementos del delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión. A los fiscales les está prohibida la adecuación de una conducta al tipo penal. El artículo 14, establece que “en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”.

108

Las personas jurídicas no están contempladas en la parte general del Código Penal, lo cual es necesario, ya que es muy diferente la persona física que la persona jurídica. La persona jurídica es una ficción legal civil que podría contar con capacidad de goce y de ejercicio, pero no obra con un elemento esencial como es la voluntad, porque al no configurarse este elemento no podrá llevarse a cabo con el procedimiento ante la autoridad competente, dejando en estado de indefensión e impunidad a las víctimas del delito.

El legislador mexicano al momento de implementar el artículo 421 del *Código Nacional de Procedimientos Penales* tuvo que armonizar su legislación con los instrumentos internacionales, para que el precepto legal fuera completo y poder sancionar a las personas jurídicas que incurran en un delito. De otra forma no se puede judicializar a las personas jurídicas. En un primer momento, la autoridad administrativa debe deslindar responsabilidades de las personas jurídicas y las personas morales para que cada ente responda en la medida de su culpa. La persona jurídica es independiente de la responsabilidad de las personas físicas implicados en el hecho punible.

A pesar de que las personas jurídicas han incurrido en responsabilidad penal como las mineras que contaminan ríos, aire, tierra y bosques, la legislación actual es inaplicable debido a su diseño. Para sancionar a las personas jurídicas es pertinente que las leyes se armonicen con la perspectiva internacional para poder implementarlas con eficiencia y eficacia.

Implementar una normatividad para sancionar a las personas jurídicas no solo debe tener como consecuencia su extinción, sino la responsabilidad laboral y de respeto a los dere-

35 Martín Barba, Paul, *La responsabilidad penal de las personas morales en México*, Porrúa, México, 2015, p.188.

chos humanos de las personas que trabajan en dichas empresas. Actualmente existe impunidad en la persecución o investigación de los delitos cometidos de las personas jurídicas, en muchos casos se sanciona a las personas encargadas de la administración. Por lo general, el sector empresarial tiene el capital suficiente para seguir cometiendo actos delictivos bajo un marco de impunidad.

Por lo cual, las personas jurídicas deben crear protocolos de control organizacional, como un medio para evitar la responsabilidad penal, que sirven para prevenir la comisión de delitos. En ese sentido, es dable mencionar que tal control al interior de la organización puede servir como distintivo ante socios comerciales, proveedores y empleados, dando al ente colectivo una postura de garante del cumplimiento de la ley. Además, control organizacional se debe ver materializado a través del programa de cumplimiento penal, el cual debe contar con una serie de elementos indispensables para su correcto funcionamiento, como lo son: el análisis de riesgos, el contar con manuales de procedimientos para su realización, tener recursos económicos suficientes destinados a su operación, contar con un área encargada de observar su funcionamiento y que a su vez se le informe de posibles riesgos o comisión de delitos, tener un adecuado sistema disciplinario que respete los derechos humanos y laborales, y una actualización constante atendiendo a las necesidades de la empresa y a las reformas de las normas que la vinculan.

Así, el Código Nacional de Procedimientos Penales es preciso que establezca los elementos que debe tener un *Compliance* penal, con el objetivo de armonizar las reformas que en la materia realicen los distintos Estados de la República mexicana, no sin omitir, la importancia de que también es necesario que se reconozca como obligatorio el que las personas jurídicas realicen un debido control al interior de sus organizaciones, de tal suerte que se abandone el criterio optativo que poco puede hacer ante la falta de regulación de las actividades de las empresas, por cuanto hace a riesgos penales.

Las propuestas a lo establecido por el artículo 421 del *Código Nacional de Procedimientos Penales* es que la autoridad legislativa debe de tomar en consideración los elementos esenciales del tipo penal como 1) las formas de conducta, que no es más que un acto de acción u omisión 2) Formas de coautoría que se traducen en conductas de coautoría material, coautoría en condominio, autoría mediata, autoría equiparada por corresponsabilidad en delito emergente, o autoría indeterminada con o sin acuerdo o adherencia. 3) El dolo o la culpa 4) La lesión o peligro al bien o los bienes jurídicos protegidos (Código Penal: 2022: art. 9º, 15). Imponer una responsabilidad penal en contra de las personas jurídicas sin tomar en consideración estos elementos es dejar impune a todas las personas jurídicas, al no encontrarse elementos primordiales como puede ser la acción y voluntad de la persona jurídica.

Las personas físicas son a las que se les puede configurar los hechos delictivos, de lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión. ¿Es posible que una ficción jurídica como las personas

jurídicas puedan estar en estos supuestos? La respuesta es no, debido a que tal persona jurídica tiene sus propias características.

El legislador debe armonizar las convenciones internacionales tendientes a regular el tema de la responsabilidad de las personas jurídicas, toda vez que éstas se encuentran con más mecanismos de control para la aplicación de una norma penal en contra de una persona. La legislación mexicana debe ajustarse en términos de legalidad al artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que establece que “en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”.

Además, debe incorporarse en el artículo 421 del *Código Nacional de Procedimientos Penales* un mecanismo de control para poder ejercer las sanciones penales y administrativas por cualquier vía. En caso contrario de que el legislador no haga o adhiera nuevos mecanismos de control para la sanción de una persona jurídica en el *Código Nacional de Procedimientos Penales*, solo genera impunidad y un vacío legal. En realidad, las futuras víctimas de los delitos cometidos en su agravio por las personas jurídicas se quedarán sin sanción alguna.

A pesar de intentar dar una respuesta integral a la problemática de las personas jurídicas, la problemática de los menores infractores es un profundo y complejo problema jurídico que requiere de otros estudios. Tal como se ha reiterado, esta investigación busca contribuir al esclarecimiento de la problemática de las personas jurídicas; sin embargo, tales aspiraciones están limitadas por la magnitud de los problemas de dicho ámbito y por las involuntarias lagunas del trabajo. En todo caso, lo que puede afirmarse con certeza es que la discusión sobre el tema ha de ser realizada de manera seria e impostergable. A esa tarea se suma sin vacilación este trabajo que no plantea posiciones últimas sino busca sumarse al necesario esfuerzo colectivo en favor de esclarecer la problemática de la persona jurídica.

110

XI. REFERENCIAS DE INVESTIGACIÓN

Balcázar Alpuche, Eugenia del Socorro, “La responsabilidad penal de la persona jurídica y “el debido control” en la empresa”, *Revista electrónica EXLEGE*, México, núm. 3, año 2, https://bajio.delasalle.edu.mx/revistas/exlege/pdf_3/exlege_03_art_04-balcazar_alpuche.pdf.

Barba, Paul Martín. *La responsabilidad de las personas morales en México*, Porrúa, México, 2015.

Berchermann, Arizpe, Antonio, *Derecho penal mexicano*, Porrúa, México, 2004.

Caro Coria, Dino Carlos, “Imputación objetiva y *Compliance* penal”, en Demetrio Crespo, Eduardo (director), *Derecho penal económico y teoría del delito*, España, Editorial Tirant lo Blanch, 2020.

Castellanos Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, Porrúa, 2005.

Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Quintana Roo, México, *Periódico Oficial del Estado de Quintana Roo*, 2021, artículo 18 Quinquies.

Comisión Permanente de Justicia y Seguridad Pública del Estado de Yucatán, *Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforma el Código Penal del Estado de Yucatán, para incluir un catálogo de delitos de las personas morales*, México, LXII Legislatura del Estado Libre y Soberano de Yucatán, 2020.

Flores Gómez González Fernando, *Introducción al estudio del derecho y derecho civil*, Porrúa, México, 1996.

García Maynez, Eduardo, *Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 2019.

López Betancourt, Eduardo, *Teoría del delito*, Porrúa, México, 2014.

Marcos Escobar, Sídney Ernestina, *Criminal Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana*, México, núm. 3, julio-octubre de 2020.

Medel Iglesias, Eladio, *Compliance. Modelo y sistema de prevención penal*, España, tesis doctoral, Universidad de Vigo, 2018.

Moreno Hernández, Moisés, *Política criminal y reforma penal*, Centro de estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, México, 1999.

Moto Salazar, Efraín. *Elementos de derecho*, Porrúa, México, 2015.

Ochoa Romero, Roberto, *La justificación de la pena*, Porrúa, México, 2010.

Ontiveros Alonso, Miguel, *Delincuencia organizada corporativa: su prevención mediante el criminal Compliance*, *Revista Do Ministério Público Do Estado de Goiás*, Brasil, núm. 36, julio-diciembre de 2018.

Orellana Wiarco, Octavio Alberto, *Teoría del Delito sistemas causalita, finalista y funcionalista*, Porrúa, México, 2015.

Roxin Claus, *Derecho penal. Parte general*, tomo I, Civitas, España, 1999.

Uribe Manriquez Alfredo Rene, Coca Vila Ivó, et al, *Compilance y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Editorial Flores, México.2017.

Zaffaroni, Raúl Eugenio, et al, *Derecho penal. Parte general*, Ediar, Argentina, 2000.

ANÁLISIS DE LA ACTUACIÓN POLICIACA FRENTE A LA PARTICIPACIÓN DE MUJERES EN PROTESTAS SOCIALES: EL CASO DE MÉXICO Y CHILE

Dra. Daniela Cerva Cerna¹

Dr. Miguel Ángel Juárez Merino²

Resumen: Este capítulo ofrece una revisión crítica, desde el análisis de los derechos humanos, de la actuación policiaca ante las manifestaciones sociales que comprenden una amplia participación de mujeres expresando demandas feministas, tanto en Chile como en México, en los últimos tres años. La observación de este fenómeno novedoso abre una serie de interrogantes, no sólo por la acción colectiva de mujeres, que utilizando repertorios de acción contenciosa han inundado el espacio público para protestar por la desigualdad de género, la violencia de todo tipo y las fallas institucionales para su protección.

En particular interesa examinar la forma en que las policías han reaccionado bajo patrones de comportamiento ilegal que presentan graves violación a los derechos humanos.

Iniciamos con una revisión de las características de las protestas feministas, luego hacemos un encuadre crítico desde las teorías de los derechos humanos, pasando por la exploración comparada de los modelos policiacos de Chile y México, para aterrizar en la presentación de algunos casos que atestiguan, mediante informes de organismos de derechos humanos, lo que consideramos ha sido una hostil actuación policiaca.

Palabras clave: Movimiento feminista, Derechos humanos, Represión policia, México, Chile.

Abstract: This chapter offers a critical review, from the perspective of human rights, of police actions during social demonstrations involving a broad participation of women expressing feminist demands, both in Chile and Mexico, over the last three years.

The observation of these recent protests raises a number of questions about the collective action of women who, using repertoires of contentious action, have flooded the public space to protest against gender inequality, violence of all kinds and institutional failures to protect them. We are particularly interested in analyzing police reactions, as the patterns of illegal behavior displayed by law enforcement exhibit serious human rights violations.

Firstly, we review the characteristics of feminist protests. We then make a critical framing through the theories of human rights, comparing police models of Chile and Mexico. Finally, we present cases that demonstrate hostile police action, as reported by human rights organizations.

Key words: Feminist Movement, Human Rights, Police repression.

¹ Doctora en Ciencias Políticas y Sociales, PITC Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Autónoma del Estado de Morelos dani.cerva@gmail.com

² Doctor en Derecho y Globalización. dr.migueljm@gmail.com

I. PANORAMA DE LAS PROTESTAS FEMINISTAS A NIVEL GLOBAL

La violencia de género es uno de los problemas más fuertes y profundos que experimentan las mujeres en todo el mundo durante el siglo XXI. Movimientos como el #MeToo, #NiunaMenos, #VivasNosQueremos, entre otros, son la expresión de la cuarta ola del feminismo, caracterizada por la denuncia global de la persistente violencia machista que se refleja en el feminicidio de varias mujeres al día, el aumento de la violencia dentro de los hogares – en específico en el contexto de la pandemia de Covid-19, y las múltiples formas de agresión y acoso sexual que enfrentan las mujeres y niñas en su vida diaria, tanto en espacios privados como públicos: calles, transporte, lugar de trabajo, oficinas de gobierno y las aulas universitarias, entre otros.

El feminismo actual, como movimiento de masas ha logrado masificar a nivel global sus demandas mediante su capacidad de romper el silencio que impone el mandato patriarcal sobre la normalización de la violencia contra las mujeres. Los medios, las redes y el activismo feminista presencial y virtual, han generado una comunidad de indignación que demuestra su capacidad de compartir los sentimientos de vergüenza, culpa, enojo, desagrado o asco que provoca el abuso sexual sobre el cuerpo y la sexualidad de niñas, adolescentes y mujeres adultas.

Se destaca el papel de las redes sociales porque han sido un medio que ha posibilitado transformar la percepción de que éstas son experiencias individuales a entenderlas como un problema colectivo, profundamente arraigado en nuestras sociedades patriarcales.

Otra forma de expresión de esta indignación feminista ha sido las movilizaciones colectivas a lo largo del mundo, principalmente en fechas emblemáticas como el 8 de marzo Día internacional de las mujeres y el 25 de noviembre día internacional de la lucha contra la violencia hacia las mujeres.

Como lo analiza Nuria Varela en su texto El artículo “El tsunami feminista”,³ el auge y el impacto del feminismo contemporáneo, especialmente en países de habla hispana se caracteriza por la amplitud y alcance mundial de la movilización feminista gracias a la organización en redes sociales y a la visibilización de la violencia de género. El movimiento feminista actual se enfoca en la igualdad de género, el derecho al aborto y la lucha contra la violencia machista.

II. LO NOVEDOSO DE LA PROTESTA: LAS MUJERES EN LAS CALLES EN PRIMERA PERSONA

Aunque tras bambalinas, a lo largo de la historia las mujeres han estado presentes en varios escenarios de lucha y protesta social. Lo que marca la diferencia de la participación de las mujeres en las calles hoy en día, es que el feminismo se nombra a sí mismo en primera persona, con una agenda propia que lucha porque los Estados y las instituciones no sean omisas frente a la gravead de la violencia contra las mujeres.

³ Varela, Nuria, El tsunami feminista, *Nueva Sociedad*, marzo-abril 2020. núm. 286..

Ahora bien, frente a la salida masiva de mujeres, sobre todo jóvenes a las calles, hemos asistimos, para el caso de México y Chile, de la inusitada reacción policiaca mediante la represión y castigo desmedido.

La violencia policial contra las mujeres que participan en manifestaciones públicas es un tema preocupante en todo el mundo. A menudo, las mujeres enfrentan formas específicas de violencia y discriminación debido a su género y a su participación en las protestas. En muchos casos, las fuerzas de seguridad utilizan la fuerza de manera desproporcionada y violenta contra las mujeres que participan en manifestaciones. Esto puede incluir el uso de gases lacrimógenos, balas de goma, porras, golpes y detenciones arbitrarias, amenazas, violencia de tipo sexual, entre otras.

Algunos estudios y organizaciones han documentado casos específicos de violencia policial contra mujeres en manifestaciones. Por ejemplo, un estudio de la organización internacional Human Rights Watch encontró que las mujeres que participaron en manifestaciones en Chile en 2019 enfrentaron niveles significativamente más altos de violencia sexual y de género por parte de las fuerzas de seguridad que los hombres.⁴

Como lo veremos, este informe señala que las mujeres que participaron en las manifestaciones enfrentaron niveles significativamente más altos de violencia sexual y de género que los hombres, incluyendo tocamientos sexuales, desnudamientos forzados y violaciones. El informe también destaca que las mujeres enfrentaron mayores barreras para denunciar estos casos y para acceder a servicios de atención médica y apoyo.

En México, varias organizaciones han denunciado la violencia policial contra mujeres en manifestaciones, incluyendo el acoso sexual y las detenciones arbitrarias. En 2020, durante una manifestación en la Ciudad de México en conmemoración del Día Internacional de la Eliminación de la Violencia contra las Mujeres, la policía detuvo a varias mujeres de manera violenta y arbitraria.⁵ Es menester recordar el Caso de la represión policiaca en México en la comunidad de San Salvador Atenco, donde la violencia sexual perpetrada por el Estado y sus fuerzas de seguridad fue sido utilizada como herramienta de represión para desmovilizar la acción colectiva: el cuerpo de las mujeres fue tratado como un campo de batalla para transmitir mensajes patriarcales y de poder y control político.

Las mujeres que protestaron contra la construcción del Nuevo Aeropuerto Internacional de la Ciudad de México fueron víctimas de violencia sexual por parte de las fuerzas de seguridad pública. De las 217 personas detenidas, 47 eran mujeres y 27 de ellas denunciaron violación sexual y tortura sexualizada.⁶

4 Human Rights Watch, *Chile: Llamado urgente a una reforma policial tras las protestas*, HRW, Santiago de Chile, 26 de noviembre de 2019. Disponible en <https://www.hrw.org/es/news/2019/11/26/chile-llamado-urgente-una-reforma-policial-tras-las-protestas>, Fecha de consulta 02 de mayo de 2023.

5 Amnistía Internacional, *México: La era de las mujeres. Estigma y violencia contra las mujeres que protestan*, AMR 2021.

6 Cortés, Ramón y Emma Zapata Martelo, Los movimientos sociales desde la perspectiva feminista: pistas metodológicas para un análisis no androcéntrico de la acción social, *La ventana, Revista de estudios de género*, julio-diciembre 2021, núm. 54.

Se propone la inclusión de una variable cultural que aborde las influencias de género en la protesta, no solo en su sentido, sino también en su expresión en el espacio público. Las manifestaciones feministas han sido reprimidas no solo por afectar el orden público, sino también por confrontar los mandatos de género que limitan el papel de la mujer en la sociedad y sugieren que su lugar está lejos del conflicto social y político. La misoginia expresada en los discursos institucionales también contribuye a la estigmatización de mujeres jóvenes o grupos de madres y familiares de víctimas de violencia machista.

En este contexto, el feminismo como activismo ha sido estigmatizado debido a que las mujeres que participan en protestas son vistas como agresivas y violentas, lo que contradice los mandatos de género que les sugieren que deben ser silenciosas y pacíficas.^{7 y 8}

Es importante destacar que la violencia policial contra las mujeres en manifestaciones es una violación de los derechos humanos y debe ser condenada enérgicamente. Las autoridades deben garantizar el derecho a la protesta pacífica y evitar el uso desproporcionado de la fuerza contra las mujeres y otros manifestantes.

III. PERSPECTIVA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LA PROTESTA

Para comprender la obligación del Estado y sus instituciones en el tema de la protesta, resulta menester incluir la dimensión de los derechos humanos, pues la libre manifestación de las ideas es una de las libertades consagradas a la humanidad desde el auge de los gobiernos democráticos.

En este sentido y en congruencia con el impacto que la filosofía humanista ha tenido en el derecho internacional, los Estados modernos no pueden ser ajenos a garantizar el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos de sus habitantes; de hecho, la estructura normativa debe estar siempre en constante armonía con esta idea, desde la Constitución como norma fundamental, hasta todas las leyes emanadas, así como la actuación de las autoridades en su ejercicio público.

En el tema que ocupa a este apartado, conviene resolver cuáles son los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) respecto de la protesta y la actuación del Estado y sus estructuras de poder en la garantía del ejercicio de este derecho; con ello, se podrán tener las bases para determinar por qué se dice que los protocolos de actuación de las policías mexicana y chilena no están siendo conforme a derecho y, por el contrario, son acciones de represión y supresión de libertades fundamentales.

7 Cerva Cerna, Daniela, La protesta feminista en México. La misoginia en el discurso institucional y en las redes sociodigitales, *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, septiembre-diciembre 2020, vol. 65, no 240.

8 Cerva-Cerna, Daniela, Criminalización de la protesta feminista: el caso de las colectivas de jóvenes estudiantes en México, *Revista de Investigaciones Feministas*, vol. 12, núm. 1, 03 de febrero de 2021. Disponible en <https://revistas.ucm.es/index.php/INFE/article/view/69469>, Fecha de consulta 02 de mayo de 2023.

De acuerdo con esto, la CIDH ha interpretado en términos del artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos que:

el deber de los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.⁹

Es así como se fundamenta la idea, desde el contexto del sistema universal e interamericano de derechos humanos, que los Estados se encuentran obligados tanto a respetar como a proteger y garantizar los derechos y libertades de las personas, sin distinción alguna. Bajo esta idea, uno de los derechos humanos más elementales es el de la libre expresión, mediante manifestaciones o protestas.

La relevancia de este derecho viene dada por la relación que la protesta tiene con los derechos políticos, la libertad de expresión, el derecho de reunión y la libertad de asociación, y que estos derechos, en conjunto, hacen posible el juego democrático.¹⁰ Por tanto, la vulneración o represión del derecho a la protesta, tiene implícita una violación a un catálogo de derechos conexos aún más amplio.

No obstante que la protesta tiene una significativa relevancia dentro de la vida política del Estado y la sociedad, la CIDH ha documentado en reiteradas ocasiones que, en la región de América Latina, existen altos índices de violaciones a los derechos humanos en el ejercicio de este derecho, y no sólo esto, sino que el actuar de la autoridad se caracteriza por instrumentar respuestas desproporcionadas y uso ilegítimo de la fuerza pública.

Lejos de que la autoridad garantice el respeto a dichas libertades políticas, la respuesta de los gobiernos se traduce en una especie de respuesta ante una amenaza pública o de reprimir a un grupo que se considera opositor del Estado. Por ende, la falta de cumplimiento de las obligaciones del Estado de respetar y garantizar los derechos involucrados en la protesta

ha derivado en hechos de violencia generalizada en los que no sólo se afecta seriamente el ejercicio de este derecho, sino que también se vulneran los derechos a la vida, la integridad física, la libertad y la seguridad personal de las personas que participan en las manifestaciones de protesta social.¹¹

Ante estos hechos, la CIDH ha instado a los gobiernos del continente americano, no sólo a garantizar el derecho a la protesta y aquellos derechos humanos vinculados a esta, sino que además ha sido enfática en determinar que el Estado debe poner los mecanismos adecuados

9 CIDH, Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C N° 4, párr. 166; CIDH, Caso Godínez Cruz Vs. Honduras, Sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C N° 5, párr. 175.

10 CIDH, Caso López Lone y Otros vs. Honduras. Sentencia de 5 de octubre de 2015, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 160.

11 CIDH, Segundo informe sobre la situación de las defensoras y los defensores de derechos humanos en las Américas, 31 de diciembre de 2011, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 66, párr. 130 y 131; CIDH, Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos, 31 de diciembre de 2009, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 57, párr. 192.

para facilitar el ejercicio de estos derechos, aplicando medidas y mecanismos suficientes a favor de estas prácticas y no como obstáculos de estas.

En cuanto a la actuación policiaca durante la protesta, la Corte Interamericana también se ha pronunciado respecto a que la seguridad ciudadana no puede basarse en un paradigma de uso de la fuerza que apunte a tratar a la población civil como el enemigo, sino que debe consistir en la protección y control de los civiles que participan de manifestaciones.¹²

Los protocolos de actuación de las policías en América Latina aplicados antes, durante y posterior a una protesta, deben apegarse a los principios de respeto y garantía de los derechos humanos. Las fuerzas del orden y seguridad no pueden ser el brazo armado de represión del Estado, sino todo lo contrario, su presencia en las manifestaciones debe ser con el único fin de salvaguardar la integridad de las personas involucradas y poner los medios que faciliten la protesta. La CIDH, manifiesta que las directivas de las fuerzas policiales deben estructurarse “*con la certeza de que su obligación es proteger a los participantes en una reunión pública o en una manifestación o concentración, en la medida que éstos ejercen un derecho*”.¹³

Resulta de especial atención, aquellos casos donde un grupo manifestante tiene mayor vulnerabilidad por sus condiciones sociales, económicas, políticas, etc. En este sentido, la CIDH expresa que en el diseño e implementación de los operativos debe prestarse especial atención a las formas desproporcionadas e ilegítima en que el uso de la fuerza puede afectar a ciertas personas y/o grupos en función de sus características particulares, tales como las mujeres. Lo cierto es que, en el caso de la protesta feminista con una amplia y masiva participación de mujeres, las condiciones inherentes de las participantes, agudiza los factores de riesgo durante la protesta. Por un lado, se deslegitima su derecho a la manifestación al estigmatizarlas como generadoras de violencia —por los rayados y pintas en paredes y monumentos—; por otro lado, y aún más alarmante, es el hecho de que la actuación de las policías es diferenciada en el caso de las mujeres, pues existe una marcada violencia de tipo sexual añadida a otros tipos de agresiones físicas y verbales.

Es por esto que, en apartados posteriores de este capítulo, se abordarán los casos específicos de las policías de México y Chile, a fin de comprender cómo es que se presenta la violencia en las protestas feministas de una manera tan diferenciada de otro tipo de manifestaciones, y qué papel tienen los cuerpos policiales al momento de reprimir estas protestas de manera singular.

IV. ESTRUCTURA DE LA POLICÍA MEXICANA Y CHILENA

El papel de la seguridad pública dentro del análisis de las políticas públicas del Estado y sus prácticas frente al manejo de la protesta social y el derecho a la libre manifestación de ideas

12 CIDH, Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de julio de 2006, Serie C N° 150, párr. 78; CIDH, Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2018, Serie C N° 371, párr. 167.

13 CIDH, Informe de Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos, 2009, párr. 193; CIDH, Informe Anual 2015, capítulo IV A, párr. 79.

refleja en sí mismo la conciencia del grupo en el poder sobre las necesidades reales de su ciudadanía y sus problemáticas.

De acuerdo con diversas investigaciones, en el caso de América Latina, la represión de la protesta ha trascendido hasta el punto de la criminalización, un concepto que hace referencia al conjunto de estrategias recurridas por actores estatales y no-estatales como una forma de intimidar, inhibir y deslegitimar las luchas sociales.¹⁴

Dicha criminalización se ha manifestado con mayor profundidad en la lucha feminista y las movilizaciones más recientes; ante un gobierno incapaz de atender la agenda de combate a la violencia contra las mujeres, uno de los recursos más utilizados es la deslegitimación, persecución y opresión de las actoras involucradas. Para ello, el papel de la policía se vuelve fundamental, como brazo ejecutor de la política de Estado.

Para construir una criminalización de la protesta social efectiva, es necesario contar con elementos jurídicos, institucionales, mediáticos y políticos; por ende, el análisis del grado de profundidad de dicho fenómeno dentro de dos de los países más convulsionantes de Latinoamérica, como lo son México y Chile, requiere de un repaso sobre su política y sus instituciones insignia de seguridad pública.

Por lo que respecta a México, la apuesta más reciente de la estrategia de seguridad está centrada en la Guardia Nacional; un cuerpo policial, de naturaleza militarizada, compuesto en su mayoría por elementos de las fuerzas armadas y que conlleva la necesidad inherente de conocer su grado de capacidad para intervenir en labores de seguridad pública, con respeto al ciudadano y sus derechos humanos.

La propuesta de la Guardia Nacional responde a una insostenible y creciente crisis de violencia en el país, aunado al deterioro de la confianza ciudadana hacia sus policías locales; en este sentido, de acuerdo con datos del INEGI, las personas tienden a confiar menos en sus instituciones de seguridad pública entre más cercanas son; en un sentido inversamente proporcional, a mayor contacto de la policía con el ciudadano, mayor es el grado de percepción sobre corrupción.¹⁵

La descomposición de las policías en México, refleja una preocupación constante, pues el hecho de basar una estrategia de seguridad para combatir la criminalidad en el país, a través de una policía única como lo es la Guardia Nacional, está lejos de ser el camino adecuado; en contra sentido al fortalecimiento de las policías locales, desde una perspectiva de seguridad ciudadana; no obstante, dichas instituciones se encuentran en un abandono por parte de sus gobiernos locales, quienes prefieren apostar por una solución federalizada.

Con instituciones policiacas locales en crisis y una Guardia Nacional de naturaleza militarizada, la ciudadanía se encuentra en evidente indefensión; quienes están obligados a brindar seguridad, son los perpetradores de la violencia. Temas como la vinculación de las autoridades con el crimen organizado y la brutalidad policial, merecen de todo un análisis independiente.

14 Alvarado Alcázar, Alejandro, La criminalización de la protesta social: Un estado de la cuestión, *Revista Rupturas*, enero-junio 2020, vol. 10, núm. 1, p. 26.

15 INEGI, Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública, INEGI, México, 2022.

No obstante, para cumplir con los objetivos de la presente temática, es menester revisar la actuación específica de las policías mexicanas en la protesta feminista, y descubrir con ello, si su actuación es tendiente a la represión y cuáles son las condiciones para que esto suceda.

Como lo señalamos, en los últimos años las protestas de mujeres en las calles han tomado un particular auge, ya sea por el poder de convocatoria, potenciado por las redes sociales y las herramientas de comunicación digital, o bien, por los efectos de una sociedad globalizada, capaz de transmitir información en tiempo real sin el sesgo del Estado; lo cierto es que hoy la lucha feminista tiene una mayor visibilidad respecto de épocas pasadas.

Ante tal panorama, la respuesta del gobierno mexicano y sus policías ha seguido una ruta constante de represión; frente a la incapacidad de garantizar los derechos de las niñas, jóvenes y adultas, el Estado ha decidido ser omiso a las demandas feministas y, aún más, promueve la estigmatización, criminalización y minimización del papel de las mujeres en las calles.

Para ello, las instituciones policiales han hecho un uso excesivo de la fuerza pública, cometiendo abusos físicos y sexuales; además, las prácticas de intimidación como el encapsulamiento de las manifestantes,¹⁶ los disparos al aire¹⁷ y el arresto injustificado,¹⁸ develan no sólo la incapacidad de respuesta policial, sino una clara estructura patriarcal, donde no importa si se trata de oficiales hombres o divisiones policiales de mujeres, como el grupo de Ateneas de la Ciudad de México, en cualquier caso, las técnicas de represión se hacen presentes.

Según los datos proporcionados por Amnistía Internacional en su más reciente informe sobre el estigma y la violencia contra las mujeres que protestan en México, los abusos policiales han sido cometidos en varios casos contra menores de 12 a 17 años;¹⁹ aunado a ello, las manifestaciones feministas se encuentran compuestas mayoritariamente por mujeres de entre 20 a 35 años.²⁰ En este sentido, lo que se puede apreciar es que las adolescentes y jóvenes en México no están seguras en las calles al momento de ejercer su libertad de expresión y manifestación, pues es el propio Estado, a través de sus policías, quienes las criminalizan y violentan en primer término.

En sus conclusiones del citado informe, Amnistía Internacional señala contundentemente que:

Las mujeres y niñas en México viven en un contexto donde el Estado no actúa para proteger sus derechos. Cuando implica protestar en la vía pública, contra la violencia de género, son violentadas de distintas maneras, incluyendo con violencias basadas en el género. La prevalente impunidad en casos de violencia de género y las constantes violaciones a derechos

¹⁶ López Pérez, Emilia, Buscan a Karla Guzmán tras encapsulamiento por más de 3 horas en Metro Hidalgo, *El Financiero*, 8 de marzo de 2021. Disponible en <https://www.elfinanciero.com.mx/cdmx/fotoperiodistas-que-cubren-8m-acusan-agresion-de-policias-en-metro-hidalgo/>, Fecha de consulta 19 de abril de 2023.

¹⁷ Redacción, Una estupidez disparar al aire para dispersar manifestación: titular de SSP de Quintana Roo, *El Universal*, 10 de noviembre de 2020. Disponible en <https://www.eluniversal.com.mx/estados/cancun-una-estupidez-disparar-al-aire-para-dispersar-manifestacion-ssp-de-q-roo/>, Fecha de consulta 19 de abril de 2023.

¹⁸ Forbes Staff, Policías de CDMX golpean a fotoperiodista en marcha del #8M2021, *Forbes*, 8 de marzo de 2021. Disponible en <https://www.forbes.com.mx/noticias-policias-golpean-fotoperiodistas-cubrian-dia-mujer-cdmx/>, Fecha de consulta 19 de abril de 2023.

¹⁹ Amnistía Internacional, México: La era de las mujeres. Estigma y violencia contra las mujeres que protestan, AMR, 2021, p. 5.

²⁰ *Ibidem*, p. 16.

humanos de las mujeres y niñas que protestan, ha diezmado la confianza en las instituciones que deberían protegerlas y garantizar sus derechos. Peor aún, aquellas mujeres y niñas que toman la decisión de salir a las calles para levantar su voz y exigir justicia por casos de violencia de género contra las mujeres, sufren no solamente el estigma de ser malas mujeres por atreverse a desafiar los roles tradicionales de género, sino además se les acusa automáticamente de violentas y provocadoras. Estos estigmas, en muchas ocasiones, conllevan consecuencias que van más allá del nivel individual, y se expresan a nivel familiar y comunitario, incluyendo la ruptura de relaciones familiares y la pérdida del trabajo.²¹

Ante este panorama, conviene cuestionar si la actual administración pública federal y el presidente López Obrador, tiene una genuina conciencia sobre la problemática de la represión de las mujeres que protestan en México o, por el contrario, si el ejecutivo federal es omiso a su obligación de gobernar bajo los principios de equidad, igualdad y perspectiva de género, y es, por ende, un gobierno que estigmatiza y criminaliza a las feministas.

Por otra parte, el tema de la militarización de la Guardia Nacional despierta evidentes preocupaciones en diversos aspectos. En primer término, el uso de la fuerza durante las detenciones; además, los abusos posteriores a la detención; y el cumplimiento de los requerimientos legales de tiempo y lugar en relación con el arresto.²²

120

En este sentido, de acuerdo con Silva Forné, quien recoge datos de la Encuesta Nacional de Población Privada de la Libertad, se puede verificar que existen diferencias entre la condición policial o militar de las fuerzas de seguridad al momento de evaluar las variables de detención y uso de la fuerza. Con lo cual, se demuestra que existen mayores porcentajes de uso excesivo de la fuerza e incumplimiento de requisitos legales cuando la detención es ejecutada por militares que por integrantes de instituciones policiales.²³

En el caso chileno, la situación de la seguridad pública conlleva una particularidad respecto de los países democráticos modernos, y tiene que ver con la naturaleza militarizada de la policía; dicho modelo, se encuentra respaldado por la propia Constitución y su marco normativo, cuando se señala que:

Artículo 101:

[...]

Las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública están integradas sólo por Carabineros e Investigaciones. Constituyen la fuerza pública y existen para dar eficacia al derecho, garantizar el orden público y la seguridad pública interior, en la forma que lo determinen sus respectivas leyes orgánicas. Dependen del Ministerio encargado de la Seguridad Pública.

²¹ *Ibidem*, p. 46.

²² Juárez Ortiz, Irene y Silva Forné, Carlos, Estudios policiales, *Desacatos*, 60, mayo-agosto 2019, p. 3.

²³ *Ídem*.

Las Fuerzas Armadas y Carabineros, como cuerpos armados, son esencialmente obedientes y no deliberantes. Las fuerzas dependientes de los Ministerios encargados de la Defensa Nacional y de la Seguridad Pública son, además, profesionales, jerarquizadas y disciplinadas.²⁴

En adición a esto, el artículo 1º de la Ley Orgánica Constitucional de Carabineros menciona:

Carabineros de Chile es una Institución policial técnica y de carácter militar, que integra la fuerza pública y existe para dar eficacia al derecho; su finalidad es garantizar y mantener el orden público y la seguridad pública interior en todo el territorio de la República y cumplir las demás funciones que le encomiendan la Constitución y la ley.²⁵

A partir de esto, resulta evidente la postura del Estado chileno por mantener un paradigma de la militarización de la seguridad pública, mismo que es contrario a la fuerte tendencia internacional por la construcción de fuerzas de seguridad de orden civil; asimismo, contraviene los preceptos fundamentales de las corrientes más recientes sobre seguridad ciudadana e incluso seguridad humana, de entre las que destaca, la cercanía institucional con la población, el respeto a los derechos humanos y la actuación policial con perspectiva de género.

Para Dammert y Duce, el modelo de Carabineros de Chile ha derivado en una profunda crisis vista desde tres dimensiones:

1. Crisis de desempeño: referida a falta de capacidad profesional para cumplir eficazmente sus funciones de prevención, investigación de los delitos y control del orden público.
2. Crisis de control: referida a su excesiva autonomía (fáctica) y escasa rendición de cuentas en materia de gestión operativa, financiera y desarrollo institucional.
3. Crisis de legitimidad: referida a la pérdida de credibilidad y confianza en amplios sectores de la población.²⁶

Todo lo anterior, sostiene la idea de que, tanto la institución de Carabineros como el manejo de la seguridad pública por parte del Estado chileno, atraviesan por un periodo de convulsión que exige abandonar la herencia del régimen dictatorial y evolucionar hacia una política distinta. Como puede observarse, en ambas instituciones de seguridad destaca el enfoque militarista en el modelo de actuación; de hecho, en el caso chileno, dicho paradigma está ligado a los antecedentes dictatoriales del propio país, lo que refleja que Carabineros no ha hecho la transición hacia una policía con enfoque en el ciudadano.

Por lo que toca a México, la Guardia Nacional se encuentra cada vez más vinculada a ser una institución totalmente integrada a las fuerzas armadas del Estado y subordinadas a un mando militar. Esto tiene como consecuencia un retroceso respecto a la tendencia global de contar con policías locales de calidad, altamente capacitadas y con mando civil.

²⁴ Constitución Política de la República de Chile, 2019, p. 69.

²⁵ Ley Orgánica Constitucional de Carabineros, 2023, p. 1.

²⁶ Dammert, Lucía y Duce, Mauricio, *Propuestas para iniciar un proceso de reforma a Carabineros de Chile*, Centro de Investigación Periodística, Santiago de Chile, 26 de noviembre de 2019. Disponible en <https://www.ciperchile.cl/2019/11/26/propuestas-para-iniciar-un-proceso-de-reforma-a-carabineros-de-chile/>, Fecha de consulta 19 de abril de 2023.

En síntesis, al ser instituciones carentes de participación ciudadana, enfoque en los derechos humanos y formación integral con perspectiva de género, es común encontrar ejemplos sobre actos de represión a la población, que se agudizan en el tema de la protesta feminista por las condiciones inherentes a la violencia contra las mujeres y la imposibilidad del estado de garantizar un protocolo de actuación policiaca que proteja los derechos fundamentales de manera equitativa.

V. LA ACTUACIÓN DE LA POLICÍA MEXICANA EN LAS PROTESTAS FEMINISTAS

Además de la *información* que se desprende del Informe de Amnistía Internacional sobre represión de las protestas feministas en México, la agrupación Artículo 19 presentó en 2021 el documento “Distorsión: el discurso contra la realidad”,²⁷ donde se afirma que la no garantía de libertad de expresión e información tiene graves consecuencias sobre los derechos de toda la ciudadanía y en particular, sobre quienes queriendo ejercer este derecho, son criminalizados.

En este documento se advierte que las descalificaciones hacia las protestas feministas son un preámbulo y justificación de la represión policial que se ha experimentado durante 2020-2021. A ello se agrega el registro de las agresiones sufridas por mujeres periodistas implicadas en la cobertura de las movilizaciones feministas por parte de los cuerpos policiales en varias ciudades del país.

Para el Artículo 19, las acciones de represión ante las manifestantes han sido precedidas de declaraciones que criminalizan y estigmatizan la protesta social.

A nivel de coacción ejercida por las fuerzas de seguridad, Artículo 19 documenta una serie de prácticas policiales que dieron lugar a violaciones al derecho a la protesta y libre movilización, como son el uso de gas lacrimógeno y polvo químico seco, así como uso excesivo de la fuerza, detenciones arbitrarias e ilegales, criminalización mediante acusaciones de terrorismo y acusaciones de daños a la propiedad privada o pública.

En específico queremos retomar la actuación policiaca frente a Protesta “Justicia por Alexis (feminicidio de Bianca Alejandrina Lorenzana Alvarado)”, el 9 de noviembre 2020, en Cancún, Quintana Roo. En dicha manifestación se ejerció un uso arbitrario de la fuerza letal, mediante armas de fuego que dejaron tres personas heridas, varias personas detenidas, agresiones físicas, agresiones verbales relacionadas con estereotipos de género, agresión sexual mediante tocamientos y traslado de personas lesionadas a la Fiscalía General sin atención médica.

Como se desprende del testimonio de una de las víctimas:

Me empezaron a golpear más. Me dieron puñetazos en la cara, patadas en la panza, puñetazos entre pecho y costillas. En el último, en el ojo, veo blanco y pierdo estabilidad”.
En ese momento los policías comenzaron a arrastrarla hacia la parte trasera del Palacio

²⁷ Artículo 19, Distorsión: el discurso contra la realidad, *Articulo19*, México y Centro América, México, 23 de marzo de 2021. Disponible en <https://articulo19.org/distorsion/> Fecha de consulta 02 de mayo de 2023.

Municipal, un parque a oscuras. “Me amordazan, me dan en el seno derecho con el puño cerrado y en las costillas, vuelvo a perder el aire y me desvanezco un poco” ... “Como yo tenía la blusa rota, el policía comenzó a tocar mis senos. Metió su mano dentro de mi vagina y mi ano, yo sentí perfecto como metió dos dedos delante y dos dedos atrás. Traía un leggin deportivo, y me hizo tanto daño con la tela.”²⁸

En este sentido, retomamos los efectos que a nivel del debate jurídico internacional ha tenido la actuación policiaca mexicana, como se expresa en la Audiencia número 16 del 181 periodo ordinario de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos,²⁹ llevada a cabo el 27 de octubre de 2021 y que se denominó “Situación de los derechos humanos de las mujeres y niñas en el contexto de las protestas en México”.

Dicha Audiencia fue solicitada por una serie organizaciones de la sociedad civil.³⁰

En ella se expusieron algunas de las violaciones a los derechos humanos que criminalizan la protesta social. También se cuestionó la falta de recursos y de eficiencia en la operatividad del Mecanismo Federal para la Protección de Personas Defensoras de derechos humanos, y periodistas; la discrecionalidad y ambigüedad en el marco normativo de los cuerpos militarizados que se desprenden de la participación de militares en la Guardia Nacional, así como la falta de transparencia y ausencia de controles hacia los elementos de seguridad del Estado, el uso indebido del derecho penal contra manifestantes mediante citatorios judiciales, la falta de seguimiento a las denuncias y atención para víctimas de violencia y tortura sexual, como ha sido el caso de la protesta en Quintana Roo;³¹ la creación de ambientes hostiles para la libre asociación de las mujeres; violencia machista en el entorno digital; y el incumplimiento en la creación de un Observatorio Independiente para monitorear el uso de la fuerza (ordenado por la Corte Interamericana por el caso de Atenco).

123

²⁸ Testimonio retomado de: Cid Santos, Alejandro, El día que la policía disparó, torturó y violó a manifestantes feministas en Cancún, *El País*, 10 de nov, 2021 Disponible en <https://elpais.com/mexico/2021-11-10/el-dia-que-la-policia-disparo-torturo-y-violo-a-manifestantes-feministas-en-cancun.html>

²⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Situación de los derechos humanos de mujeres y niñas en el contexto de las protestas en México, Audiencia número 16 del 181 periodo ordinario de sesiones 2021. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/sesiones/?S=181>, Fecha de consulta 02 de mayo de 2023.

³⁰ Entre las que se destacan: Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de Derechos Humanos (CMDPDH).Comunicación e Información de la Mujer (CIMAC).Frente por la Libertad de Expresión y la Protesta Social (FLEPS).Centro de Derechos Humanos “Fray Francisco de Vitoria OP”, A.C..Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez, A.C..Centro de Justicia para la Paz y el Desarrollo (CEPAD), A.C..Centro Nacional de Comunicación Social A.C. (CENCOS).Colectivo de Abogadas y Abogados Solidarios (CAUSA).Espacio Libre e Independiente Marabunta A.C..Centro de Investigación y Capacitación Propuesta Cívica A.C..Red de Organismos Civiles “Todos los Derechos para Todas y Todos” A.C..Resonar.Espacio OSC para la Protección de Personas Defensoras de Derechos Humanos y Periodistas.Artículo 19 México y Centroamérica.Centro Mexicano de Derecho Ambiental (CEMDA).Casa del Migrante Saltillo.Centro de Derechos Humanos de la Montaña Tlachinollan.Centro de Derechos Humanos Zeferino Ladrillero (CDHZL).Consorcio Para el Diálogo Parlamentario y Equidad, Oaxaca A.C.Instituto de Derecho Ambiental A.C. (IDEA).Asociadas por lo Justo (JASS).Red Nacional de Organismos Civiles de Derechos Humanos “Todos los Derechos para Todas y Todos” (RedTDT).Scalabrinianas Misión con Migrantes y Refugiados (SMR).Misión con Migrantes y Refugiados.Servicios y Asesoría para la Paz (Serapaz).Brigadas Internacionales de Paz (PBI). Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL).Amnistía Internacional.

³¹ Para más información sobre los efectos políticos y jurídicos de la protesta en Quintana Roo en 2020 “Justicia para Alexis” ver: Cid Santos, Alejandro, El día que la policía disparó, torturó y violó a manifestantes feministas en Cancún, *El País*, 10 de nov, 2021 Disponible en <https://elpais.com/mexico/2021-11-10/el-dia-que-la-policia-disparo-torturo-y-violo-a-manifestantes-feministas-en-cancun.html>

Entre 2020 y 2021 las organizaciones documentaron represión policial en manifestaciones encabezadas por mujeres en al menos 10 estados de la república: Aguascalientes, Sinaloa, Quintana Roo, Puebla, Guanajuato, Jalisco, Chiapas, Estado de México, Jalisco y Ciudad de México. Estos casos de represión policial tuvieron en común que, durante las detenciones y traslados, las niñas y mujeres sufrieron violencia física, psicológica y sexual.

De común acuerdo las organizaciones quejas señalaron que el Estado mexicano ha respondido con violencia y discursos estigmatizantes hacia las protestas encabezadas por mujeres, afirmando que son movimientos conservadores contrarios al gobierno en turno. Estos dichos tienen como finalidad restar legitimidad a los movimientos feministas y de derechos humanos, e ignorar los estándares internacionales sobre el uso de la fuerza.

En la audiencia también se cuestionó algunas disposiciones de la Ley Nacional del uso de la fuerza de 2019, al ser contrarias a los estándares internacionales, como la habilitación de la fuerza letal con las protestas que se consideran violentas o ilícita. Ello provoca un ámbito de discrecionalidad para las fuerzas de seguridad y genera un efecto inhibitorio que restringe desproporcionadamente los derechos de reunión, manifestación y protesta, debido a su lenguaje ambiguo y que generaliza la protesta en su conjunto.

Pero además preocupa particularmente que los controles establecidos en dicha legislación, tanto internos como externos, resultan insuficientes, no se emiten y se complican los informes pormenorizados sobre el empleo de la fuerza, de hecho las investigaciones internas no derivan en sanciones y existe resistencia a realizar investigaciones penales a los responsables. A ello se suma la falta de controles independientes adecuados para la supervisión y rendición de cuentas frente al uso de la fuerza en contextos de protestas.

Las autoridades se han centrado en visibilizar las intervenciones sobre monumentos y roturas de vidrio como la generalidad de la protesta, construyendo un ambiente hostil a el derecho de reunión de las mujeres deslegitimando su activismo y facilitando que tanto autoridades como particulares ejerzan violencia en su contra en el ámbito físico y digital.

Es este ambiente hostil el que permite que las violaciones ejercidas por las autoridades se incrementen en cada manifestación, además refuerzan estereotipos de género como los relativos a que las mujeres deben permanecer en casa o en el ámbito privado, para no buscarse problemas con las autoridades al protestar y defender sus derechos humanos.

Frente a este contexto, las organizaciones pidieron a quienes integran la CIDH que monitoree diferenciadamente las manifestaciones encabezadas por mujeres en el país, se pronuncie por las violaciones a distintos derechos vinculados con la protesta; se pronuncie sobre la naturaleza contraria a los derechos humanos de la Ley Nacional sobre el Uso de la Fuerza y sobre la urgencia de adoptar mecanismos de supervisión externa de los organismos de seguridad; y resuelva los asuntos jurídicos en trámite ante la Comisión sobre este tema.

Las organizaciones también pidieron que exhorte al Estado mexicano a reconocer la legitimidad de las manifestaciones encabezadas por mujeres y se abstenga de estigmatizar a sus

participantes, ya sea en el entorno físico o virtual, e investigue de forma seria, exhaustiva, imparcial y con perspectiva de género, las violaciones que han vivido las mujeres al participar en protestas; y se abstenga del uso indebido del Derecho penal en contra de niñas y mujeres que se manifiestan.

También pidieron que promueva la implementación de mecanismos de supervisión externa de los cuerpos policiales de todos los niveles de Estado, especialmente a través de la creación de un Observatorio Independiente para el seguimiento de las políticas en materia de rendición de cuentas y monitoreo del uso de la fuerza de la Guardia Nacional, y garantice los DH en tareas de seguridad al pasar de un modelo militarizado a uno de construcción de paz; y construya una ruta de trabajo para fortalecer el Mecanismo de Protección para Personas Defensoras y Periodistas.

Al cierre de la audiencia, la Comisionada Julissa Mantilla Falcón, reconoció que:

todos los derechos reconocidos para las mujeres han sido consecuencia de la protesta y las marchas de las mujeres feministas. Los derechos de las mujeres, de las niñas, como siempre digo, las mujeres mayores son esas niñas que en su momento no pudieron protestar porque no había derecho al voto, porque no había derecho a la participación, porque no había posibilidades que hoy existen, gracias a la protesta de las mujeres.³²

125

VI. LA ACTUACIÓN DE LA POLICÍA CHILENA EN LAS PROTESTAS FEMINISTAS

Para el análisis del caso chileno, resulta de gran importancia establecer el movimiento conocido como estallido social, el cual fue un proceso que derivó en las protestas que iniciaron el 18 de octubre de 2019 y en los meses subsecuentes. Dicho evento, no es un acontecimiento aislado, sino que forma parte de un entramado más grande de protestas con un horizonte común en el régimen económico, político y social neoliberal, impuesto en el país durante años.³³

Por su parte, el movimiento feminista tuvo una relevancia significativa en los movimientos del estallido social, ya que, para esas fechas, había logrado articularse una coyuntura sólida entre diversas actoras feministas y estudiantiles desde 2018, por lo cual: “En esta intersección entre repertorios de acción de movimientos estudiantiles y feministas, locales y transnacionales, se crea algo nuevo en Chile, de extrema vitalidad que va a cuestionar, desafiar, tensionar y transformar la cultura política en este país”.³⁴

32 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Situación de los derechos humanos de mujeres y niñas en el contexto de las protestas en México, Audiencia número 16 del 181 periodo ordinario de sesiones 2021. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/sesiones/?S=181>, Fecha de consulta 02 de mayo de 2023

33 Ibáñez Carrillo, Fabiola y Stan Alva, Fernanda, La emergencia del movimiento feminista en el estallido social chileno, *Revista Punto Género*, diciembre de 2021, núm. 16, pp. 194-197.

34 De Fina González, Débora y Figueroa Vidal, Francisca, Nuevos “campos de acción política” feminista: Una mirada a las recientes movilizaciones en Chile, *Revista Punto Género*, junio de 2019, núm. 11, p. 62.

Como respuesta a la gran presencia de las mujeres en las protestas, el Estado respondió con una singular violencia enmarcada por las agresiones sexuales de las que fueron víctimas, incluso menores de edad y estudiantes de secundaria, por parte del cuerpo de seguridad pública de Carabineros de Chile,³⁵ demostrando con ello una brutal forma de represión que es aún más violenta cuando se trata de movimientos feministas.

Varios informes constatan los abusos cometidos por Carabineros durante las protestas comprendidas en el periodo entre el 14 de octubre de 2019 y 24 de noviembre del mismo año y reflejan lo que Svenka Arensburg denomina violencia política sexual:

Un medio de fuerza y control aplicado desde la dimensión sexual principalmente sobre mujeres y disidencias sexuales, y que se ha desplegado por parte de agentes del Estado en el marco de la represión a las movilizaciones sociales de las últimas semanas.³⁶

De acuerdo con datos proporcionados por el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH), los casos sobre violaciones a derechos humanos tuvieron un destacado aumento a raíz de los hechos acontecidos durante el estallido social y los meses subsecuentes, con un énfasis específico en los días que fue declarado el estado de excepción. De entre dichas proporciones, sobresalen los abusos cometidos por Carabineros, especialmente en el rubro de violencia sexual, tal como puede observarse en la siguiente gráfica:

126



Gráfica 1. Elaboración personal, con información de INDH, 2020.

³⁵ Sáenz de Tejada, Ana, *La participación de las mujeres en el estallido social de Chile*, IIPS-Opina, 10 de noviembre de 2020, núm. 29, p 1.

³⁶ Arensburg, Svenka, citado por Palma, Francisca, *Violencia política sexual: el cuerpo como botín de guerra y lugar de dominación*, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 8 de noviembre de 2019. Disponible en <https://www.uchile.cl/noticias/159062/violencia-politica-sexual-el-cuerpo-como-botin-de-guerra>, Fecha de consulta 20 de abril de 2023.

Para tener una mayor comprensión de lo que significa la tortura con violencia sexual, conviene reproducir algunos de los testimonios de las víctimas citados por Francisca Palma:

Nos llevaron al cuartel, nos hicieron sacarnos toda la ropa, y nos mojaron (...) Tenían a mujeres, a menores de edad, hombres sin ropa”; “nos hicieron desnudarnos y hacer una sentadilla para verificar que no tuviéramos nada escondido en nuestros genitales”; “los ‘pacos’ me botaron de una camioneta después de estar dos horas violándome”; y “entre dos carabineros me bajan los pantalones, me bajan mi ropa interior y me agreden sexualmente.³⁷

Según el propio director de INDH, Sergio Micco, durante el mes más turbulento del estallido social, se presentaron cuatro veces más querellas por violencia sexual que en nueve años:

Un grave problema advertido por el INDH son los desnudamientos en comisarías, que desde marzo de 2019 habían sido prohibidos en recintos policiales en los protocolos de carabineros. Pero estos han continuado efectuándose.³⁸

De acuerdo con un informe del INDH, 478 policías fueron denunciados por sus acciones represivas, de los cuales, 369 son por casos de tortura y tratos crueles, y 79 por violencia sexual, que hace referencia a desnudamientos, amenazas, manoseos y cuatro violaciones.³⁹

127

Sobre este tema, Lorena Fries, ex subsecretaria de Derechos Humanos refiere que:

Esto ya lo habíamos visto antes, esta actuación de agentes del Estado, principal y fundamentalmente de Carabineros en relación con mujeres y niñas, se viene viendo en todas las manifestaciones cada vez que las mujeres y niñas son detenidas, son detenidas en los buses o en las comisarías, se producen este tipo de actos.⁴⁰

La ex subsecretaria, reflexiona que: “el comportamiento de Carabineros es el reflejo de una sociedad en que predomina lo masculino y, por tanto, la incursión de la mujer en este mundo no es bien vista por un gran sector”.⁴¹ En consecuencia, además de represión social, la violencia ejercida contra las mujeres por parte de la policía chilena es una forma de dominación del género femenino por el sólo hecho de estar en las calles; es la imposición de lo masculino por parte de un Estado patriarcal, incapaz de individualizar esta violencia y sancionarla.

³⁷ Palma, Francisca, *op. cit.*, 2019.

³⁸ Instituto Nacional de Derechos Humanos, INDH asegura que “en este mes se presentaron 4 veces más querellas por violencia sexual que en 9 años y casi el doble por otras torturas”, INDH, Santiago de Chile, 22 de noviembre de 2019. Disponible en <https://www.indh.cl/indh-en-este-mes-se-han-presentado-cuatro-veces-mas-querellas-por-violencia-sexual-que-en-nueve-anos-y-casi-el-doble-por-otras-torturas/>, Fecha de consulta 20 de abril de 2023.

³⁹ Gilbert, Abel, Miles de personas protestan en Chile contra la violencia machista, *El Periódico de Catalunya*, Barcelona, 26 de noviembre de 2019. Disponible en <https://www.elperiodico.com/es/internacional/20191126/chile-protestas-violencia-machista-7751073>, Fecha de consulta 20 de abril de 2023.

⁴⁰ Fries, Lorena, citada por Campos, Paula y Medrano, Claudio, Lorena Fries: Abuso sexual de Carabineros a mujeres “es una práctica generalizada en el tiempo”, *Diario UChile*, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 27 de noviembre de 2019. Disponible en <https://radio.uchile.cl/2019/11/27/lorena-fries-por-abusos-sexuales-de-carabineros-a-mujeres-es-una-practica-generalizada-en-el-tiempo/>, Fecha de consulta 20 de abril de 2023.

⁴¹ *Idem*

A pesar de esto, Amnistía Internacional refiere que, por todos los hechos de violencia perpetrados como represión a las protestas del estallido social y los movimientos de días posteriores, únicamente se habían iniciado 16 procesos administrativos a Carabineros, sin que ninguno de ellos derivara en un proceso penal en contra de algún policía de campo o funcionario público. Tampoco hubo modificaciones al marco normativo policial o sus protocolos de actuación.⁴²

El informe concluye que las fuerzas de seguridad chilenas violaron los estándares internacionales de derechos humanos al utilizar la violencia sexual y de género como herramienta de represión contra los manifestantes. La organización hizo un llamado al gobierno chileno para que tomara medidas urgentes para investigar y sancionar a los responsables de estos abusos, y para que garantizara la protección y los derechos de las mujeres y otros manifestantes.

Frente a este panorama, lo que la autoridad demuestra en el caso chileno es una resistencia para abandonar las prácticas represivas heredadas desde el periodo dictatorial y traído hasta el presente bajo la agudización de la violencia político sexual en el caso de las mujeres. El Estado se encuentra frente al reto de asumir su responsabilidad como un agente de cambio que provoque el cambio de paradigma y respete sus compromisos internacionales por garantizar una seguridad pública orientada en el ciudadano y con un castigo ejemplar hacia los agresores sexuales.

VI. CONCLUSIONES

En América Latina existe una larga data de tradición vinculada a las protestas de parte de la ciudadanía como un ejercicio de descontento, queja y exigencia principalmente las autoridades en turno.

La forma en que los gobiernos responden a estas movilizaciones en muchos casos está determinada por la percepción de amenaza al orden o una situación que es preciso controlar y evitar, pese a que pueda considerarse actualmente como una de las prácticas posibles de participación ciudadana.

Los reclamos públicos por la exigencia de derechos han asumido distintas formas a lo largo de la historia, pero un elemento común es la presencia de una situación conflictiva que pone en cuestión la forma en que los gobiernos canalizan el descontento y los problemas sociales.

Existe un común acuerdo en señalar que las protestas son una expresión de la libertad de expresión y por tanto tienen que ser atendidos como un derecho ciudadano, sin embargo, en muchos casos el Estado de derecho adquiere presencia al señalar que estas manifestaciones reflejan vías no institucionales e incluso ilegales de ejercer el descontento social.

Ahora bien, es importante señalar que las manifestaciones feministas tanto en Chile como en México y en otros países del mundo no se han caracterizado por elegir caminos no institucio-

⁴² Amnesty International, *Eyes on Chile: Police violence and commands responsibility during the period of social unrest*, AMR, octubre de 2020, p. 102. Traducción personal.

nales para expresar sus reclamos, sino más bien apelan a las propias instituciones en tanto ineficacia para dar solución a sus demandas.

Mediante la revisión de una serie de informes de organizaciones nacionales e internacionales de defensa de los derechos humanos tanto en el caso de Chile como México se encontró que las mujeres que han participado en manifestaciones enfrentan niveles significativamente altos de violencia de tipo sexual y de género que incluyen tocamientos sexuales y violaciones.

Se comprueba que la variable de tipo cultural que pone al centro el cuestionamiento de la participación de las mujeres en protestas es un indicador de la violencia que sufren específicamente por su condición de género, expresada en el tipo de agresiones sufridas, así como en la violencia verbal que las intimida a no ser partícipes de movilizaciones porque es un espacio que no les corresponde.

En ambos países se ha documentado el uso desproporcionado de la fuerza por parte de las autoridades contra las mujeres manifestantes, lo que ha generado una gran preocupación por la violación de sus derechos humanos. Además, en ambos casos se ha señalado que la violencia policial se concentra principalmente en mujeres jóvenes y se han registrado casos de detenciones arbitrarias y uso excesivo de la fuerza, incluyendo el uso de gas lacrimógeno y golpes. Sin embargo, también hay diferencias importantes entre las tácticas de represión utilizadas por las autoridades en Chile y México a partir de la situación política y social de cada país. En Chile, las protestas de 2019 se enmarcan en un contexto de descontento social generalizado y demandas por un cambio político y social profundo. En cambio, en México, las manifestaciones suelen estar centradas en temas específicos como la violencia de género y la desaparición de personas.

La estructura de las fuerzas policíacas chilenas y mexicanas tampoco aporta al reconocimiento y respeto de la libre expresión mediante manifestaciones y protestas sociales, lo que ha conducido a una sistemática violación de derechos humanos que debe ser condenada enérgicamente, ya que es responsabilidad del Estado garantizar el derecho a la protesta pacífica y evitar el uso desproporcionado de la fuerza policíaca contra mujeres y manifestantes en general; la libre manifestación de ideas es una de las libertades consagradas que todo gobierno democrático debe respetar.

En el caso de la policía chilena vemos la persistencia de prácticas represivas heredadas del modelo dictatorial, que se expresa en el presente mediante formas de represión y violencia de tipo sexual. En el caso mexicano, la falta de controles policíacos, protocolos de actuación y discrecionalidad en el actuar.

El modelo de policía militarizada, en cuanto a su estructura, mandos, filosofía y protocolos de actuación, refleja un incremento en el abuso de autoridad, uso de la fuerza y arbitrariedad, además del desapego de los protocolos de actuación a los derechos humanos.

La transformación de las labores de seguridad, deben centrarse en la ciudadanía y contar con su participación; la militarización de las instituciones de seguridad se aleja de estos principios y vulnera los derechos fundamentales de las personas.

El análisis de los instrumentos revisados en este capítulo demostró que las fuerzas militares tienden a violentar los derechos humanos cuando ejecutan labores de seguridad pública, teniendo como resultado un excesivo uso de la fuerza e incumplimiento de los requisitos legales.

Por lo tanto, la represión de la protesta feminista en México y Chile se ha agudizado por la naturaleza militarizada de la Guardia Nacional y Carabineros, respectivamente. Ante ello, es necesario replantear sus protocolos de actuación y estructura, desde el paradigma de la seguridad ciudadana con un enfoque en los derechos humanos y la perspectiva de género.

VI. REFERENCIAS DE INVESTIGACIÓN

Alvarado Alcázar, Alejandro, La criminalización de la protesta social: Un estado de la cuestión, *Revista Rupturas*, enero-junio 2020, vol. 10, núm. 1.

Amnesty International, *Eyes on Chile: Police violence and commands responsibility during the period of social unrest*, AMR, octubre de 2020.

Amnistía Internacional, *México: La era de las mujeres. Estigma y violencia contra las mujeres que protestan*, AMR 2021.

Artículo 19, *Distorsión: el discurso contra la realidad*, Article 19 México y Centro América, México, 23 de marzo de 2021. Disponible en <https://articulo19.org/distorsion/>.

Cerva-Cerna, Daniela, Criminalización de la protesta feminista: el caso de las colectivas de jóvenes estudiantes en México, *Revista de Investigaciones Feministas*, vol. 12, núm. 1, 03 de febrero de 2021. Disponible en <https://revistas.ucm.es/index.php/INFE/article/view/69469>.

Cerva-Cerna, Daniela, La protesta feminista en México. La misoginia en el discurso institucional y en las redes sociodigitales, *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, septiembre-diciembre 2020, vol. 65, no 240.

Cid Santos, Alejandro, El día que la policía disparó, torturó y violó a manifestantes feministas en Cancún, *El País*, 10 de noviembre, 2021 Disponible en <https://elpais.com/mexico/2021-11-10/el-dia-que-la-policia-disparo-torturo-y-violo-a-manifestantes-feministas-en-cancun.html>

CIDH, Informe Anual 2015, capítulo IV A., Caso López Lone y Otros vs. Honduras. Sentencia de 5 de octubre de 2015, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Situación de los derechos humanos de mujeres y niñas en el contexto de las protestas en México, Audiencia número 16 del 181 periodo ordinario de sesiones 2021, Disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/sesiones/?S=181>.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Segundo informe sobre la situación de las defensoras y los defensores de derechos humanos en las Américas, 31 de diciembre de 2011, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 66.

- Constitución Política de la República de Chile, 2019.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Godínez Cruz Vs. Honduras, Sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C N° 5.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C N° 4.
- Cortés, Ramón y Emma Zapata Martelo, Los movimientos sociales desde la perspectiva feminista: pistas metodológicas para un análisis no androcéntrico de la acción social, *La ventana, Revista de estudios de género*, julio-diciembre 2021, núm. 54
- Dammert, Lucía y Duce, Mauricio, Propuestas para iniciar un proceso de reforma a Carabineros de Chile, Centro de Investigación Periodística, Santiago de Chile, 26 de noviembre de 2019. Disponible en <https://www.ciperchile.cl/2019/11/26/propuestas-para-iniciar-un-proceso-de-reforma-a-carabineros-de-chile/>.
- De Fina González, Débora y Figueroa Vidal, Francisca, Nuevos “campos de acción política” feminista: Una mirada a las recientes movilizaciones en Chile, *Revista Punto Género*, junio de 2019, núm. 11.
- Forbes Staff, Policías de CDMX golpean a fotoperiodista en marcha del #8M2021, *Forbes*, 8 de marzo de 2021. Disponible en <https://www.forbes.com.mx/noticias-policias-golpean-fotoperiodistas-cu-brian-dia-mujer-cdmx/>.
- Fries, Lorena, citada por Campos, Paula y Medrano, Claudio, Lorena Fries: Abuso sexual de Carabineros a mujeres “es una práctica generalizada en el tiempo”, *Diario UChile*, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 27 de noviembre de 2019. Disponible en <https://radio.uchile.cl/2019/11/27/lorena-fries-por-abusos-sexuales-de-carabineros-a-mujeres-es-una-practica-generalizada-en-el-tiempo/>
- Gilbert, Abel, Miles de personas protestan en Chile contra la violencia machista, *El Periódico de Catalunya*, Barcelona, 26 de noviembre de 2019. Disponible en <https://www.elperiodico.com/es/internacional/20191126/chile-protestas-violencia-machista-7751073>.
- Human Rights Watch, *Chile: Llamado urgente a una reforma policial tras las protestas*, HRW, Santiago de Chile, 26 de noviembre de 2019. Disponible en <https://www.hrw.org/es/news/2019/11/26/chile-llamado-urgente-una-reforma-policial-tras-las-protestas>.
- Ibáñez Carrillo, Fabiola y Stan Alva, Fernanda, La emergencia del movimiento feminista en el estallido social chileno, *Revista Punto Género*, diciembre de 2021, núm. 16.
- INEGI, Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública, INEGI, México, 2022.
- Instituto Nacional de Derechos Humanos, INDH asegura que “en este mes se presentaron 4 veces más querrelas por violencia sexual que en 9 años y casi el doble por otras torturas”, Noticias INDH, Santiago de Chile, 22 de noviembre de 2019. Disponible en <https://www.indh.cl/indh-en-este-mese-han-presentado-cuatro-veces-mas-querrelas-por-violencia-sexual-que-en-nueve-anos-y-casi-el-doble-por-otras-torturas/>
- Juárez Ortiz, Irene y Silva Forné, Carlos, Estudios policiales, *Desacatos* 60, mayo-agosto 2019.
- Ley Orgánica Constitucional de Carabineros, 2023.

López Pérez, Emilia, Buscan a Karla Guzmán tras encapsulamiento por más de 3 horas en Metro Hidalgo, *El Financiero*, 8 de marzo de 2021. Disponible en <https://www.elfinanciero.com.mx/cdmx/fotoperiodistas-que-cubren-8m-acusan-agresion-de-policias-en-metro-hidalgo/>

Organización de los Estados Americanos, Informe de Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos, 2009.

Organización de los Estados Americanos, Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos, 31 de diciembre de 2009, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 57.

Palma, Francisca, *Violencia política sexual: el cuerpo como botín de guerra y lugar de dominación*, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 8 de noviembre de 2019. Disponible en <https://www.uchile.cl/noticias/159062/violencia-politica-sexual-el-cuerpo-como-botin-de-guerra->

Redacción, Una estupidez disparar al aire para dispersar manifestación: titular de SSP de Quintana Roo, *El Universal*, 10 de noviembre de 2020. Disponible en <https://www.eluniversal.com.mx/estados/cancun-una-estupidez-disparar-al-aire-para-dispersar-manifestacion-ssp-de-q-roo/>.

Sáenz de Tejada, Ana, La participación de las mujeres en el estallido social de Chile, *IIPS-Opina*, 10 de noviembre de 2020, núm. 29.

Varela, Nuria, El tsunami feminista, *Nueva Sociedad*, marzo-abril 2020. núm. 286.

EL DERECHO HUMANO A LA SALUD, ANÁLISIS SOCIOJURÍDICO DE LA PANDEMIA DE COVID-19 EN MÉXICO

Dr. Francisco Rubén Sandoval Vázquez¹

Resumen: La pandemia por Covid-19 en México fue un reto sin parangón que puso a prueba a los estados nacionales, su capacidad de garantizar el derecho a la salud. La pandemia de Covid-19 demostró que la desestructuración de los sistemas de salud públicas en aras de privatizarlos acorde a el *Consenso de Washington*, privo a muchas personas del derecho a la salud. El reporte de investigación que aquí se presenta vincula el acceso al derecho a la salud con la pobreza y las defunciones por Covid-19, se parte del interrogante: ¿El estado mexicano está en condiciones de garantizar el derecho humano a la salud, en referencia a la pandemia de Covid-19 en México de enero de 2020 a enero de 2023? Se parte de la hipótesis que la pobreza es un factor que incide negativamente en la salud de las personas. A fin de demostrar este supuesto de investigación se hizo un análisis de la varianza relacionando la variable de personas fallecidas durante la pandemia en relación con la pobreza en todo el país. Los resultados muestran que la pobreza es un factor que incide de manera negativa en la esperanza de vida de las personas que se contagiaron por Covid-19.

Palabras clave: Covid-19, Derecho humano a la salud, Pobreza.

Abstract: The Covid-19 pandemic in Mexico was an unparalleled challenge that put national states to the test, their ability to guarantee the right to health. The Covid-19 pandemic demonstrated that the destructuring of public health systems in order to privatize them in accordance with the Washington Consensus, deprived many people of the right to health. The research report presented here links access to the right to health with poverty and deaths from Covid-19, starting with the question: Is the Mexican state in a position to guarantee the human right to health, in reference to the Covid-19 pandemic in Mexico from January 2020 to January 2023? It is based on the hypothesis that poverty is a factor that negatively affects people's health. In order to demonstrate this research assumption, a variance analysis was carried out relating the variable of people who died during the pandemic in relation to poverty throughout the country. The results show that poverty is a factor that negatively affects the life expectancy of people who were infected by Covid-19.

Keywords: Covid-19, Human right to health, Poverty.

¹ Doctor en Ciencias Políticas y Sociales, UAEM, PITC, fsandoval@uaem.mx

INTRODUCCIÓN

El 5 de mayo de 2023, la Organización Mundial de la Salud (OMS), a través del Comité de Emergencia del Reglamento Sanitario Internacional en su 15ª reunión sobre el Covid-19, valoró la condición de la pandemia. El director general de la OMS, Tedros Adhanom Ghebreyesus, corroboró que la declaración de emergencia de salud pública de interés internacional (PHEIC), debería terminar; no sin antes haber ocasionado 6 millones 869 mil 692 muertes en todo el mundo,² lo que muestra la incapacidad de los estados de garantizar el derecho humano a la salud en todo el mundo.

El comportamiento de la pandemia por país fue muy variado, pero los costos en vidas humanas obligaron la reflexión y el replanteamiento de la teoría de la justicia social de los bienes que debe proteger el Estado y la Ley, particularmente, la salud como un bien público. La crueldad de la pandemia de Covid-19 se reflejó en las muertes a causa de contagio, pero también mostró que el acceso a la salud está diferenciado por estratos sociales, más allá de la posibilidad de un derecho general, en la práctica se observó que los gobiernos no tenían la capacidad de garantizar el acceso a la salud de las poblaciones.

En los Estados Unidos de América (EEUUAA) se contagiaron 106 millones 768 mil 296 personas, de las cuales murió un millón 162 mil 431 personas; en España se contagiaron 13 millones 845 mil 825 personas, de las que fallecieron 120 mil 964 personas; en México se contagiaron 7 millones 593 mil 896 personas, de las cuales perdieron la vida 333 mil 954 personas. No exageró Tedros Adhanom Ghebreyesus, director general de la OMS, al señalar:

Estos datos aleccionadores no solo señalan el impacto de la pandemia, sino también la necesidad de que todos los países inviertan en sistemas de salud más resilientes que puedan mantener los servicios de salud esenciales durante las crisis, incluidos sistemas de información más fuertes... La OMS se ha comprometido a trabajar con todos los países para fortalecer sus sistemas de información sanitaria a fin de generar mejores datos para tomar mejores decisiones y obtener mejores resultados.³

Los estados modernos, las repúblicas democráticas con constituciones contractuales además de liberales, se originaron en un proceso revolucionario de emancipación de los seres humanos, en esa coyuntura, a los estados se les dotó de amplias funciones a fin emancipar a los seres humanos además de solventar contradicciones estructurales de las sociedades modernas,⁴ que se integran por clases sociales antagónicas que generan una constante contradicción que propicia una estructura social inestable.⁵ El supuesto de emancipar a los seres humanos

2 OMS.2023.a. [https://www.who.int/es/news/item/05-05-2023-statement-on-the-fifteenth-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-coronavirus-disease-\(Covid-19\)-pandemic](https://www.who.int/es/news/item/05-05-2023-statement-on-the-fifteenth-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-coronavirus-disease-(Covid-19)-pandemic)

3 CIDU-ONU (2023) <https://coronavirus.onu.org.mx/el-exceso-de-mortalidad-asociada-a-la-pandemia-de-la-Covid-19-fue-de-149-millones-de-muertes-en-2020-y-2021>

4 De Sousa Santos, Boaventura. *Crítica a la razón indolente. Contra el desprecio a la experiencia*. Ed. Cortez, 1ª Edición, Brasil, 2000, p.54.

5 Habermas, Jürgen. *Problemas de Legitimación en el capitalismo tardío*. Ed. Amorrortu, 1ª Edición, España, 1999, pp.17.

implicó darles derechos, garantías individuales, pero también colectivas, así la salud se transformó en un bien público y su acceso en un derecho humano fundamental.

Al Estado moderno se le asignaron las tareas contradictorias de mantener la estabilidad social al mismo tiempo que busca un *progreso continuo* en la emancipación humana tanto en lo moral como en lo material. El derecho humano a la salud no es sólo un concepto abstracto sino un bien material al cual las personas deben tener acceso a fin de garantizar su salud. En los estados contemporáneos se regula la vida de las personas en sociedad, incluso el mercado está sujeto a regulaciones (mínimas en los estados plenamente liberales, que impulsan las economías de mercado), pero aún dentro de estas condiciones se reconoce que los desarrollos sociales están sujetos a continuas contradicciones.⁶

La expansión continua de los derechos humanos, desde su primaria exposición de los derechos del hombre y del ciudadano, justo en el nacimiento de los valores modernos a finales del Siglo XVIII, ha generado una escalada de derechos humanos que ha llevado a categorizarlos como de primera, segunda, tercera, cuarta y hasta de quinta generación. Esta expansión de los derechos de las personas, agrupado entorno a los derechos humanos implica que los estados, como garanta del acceso de las personas al ejercicio y goce de sus derechos, cada vez se les demanden más funciones, más burocracia, más gasto público; y al mismo tiempo se les demande mejores resultados en el goce pleno de los derechos humanos de las personas.

Esto genera una enorme contradicción entre la expansión óptica del ser humano y la pragmática del derecho que fundamenta las instituciones, en particular, al Estado. La Ilustración propuso generar instituciones que lograsen la igualdad y la libertad, la emancipación del ser humano, y al mismo tiempo creó instituciones que regularan la vida de las personas propiciando elementos de control que garantizaran la seguridad de las personas, en términos de un Estado fuerte, que administrara la violencia como medio de dimitir los conflictos; o bien, se utilizara al mercado como institución social con el mismo propósito. En todo caso, las sociedades modernas, o modernizadas, están en una constante tensión entre la expansión de los derechos y la división de la riqueza desigual, lo que propicia múltiples contradicciones políticas, sociales y desde luego jurídicas.

Estas fuerzas antagónicas de la modernidad se consideró que podían normalizar a través de lo que De Souza⁷ denomina como pilares, el pilar de la regulación (Estado, mercado, sociedad) y el pilar de la emancipación (constituido por las lógicas estético-expresivas, cognitivo-instrumental y moral-práctica). Por un lado, el Estado y el mercado tienen que regular las contradicciones sociales, en tanto que la racionalidad debe llevar a la emancipación plena de los seres humanos, ampliando la esfera de sus libertades y derechos. Esta contradicción no es fácil de superar, al contrario, trata de hacer compatibles valores sociales incompatibles como la justicia y la libertad.⁸

6 Habermas, Jürgen. *op. cit.*, p.19

7 De Sousa Santos, Boaventura. *op. cit.*, p.50

8 De Sousa Santos, Boaventura. *op. cit.*, p.53

Estas contradicciones no son desconocidas ni son nuevas, desde el origen de la Ilustración la libertad entro en contradicción con la solidaridad, las instituciones comunales pronto se vieron obligadas a dejar su lugar a favor de la libertad, particularmente la libertad de tránsito y de mercado. Por ello, no es de sorprender la crisis de los sistemas públicos de salud durante la pandemia de Covid-19, que ya estaban deprimidos y en crisis desde la (neo)liberación de los servicios de salud al trasladarlos de responsabilidad estatal a una responsabilidad privada por medio del mercado.⁹ El Estado, como institución reguladora, pilar normativo de la sociedad moderna, no estaba en condiciones de proveer de servicios sanitarios a la población una vez que dichos servicios fueron privatizados, es decir, controlados por el mercado.

El derecho a la salud se vio vulnerado por el principio de máxima libertad, un bien común sumamente valioso a fin de garantizar la seguridad humana, se dejó su tutela a las libres fuerzas del mercado.¹⁰ Empero, el Estado está obligado a garantizar el goce y disfrute de los derechos humano, aunque ello implique restricciones a los mercados además de tener la responsabilidad de garantizar el acceso igualitario a los servicios de salud. El Estado, como pilar de regulación, está obligado a proveer y garantizar el acceso de las personas a los servicios de salud, garantizando así el derecho humano a la salud. Pero en sociedades desiguales, estructuradas por clases sociales, segmentadas por estratos económicos, el Estado este impedido de cumplir este mandato.

A finales del siglo XX, el mercado se consolidó como la institución que regula las contradicciones, así como las aspiraciones sociales. Una institución que no consideró que debiese ser regulada, sino liberada, liberada de toda atadura hasta convertirse en la principal instancia de mediación entre las aspiraciones y las posibilidades de las personas. El mercado desplazó al Estado, así como a la política, en la función de mediar entre las ideologías, las necesidades y las aspiraciones de las personas. La política, el Estado y el derecho quedaron subordinados al mercado, el mercado se transformó en la principal institución a la que se le confió la regulación social a través de la ley de la oferta y la demanda, que sustituyó todas las constituciones contractualistas que buscaban reconciliar la igualdad con la libertad.

La emergencia del mercado como el principal pilar de regulación en la modernidad alcanzó su cúspide con la globalización, cuando se impulsó el adelgazamiento del Estado, las libres transferencias de capitales, la desregulación además de la privatización a escala planetaria. En el caso de la región de América Latina y el Caribe, esta política se instrumentó con toda claridad desde el Consenso de Washington a través del Banco Mundial (BM) y el Fondo Monetario Internacional (FMI); por lo que a partir de la década de los 80 se obligó a los estados de la región a adoptar estas medidas de liberación de los mercados.

Las fuerzas contradictorias de la sociedad pueden desintegrarla, la emancipación de los derechos humanos, el aumento de los derechos humanos, por una parte; la expansión de las libertades que lleven a la humanidad a trascender sus necesidades, por la otra; generan un constante conflicto entre lo comunitario y lo privado, entre lo individual y lo societal, entre

⁹ De Sousa Santos, Boaventura. *La cruel pedagogía del virus*. Ed. CLACSO, 1a ed, Argentina, 2020. p.46

¹⁰ De Sousa Santos, Boaventura. *op. cit.*, p.48

intereses egoístas y derechos sociales y comunitarios. La gestión racional de estas contradicciones se le ha confiado a la ciencia y al derecho; a través de una participación subordinada del derecho moderno a la racionalidad cognitiva instrumental de la razón a través de la ciencia.¹¹

En la encrucijada de la pandemia del Covid-19, reflexionar sobre el derecho humano a la salud se vuelve prioritario además de urgente. La crisis de la pandemia vino a reafirmar lo que ya se sospechaba, que los sistemas de salud privatizados eran incapaces de garantizar el derecho humano a la salud. En modernidad, todos los seres humanos son iguales “...pero, como existen diferencias naturales entre ellos, la igualdad entre los inferiores no puede coincidir con la igualdad entre los superiores (afirman el colonialismo y el patriarcado)”.¹²

En este contexto, es relevante preguntar si el estado mexicano tiene capacidad y posibilidad de garantizar el derecho humano de las personas a la salud en México, por ello planteamos la pregunta de investigación ¿El estado mexicano, a través del derecho y el sistema jurídico mexicano, está en condiciones de garantizar el derecho humano a la salud a la población mexicana, tomando como referencia la pandemia de Covid-19 en México entre enero de 2020 y enero de 2023?

Un análisis sociojurídico de la pandemia en México, a través del análisis de la información que arroja la base de datos de la pandemia de Covid-19 en México, descargada de los datos abiertos de la Dirección General de Epidemiología de la Secretaría de Salud del gobierno mexicano, por una parte y los datos de rezago social así como de pobreza del Consejo Nacional de Evaluación de Políticas Públicas permite vincular además de ratificar si existe relación entre la desigualdad social y la pobreza con las muertes por Covid-19 en México; evidenciando la incapacidad del Estado mexicano a fin de garantizar el derecho humano a la salud de la población.

Los resultados de este análisis se contrastarán con la dogmática jurídica del derecho, en particular con el derecho humano a la salud de acuerdo a la convencionalidad internacional, así como al marco jurídico mexicano. Se pretende vincular la evidencia empírica de la desigualdad social y su relación con las muertes por Covid-19 en México, demostrando así la crisis del pilar regulador del Estado y la imposibilidad de este a fin de garantizar el derecho humano a la salud de las poblaciones, además de ratificar que el mercado está impedido de proporcionar servicios de salud a toda la población bajo la lógica del capital. Lo anterior pretende demostrar, a través de un análisis socio jurídico, las imposibilidades en las que se encuentra el Estado de garantizar este derecho, al que se puede acceder a través de la gobernanza.

I. EL DERECHO HUMANO A LA SALUD, DE LA CONVENCIONALIDAD INTERNACIONAL A LA REALIDAD NACIONAL

La salud es un derecho fundamental de las personas, sino se les puede garantizar este derecho las personas están impedidas de poder ejercer cualquier otro de sus derechos humanos,

¹¹ De Sousa Santos, Boaventura. *op. cit.*, p.58

¹² De Sousa Santos, Boaventura. *op. cit.*, p.35

políticos, culturales, económicos, sociales, entre otros. Otras garantías que provee el Estado como la seguridad, el trabajo, la educación, entre otros bienes públicos, están subordinados al derecho a la salud. En la jerarquía de los derechos, el derecho a la salud es uno de los que tienen una mayor jerarquía, ya que sin su goce las personas están impedidas de múltiples formas.

El derecho humano a la salud es parte del derecho convencional internacional que se está integrado a través de una serie de tratados internacionales, de los cuales el más amplio e importante es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); el cual fue adoptado, ratificación y adhesión por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su resolución 2200 A (XXI), del 16 de diciembre de 1966, generando un derecho que deben garantizar todos los estados que ratificaron el pacto.

El PIDESC entro en vigor el 3 de enero de 1976, con el propósito de sentar las bases de los derechos humanos relacionados con lo económico, social y cultural, así los derechos humanos quedaron vinculados a los derechos económicos, sociales y culturales de las personas. En sus considerandos, la Asamblea General de la ONU dispuso que

... conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienable.¹³

El artículo 12 del PIDESC¹⁴ reconoce "... el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental"; de lo que posteriormente, de acuerdo a los criterios de convencionalidad, se desprende el derecho a la salud y obliga a los estados parte que han ratificado el pacto a garantizar este derecho a sus ciudadanos, incluidos los menores que no tengan este estatus de ciudadanía.

La convencionalidad no implica supra nacionalidad de la norma, toda vez que el Estado en el goce de su autonomía decide ratificar, obligándose, a cumplir con los criterios del derecho convencional. La propia Asamblea General de la ONU impulso, en 1965, la Convención Internacional para Eliminación de Todas las Formas de Racismo y Discriminación (CIERD), por lo que las personas debiesen tener acceso todos sus derechos, incluyendo el derecho a la salud, independientemente de su condición económica, etaria, étnica, cultural o de género. El marco convencional de los derechos humanos se mantiene un proceso de expansión y consolidación en la medida que se crean convenio que extienden la protección de los derechos humanos y nunca se subordinan al mercado o a la clase social.

De la misma forma, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Mujeres, proclamada por la Asamblea General de la ONU en 1980,¹⁵ buscó de eli-

13 ONU (2023) Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Mujeres, proclamada por la Asamblea General de la ONU. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>

14 ONU, *op. cit.*

15 ONU (2023) Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Mujeres, proclamada por la Asamblea General de la ONU. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>

minar todas las formas de discriminación en contra de las mujeres, las niñas y las adolescentes; extendiendo la esfera de derechos hacia las mujeres, que han vivido en condiciones de desigualdad y discriminación por razones de género; vinculándose con la interdependencia de los derechos humanos. Así la progresividad de los derechos humanos se viene dando desde la esfera internacional, pero con implicaciones, así como responsabilidades de los gobiernos locales.

En la progresividad de los derechos de las personas, la Asamblea General de la ONU proclamó en 1989 la Convención Internacional de los Derechos de los Niños,¹⁶ a fin de extender y garantizar los derechos de las infancias y las adolescencias, incluyendo su derecho a la salud en todas sus esferas. Las infancias y las adolescencias también han sido vulneradas en el acceso al ejercicio de sus derechos, no sólo el derecho a la salud sino a la educación, la recreación, migración entre otros derechos que se les vulnera.

El derecho a la salud, como un derecho humano fundamental no puede restringirse a las personas por ninguna razón política, económica, étnica, etaria o cultura, ya que el derecho a la salud es un bien jurídico protegido por el derecho convencional a fin de garantizar su acceso universal, toda vez que la salud es fundamental para el buen vivir de las personas, sin salud las personas difícilmente pueden ejercer otros de sus derechos humanos, ya que la pérdida de salud incide de forma negativa en la capacidad de las personas de trabajar, educarse, postularse a cargos públicos, entre otras actividades que conlleva el goce y ejercicio de los derechos humanos.

En el caso de garantizar el derecho a la salud por parte del Estado Mexicano, existen antecedentes que se remontan al siglo XIX cuando el presidente Juárez, en decreto del 2 de febrero de 1861 publicó la Ley de Secularización de Hospitales y Establecimientos de Beneficencia,¹⁷ con lo cual se buscó universalizar el derecho a la salud, al transformarlos en una obligación del Estado y no como un acto de beneficencia pública, particularmente de la Iglesia Católica. Si bien, este acto jurídico buscaba crear instituciones del Estado que suplantarán a las de la Iglesia Católica, también abrió la posibilidad de garantizar el derecho a la salud de todas las personas en México.

Los derechos sociales, incluyendo el derecho a la salud, sin embargo, se establecieron en el marco jurídico mexicano en la Constitución de 1917, cuando los constituyentes basados en los artículos 27 y 123 de la CPEUM, en los que de manera imprecisa se esbozó el compromiso del Estado mexicano con la igualdad material de los ciudadanos. Estudiosos de la constitución, como Burgoa, han señalado la incapacidad que tenía el Estado mexicano a fin de hacer real estos derechos a los ciudadanos. Burgoa, como estudioso de la constitución, advirtió que estos derechos sociales incluso eran antagónicos con los principios liberales de la misma Constitución de 1917.

¹⁶ UNICEF (2023) Convención Internacional de los Derechos de los Niños. [unicef.es/causas/derechos-ninos/convencion-derechos-ninos](https://www.unicef.es/causas/derechos-ninos/convencion-derechos-ninos)

¹⁷ Serrano Migallón, Fernando. *150 años de las leyes de reforma, 1859-2009*. Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas-Facultad de Derecho UNAM, 1ª Edición, México, 2009, p. 53.

En la Constitución de 1917, los constituyentes consideraron la protección de la salud, pero el acceso a este derecho quedó relacionado con las prestaciones de seguridad social de la clase trabajadora, por lo que el derecho a la salud se garantizó sólo a los trabajadores y sus dependientes económicos; no así a todos los mexicanos. Esta condición vulneró el derecho a la salud de la mayor parte de la población, en particular de los trabajadores agrícolas que se consideraban trabajadores independientes o usufructuarios de tierras ejidales.

Empero, en 1983 se adiciona un párrafo al artículo 4º Constitucional, decretando que “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” (CPEUM), quedando claro, en el párrafo tercero, el derecho a la protección de la salud de la población mexicana.

De esta manera el derecho a la protección de la salud se elevó a rango constitucional, convirtiéndose en una garantía de igualdad otorgada por la Constitución a las personas en México, lo que va en concordancia con el pilar del Estado en detrimento del mercado como pilar de regulación social. Esto es, lo que se elevó a rango constitucional en México fue la “protección de la salud” y no el “derecho a la salud”, como lo señalan algunos de los instrumentos internacionales, de esta manera el Estado estaba obligado a proteger la posibilidad de acceder, en condiciones de igualdad, a los servicios de salud. Por lo que desde 1983 el derecho a la salud forma parte de las garantías individuales establecidas por la Constitución.

Pero fue justo la entrada en vigor de este decreto cuando de forma simultánea la economía del país entraba en recesión, en 1982 México se tuvo que declarar en moratoria, ya que no tenía reservas internacionales a fin de hacer frente a las deudas contraídas con instituciones crediticias del sistema financiero internacional, así el gobierno mexicano tuvo que declararse en moratoria al ser incapaz de pagar su deuda o acceder a otros créditos a fin de financiar la deuda. El derecho a la salud no pudo garantizarse ya que el Estado mexicano no podía cumplir las condiciones con las cuales se pudiese dar acceso efectivo a la atención sanitaria de la población y en particular de las personas con mayor vulnerabilidad socioeconómica.

Antes del nacimiento mismo del decreto que elevó a rango constitucional el derecho a la salud, el Estado mexicano estaba impedido, en los hechos, de garantizar el acceso a la salud de las personas, ya que no tenía los medios materiales además de financieros con los cuales pudiese lograr dar acceso a la salud a todas las personas en México. A fin de hacer frente a sus compromisos financieros, el Estado mexicano se vio obligado a adoptar una serie de medidas de “ajuste estructural” que implicaban el “adelgazamiento del Estado” además de la privatización de bienes estatales, así como de servicios públicos, con lo que se vulneró no sólo el derecho a la salud, sino también el derecho al trabajo y a la educación, entre otros.

Como lo señala Boaventura de Souza la privatización de los servicios de salud desreguló el derecho a la salud. Los principios neoliberales, no sólo del consenso de Washington, sino por la pléyade de instrumentos de gestión pública que impulsaron el neoliberalismo en los

países centrales y periféricos, erosiono los sistemas públicos de salud que buscaban lograr la cobertura universal. La crisis económica de los años ochenta cimbró el sistema financiero internacional, no sólo los países periféricos que tenían altos niveles de endeudamiento se vieron afectados, sino también el sistema financiero de los países centrales cuyos bancos no podían hacer válidas las garantías de pago. De Souza abunda en el significado de esta crisis:

Desde la década de los ochenta, a medida que el neoliberalismo se impuso como la versión dominante del capitalismo y este se sometió cada vez más a la lógica del sector financiero, el mundo ha vivido en un estado de crisis permanente... En tan sólo unas semanas toda la región cayó en lo que posteriormente se conoció como la 'crisis de la deuda', aunque la introducción de la cobertura universal ha sido compleja en la medida en que no se han podido... Por ejemplo, la continua crisis financiera se utiliza para explicar los recortes en las políticas sociales (salud, educación, seguridad social) o la degradación salarial... estaban mejor preparados para enfrentar la pandemia hace diez o veinte años de lo que lo están hoy.¹⁸

Así, la pandemia vino a demostrar lo que ya se suponía: que el derecho a la salud no está garantizado por los estados, que los estratos socioeconómicos a los que pertenece una persona son una de las variables más críticas de las muertes de Covid-19. Pese al avance en los sistemas jurídicos a nivel mundial, impulsados por la convencionalidad internacional que promueve la expansión de los derechos humanos, en la práctica el acceso, goce y disfrute de estos derechos no puede estar garantizado por los estados.

141

El argumento de falta de presupuesto no puede estar por encima de los derechos humanos, los estados no pueden suspender el acceso a los derechos humanos fundamentales aduciendo falta de presupuesto. El Estado no puede sólo ser garante de las estructuras de mercado que permiten asegurar las condiciones sociales de producción. Esta condición de crisis permanente en el Estado moderno ha sido también revisada por Habermas quien afirma que...

... el Estado asegura desde fuera, con instrumentos políticos, la integridad territorial y la capacidad de competencia de la economía nacional. En el interior, el medio de autogobierno hasta entonces prevaleciente —a saber, el poder legítimo— sirve sobre todo para mantener las condiciones generales de producción que posibilitan el proceso de valorización del capital, regulado por el mercado; ahora, intercambio pasa a ser el instrumento dominante de autogobierno.¹⁹

En ese contexto de crisis, así como una aparente federalización de los servicios de salud en México a través de la concurrencia entre la federación y las entidades federativas, se publicó la Ley General de Salud en 1984, que explicitó el acceso a los servicios de salud de la población en general. El objetivo de la descentralización de los servicios de salud fue facilitar el acceso de la población a dichos servicios, aumentando su cobertura, además de buscar generar un servicio de mayor calidad en beneficio de los usuarios del sistema.

¹⁸ De Sousa Santos, Boaventura. *op. cit.*, p.20

¹⁹ Habermas, Jürgen. *op. cit.*, p. 51.

Pero los alcances de la política de salud del Estado mexicano fueron contrarios a lo pretendido, ya que los mermados recursos se destinaron más a la gestión del programa de salud que a la ampliación de la capacidad humana e instalada en los hospitales y clínicas públicas. Por otra parte, la pérdida de empleos formales generó en México que muchas personas perdiesen en acceso a los servicios de salud del IMSS y del ISSSTE, por lo buena parte de la población se quedó sin cobertura de los servicios de salud.

II. EL DERECHO HUMANO A LA SALUD EN EL CONTEXTO DE UNA ECONOMÍA GLOBAL, PANDEMIA Y LIBRE MERCADO

En otros momentos el vínculo entre los derechos humanos y el derecho a la salud no se han vinculado de forma tan reiterada como en los últimos dos años. Kenyon²⁰ señala como los determinantes sociales inciden en los derechos humanos, dónde vivimos, nuestras condiciones materiales de existencia, las condiciones de la vivienda, la alimentación; las redes sociales; nuestro acceso a la educación, la salud y los servicios sociales; condicionan de múltiples formas el poder ejercer los derechos humanos de las personas.

142

La pandemia de Covid-19 puso en grave riesgo la salud de la población mundial además de cuestionar la eficacia de los estados modernos constituidos como repúblicas democráticas de garantizar el acceso universal a la salud. La pandemia evidenció la falta de capacidad humana y técnica de los servicios de salud de los diferentes países a fin de enfrentar esta crisis, siendo los más pobres los más afectados. La pobreza impidió que las personas tuviesen una cobertura de los servicios de salud, lo que fue más grave en los países que más habían avanzado en los procesos de privatización del sector salud.

Las desigualdades siguen siendo un desafío fundamental para la Cobertura de Salud Universal (CSU). Aun cuando se producen avances en la cobertura de los servicios de salud en los países, los datos agregados ocultan desigualdades dentro de los países. Por ejemplo, la cobertura de los servicios de salud reproductiva, materno-infantiles y para los adolescentes tiende a ser mayor entre las personas más ricas, con un mayor nivel de instrucción y que viven en zonas urbanas, especialmente en los países de ingresos bajos. En cuanto a las dificultades económicas, las personas que viven en hogares más pobres y en hogares con familiares mayores (de 60 años o más) tienen más probabilidades de sufrir dificultades económicas y de tener que efectuar pagos directos por la atención de salud. La vigilancia de las desigualdades en materia de salud es esencial para identificar las poblaciones desfavorecidas y hacerles un seguimiento a fin de proporcionar a las instancias decisorias una base científica para formular políticas, programas y prácticas más orientados a la equidad, con miras a un avance progresivo hacia la CSU.²¹

20 Kenyon, K. H., Forman, L., and Brolan, C. E. Deepening the Relationship between Human Rights and the Social Determinants of Health, en *Health and Human Rights* 2018, núm. 20. pp. 10.

21 OMS.b. (2023) Cobertura sanitaria universal. [https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/universal-health-coverage-\(uhc\)](https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/universal-health-coverage-(uhc))

Actualmente, a nivel mundial se tienen 192 millones 441 mil 131 casos acumulados de contagio de Covid-19, de los cuales se han contabilizado 2 millones 948 mil 903 muertes acumuladas. Del total de muertes 31.49% sucedieron en los Estados Unidos de América (EEUUAA), resulta un dato alarmante que la primera economía mundial no pueda garantizar el derecho a la salud de su población y que sea el país que más muertes acumulo durante la pandemia de Covid-19. El derecho a la salud, al parecer, quedo subordinado al interés del crecimiento económico, ya que la economía mundial más fuerte fue incapaz de garantizar la salud de su población, contrario a la visión de la OMS, según la cual esta vulneración se dio principalmente en los países de bajos ingresos.

Pero el derecho humano a la salud debe garantizarse a todas las personas en condiciones de igualdad, como un derecho humano fundamental. Lo que la OMS ha encontrado es una relación entre las personas que murieron y la pobreza en la que vivían, particularmente en los países más desiguales en términos socioeconómicos, pero de los países con mayor número de muertes incluye, en primer lugar, a los EEUUAA.

País	Pob. Total (2021)	Muertos por Covid	Porcentaje
EEUUAA	331893745	1162403	0.35
India*	1410000000	701833	0.05
Brasil	214326223	531642	0.25
Rusia	143400000	398463	0.28
México	126700000	333913	0.26
Reino Unido	67326569	223396	0.33

Fuente: Elaboración propia con datos del BM (2023) y la OMS (2023a)

*El dato es de 1mil400millones, pero no se dispone del número real

El mayor número de muertes como porcentaje de la población total registrado durante la pandemia de Covid-19 por país a escala mundial, en relación porcentual respecto a la población total, fue los EEUUAA (0.35%), seguidos de la Reino Unido (0.33%), Rusia (0.28%), México (0.26%), Brasil (0.25%) e India (0.05%). La tesis de mayor riesgo “en los países de bajos ingreso”, es difícil de sostener con estos datos, al parecer la tesis según la cual el acceso a los servicios de salud es más precario en los países de bajos ingresos, debe cambiarse por una tesis alterna, ya que es en los hogares más empobrecidos donde hubo más muertes en todas las sociedades, aun en los países de altos ingreso. Esta tesis alterna, la pobreza parece ser la variable más determinante.

Anteriormente la relación entre los derechos humanos y el derecho a la salud no tenía el enfoque de la cobertura universal de los servicios de salud, ni la reiteración que ha tenido desde el 2019, en estos últimos años cambió el enfoque y la cobertura en los servicios de salud se ha consolidado como un indicador de desarrollo humano así mismo como la materialización del derecho a la salud. Anteriormente, el derecho a la salud se relacionaba con los derechos humanos cuando existía una violación de los derechos humanos relacionados con el abuso

del poder como la tortura.²² Típicamente, la perspectiva de salud ha estado ausentes de las reflexiones e implicaciones de la perspectiva de los derechos humanos, en los cuales se han privilegiado más los derechos políticos que el derecho a la salud, por ejemplo.

Esto se explica, al menos en parte, por las dificultades de hacer coincidir los discursos de la salud y los derechos humanos, la falta de comunicación entre los campos de la salud con los de los derechos humanos, particularmente la diferencia filosófica, discursiva, métodos, así como roles sociales entre la medicina y el derecho²³. Esta falta de relación entre los derechos humanos y el derecho humano a la salud no sólo es léxica, filosófica o conceptual, sino que se ha distanciado más por las condiciones estructurales y estructurantes del modelo económico capitalista. Como se dijo más arriba, al dotar en el como principal pilar de control al mercado, los derechos económicos, sociales y culturales terminaron por subordinarse al mercado, lo que propicio una grave vulneración al derecho humano a la salud.

Esta condición, de subordinar el derecho a la salud al pilar de regulación del mercado, distanció la visión de las obligaciones de los estados de respetar y proteger los derechos humanos, incluido el derecho a la salud, con el impulso de la comercialización de los servicios de salud, a fin de dar acceso a la salud pública. “Durante las últimas décadas, la mayoría de los países se han integrado en un mercado global caracterizado por la reducción de las barreras al comercio de bienes y servicios y aumentos dramáticos en el volumen y la velocidad de los flujos de inversión transfronterizos”.²⁴

144

La protección de los derechos humanos se basa en el principio de protección a los derechos inherentes dignidad y derechos iguales e inalienables de todas las personas, la salud, por lo tanto, forma parte de esta visión integral de la dignidad humana. Como se ha dicho, la convencionalidad internacional en la materia aporta una especificidad normativa a la salud pública, tanto en el ámbito nacional como mundial. El cuerpo de la convencionalidad normativa constituye un marco analítico fundamentado en el derecho, en el campo de la salud, esta contribución es mayor desde la Recomendación General 14, que es una interpretación del derecho a la salud, emitida en 2000 por la ONU a través del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.²⁵

Esta declaratoria está en la búsqueda de la emancipación humana, de permitir a todos los seres humanos vivir en dignidad y con salud, ya que sin la salud las personas no pueden ejercer ninguno de sus otros derechos. El Comité Económico y Social de la ONU (ECOSOC) desde 1966 ha venido impulsando los derechos sociales de las poblaciones, con lo que se busca tutelar y proteger los bienes públicos tales como la propia salud pública, que no se puede conceptualizar como un bien privado, como lo ha demostrado la pandemia de Covid-19. Al no

22 Mann, J. M., Gostin, L., Gruskin, S., Brennan, T., Lazzarini, Z., & Fineberg, H. V. Health and human rights, en *Health And Human Rights Rewe*, 1994, vol.1, núm. 1, pp 6.

23 *Idem*.

24 Schrecker, T., Chapman, A., Labont, R, and De Vogli, R. (2010) Advancing health equity in the global marketplace: how human rights can help, en *Journal Social science & medicine*, 2010, volume 71, núm. 8, pp. 1520-1526.

25 Forman, Lisa. Making the Case for Human Rights in Global Health Education, Research and Policy, en *Canadian Journal of Public Health*, 2010, vol. 102, pp. 207-209.

ser un bien privado sino público, el Estado está obligado a preservar y garantizar la salud de las poblaciones, como derecho y como bien tutelado por el Estado.

En la Recomendación General número 14 de ECOSOC,²⁶ a la cual ya se ha hecho alusión, el comité defiende “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud” en su interpretación al artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966); en dicha interpretación en su numeral 1 afirma: “La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente...”²⁷ Lo que se ha convertido, no sólo en una declaratoria, sino en un mandato en el secretariado de la ONU.

La OMS ha impulsado la Cobertura Sanitaria Universal (CSU) como parte de las acciones a implementar a fin de que todas las personas tengan acceso a servicios de salud de calidad en el momento y lugar que los necesiten, sin que ello signifique “sufrir dificultades económicas”. En otras palabras, el acceder a toda la gama de servicios de salud a través de la CSU no debe propiciar el endeudamiento o empobrecimiento de las personas usuarias de los servicios de salud, ya que es un derecho humano fundamental. La OMS y ECOSOC impulsan el derecho humano a la salud como un bien fundamental, por lo que todas las personas deben tener acceso a los servicios de salud de calidad, independientemente de los costos.

En la ONU se propusieron lograr que la CSU, transformado este compromiso en una de las metas al adoptar en 2015 los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), que debiese alcanzarse en 2030.²⁸ Pero este propósito quizá sea una de las metas que no podrán alcanzarse en el 2030 en el cumplimiento de los ODS, ya que existe una gran disparidad a la CSU en las diferentes regiones y países, incluso en un mismo país no se puede garantizar la CSU por los costos que implica proveer de servicios de salud de calidad a todas las personas.

La recesión económica que generó la pandemia de Covid-19 tiene efectos negativos en el acceso a los servicios de salud de las personas, ya que el empobrecimiento de los más pobres agravará el acceso a los CSU. Los estados están impedidos de ofrecer la CSU, por lo que no pueden garantizar el derecho humano a la salud, a pesar de haber ratificado el cumplimiento de los ODS, los estados signantes de la convencionalidad internacional se comprometen a hacer esfuerzos a fin de alcanzar las metas que ellos mismos se proponen, pero el cumplimiento de tales objetivos está relacionado con la inversión gubernamental, así como los presupuestos públicos.

Pese a los intentos y los avances, la realidad es que los estados no poseen la capacidad con la cual puedan garantizar los servicios de salud a toda su población. Schrecker y otros,²⁹ argu-

26 ONU-ECOSOC (2023) Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>

27 ONU-ECOSOC. *op. cit.*

28 OMS.b. (2023) Cobertura sanitaria universal. [https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/universal-health-coverage-\(uhc\)](https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/universal-health-coverage-(uhc))

29 Schrecker, T., Chapman, A., Labont, R, and De Vogli, R. (2010) Advancing health equity in the global marketplace: how human rights can help. *Journal Social science & medicine*, 2010, volume 71, núm. 8, pp. 1520-1526.

mentan que en 2010 se realizó un estudio en el que se identificó que de 194 países solamente 72 habían incorporado “características del derecho a la salud”. El estudio encontró, que solo 56 de los 160 países que han ratificado el ICESCR habían reconocido legalmente el derecho a la salud, y 88 países “no contaban con un sistema de salud adecuado”.

Pese a la convencionalidad internacional, no todos los estados están en condiciones de reconocer además de garantizar el derecho a la salud de sus poblaciones. Los propósitos de la OMS y de los ODS quedan como referencia hacia donde se debiese expandir los derechos humanos, pero las condiciones económicas presionan en sentido contrario el goce, así como el acceso del derecho a la salud de las personas. La dificultad por acceder a los servicios de salud se agravó después de la pandemia de Covid-19 por la urgencia en la demanda y acceso a servicios médicos u hospitalarios durante la pandemia, asimismo por la contracción económica que aumentará la pobreza entre las personas con menos recursos, además de la pérdida de trabajos formales relacionados con la salud laboral, lo que dificultará el acceso a la CSU además del derecho humano a la salud.

Antes de la pandemia de Covid-19 se avanzaba hacia la CSU en todo el mundo. El índice de cobertura de servicios de la CSU (indicador 3.8.1 de los ODS) pasó de 45 en 2000 a 67 en 2019, y los avances más rápidos se registraron en la Región de África de la OMS. No obstante, 2000 millones de personas afrontan un gasto en atención de salud catastrófico o empobrecedor (indicador 3.8.2 de los ODS).³⁰

El Estado moderno, como institución garante de la seguridad de las sociedades está obligado a proveer de los servicios de salud a sus poblaciones, en esa lógica se entiende la interpretación de ECOSOC del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, donde explícitamente señala en el numeral 2 que “en el párrafo 1 del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se afirma que ‘toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios’”.³¹

La emancipación humana está en constante expansión, esto no se puede ni se debe subordinar a al mercado y/o al crecimiento económico. Dejar que el mercado sea el principal instrumento normativo en la actualidad deslegitima a los Estados modernos, el proyecto ilustrado y la modernidad no se pueden reducir al desarrollo capitalista. En el siglo XXI la tensión entre de la contradicción entre los principios de emancipación que busca la igualdad y la integración, es decir los derechos económicos, sociales y culturales; enfrentados a los principios de regulación de la desigualdad y la exclusión propias del desarrollo capitalista.³²

El Estado no debe perder el control del mercado, o replegarse ante el mercado como mecanismo de regulación de la desigualdad y la exclusión. El mercado, pese a ser un principio de orden de las sociedades modernas, responde de mejor forma a los intereses del capitalismo

30 OMS.b. (2023) Cobertura sanitaria universal. [https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/universal-health-coverage-\(uhc\)](https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/universal-health-coverage-(uhc))

31 ONU-ECOSOC (2023) Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>

32 De Sousa Santos, Boaventura. *La cruel pedagogía del virus*. Ed. CLACSO, 1a ed, Argentina, 2020. p.46

que al bien común en busca de la igualdad y la solidaridad entre las personas. El mercado, como institución social, en lugar de incluir excluyó a las personas de la CUS, dejando a más personas sin acceso a los servicios de salud, así el mercado impidió ejercer a muchas personas su derecho humano a la salud, el mercado no tiene las funciones del Estado pese a que ambos sean pilares de regulación de las sociedades modernas.

La *Cruel pedagogía del virus* nos ilustra con amargura que la pobreza es un factor que incide directamente en las muertes ocasionadas por la pandemia de Covid-19, lo crítico no era el contagio, sino contagiarse siendo una persona pobre.³³ Los estados nacionales en la coyuntura de la pandemia no tuvieron la capacidad de garantizar el derecho humano a la salud, al contrario, buscaron gestionar la pandemia dentro de los límites del propio sistema económico según la lógica del capital. La condición de pobreza de los contagiados se convirtió a la postre en el principal factor impulsor las muertes de quienes se infectaron con de Covid-19.

III. MÉXICO: CONTAGIOS DE PERSONAS Y SU ESPERANZA DE VIDA EN HOGARES POBRES

147

México fue uno de los países con mayor número de contagios y muertes, en términos reales y proporcionales. De acuerdo con el gobierno de México³⁴ se presentaron 7 millones quinientos noventa y siete mil ochocientos noventa casos confirmados, de los cuales 333 mil 972 personas perdieron la vida. Eso ubicó al país como el quinto lugar con mayor número de muertes a nivel mundial. Ello llevó al Estado mexicano a generar una serie de instrumentos de gestión de la pandemia como las bases de datos abiertos de la Dirección General de Epidemiología (DEG)³⁵ de la Secretaría de Salud del gobierno de México.

Cuadro 2: Correlaciones Pearson Variables Seleccionadas

		Fallecido	Entidad de residencia	Índice de marginación, 2020	Índice de marginación normalizado, 2020	Índice de rezago social	Pobreza	Carencias promedio 2020	Grado de marginación, 2020	Grado de rezago social
Fallecido	Correlación de Pearson Sig. (bilateral)	1	.014**	-.019**	-.019**	.018**	.003**	.006**	.017**	.016**
	N	6541413	6541413	6497509	6497509	6497509	6497116	6497116	6497509	6497509

** La correlación es significativa en el nivel 0,01 (bilateral).

Fuente: Elaboración Propia con base en DB_Covid-19

La base de datos de contagio-defunciones por Covid-19 en México fue construida con el propósito de dar cumplimiento al

... Decreto publicado en el diario Oficial de la Federación el 20 de Febrero del 2015, que establece la regulación en materia de Datos Abiertos, la Dirección General de Epidemiología,

33 *Idem*

34 CONACYT (2023) Covid-19 México. Información General. <https://datos.Covid-19.conacyt.mx/>

35 SS (2023) Datos Abiertos Dirección General de Epidemiología. <https://www.gob.mx/salud/documentos/datos-abiertos-152127>

... pone a disposición de la población en general, la información contenida en los Anuarios Estadísticos de Morbilidad 2015-2017, así como la información referente a los casos asociados a Covid-19.

Esta base de datos se descargó en formato SVS, por lo que se exportó a MS-Excel donde se inició el análisis de información. Lo primero que se encontró es que los datos no estaban agrupados por entidad o por municipio, así mismo, los municipios no incluían la clave completa que emplea el INEGI, integrada por la suma de la clave de la entidad más la clave del municipio, por lo que se incluyó una variable más con la clave completa del municipio; este paso era necesario a fin de agregar las variables relacionadas con la vulnerabilidad, la marginación, el rezago social, la pobreza y las carencias por municipio generadas por el CONVAL 2023.

Así, se procedió a la descarga de los datos abiertos del CONVEL, se descargaron las bases de datos Pobreza por grupos poblacionales a escala municipio, así mismo el *Índice de Rezago Social (nacional, estatal, municipal, localidad y ageb) 2000-2020*, *Índice de vulnerabilidad*, además de *Índice de rezago social* (Coneval, 2023). Estas escalas se organizaron por municipio,³⁶ es decir los índices están relacionados con los casos de contagio recabados por la DGE y descargados de los datos abiertos a finales del mes de enero de 2023.

A través de la variable “clave de municipio” se agregaron los valores de las variables: de Índice de vulnerabilidad, *Grado de vulnerabilidad*, *Índice de marginación 2020*, *Grado de marginación 2020*, *Índice de marginación normalizado 2020*, *Índice de rezago social*, *Grado de rezago social*, *Pobreza y Carencias promedio 2020*; que correspondía a cada uno de los casos recolectados (6 millones 541 mil 413) por la SS en cada una de las entidades federativas de la república mexicana. Se optó por la técnica estadística de componentes principales ya que permite resumir en un indicador agregado las diferentes dimensiones del fenómeno en estudio. El Índice de Rezago Social se construye como una suma ponderada de los diferentes indicadores; en su construcción se utilizan como ponderadores los coeficientes de la primera componente.

Este proceso se realizó en MS-Excel a fin de automatizarlo y agilizar el proceso de agregar la vulnerabilidad socioeconómica por municipio en cada uno de los individuos contagiados y que fueron registrados en la base de datos de la DGE

En virtud de que el Índice de Rezago Social, por la forma en la cual se construye, cumple con el propósito de ordenar las diferentes unidades de observación (localidades, municipios y estados), estas se estratificaron en cinco categorías, de tal forma que dentro de cada categoría las unidades fueran lo más homogéneas posibles y entre los estratos lo más distintos posibles.

La técnica de estratificación de Dalenius & Hodges cumple con este propósito. De esta forma se crearon cinco estratos que son: muy bajo, bajo, medio, alto y muy alto rezago social, y que dan la idea de grupos de localidades, municipios y estados que van de aquellos que muestran un menor a una mayor carencia en los indicadores que conforman el índice, respectivamente. También se realizó una correlación a fin de determinar cómo inciden los índices de margina-

36CONVEL (2023) Datos abiertos https://www.coneval.org.mx/quienessomos/Paginas/datos_abiertos_CONEVAL.aspx

ción y pobreza entre sí, observando que existe una relación entre estos, aunque en algunos casos dicha relación es inversa.

Correlaciones					
Índice	Vulnerabilidad	Marginación	Rezago social	Pobreza	Carencias
Vulnerabilidad	1	0.019	-0.05	-0.1	-0.01
Marginación	0.02	1	-0.95	-0.74	-0.74
Rezago social	-0.05	-0.95	1	0.78	0.73
Pobreza	-0.1	-0.74	0.78	1	0.63
Carencias	-0.01	-0.74	0.73	0.63	1

Fuente: Elaboración Propia con base en DB_Covid-19

Al agotar este procedimiento, se exportó la base de datos al software IBM-SPSS 23, a fin de realizar el análisis estadístico de la información. Un primer análisis de la base de datos de contagios de la DGE mostró que los estados con mayor frecuencia eran la Ciudad de México donde se registraron 1 millón 935 mil 268 contagios, el Estado de México con 587 mil 068 contagios, asimismo Nuevo León con 317 mil 690 contagios. Estas entidades federativas son también las de mayor población, por lo que es de esperarse que el mayor número de contagios se presentara en los estados con mayor población. También se registró en estas entidades un mayor número de defunciones entre los contagiados.

149

Desde el punto de vista socioeconómico estas también son las entidades que tuvieron en 2020 el mayor PIB a nivel nacional de acuerdo con el INEGI (2023), Ciudad de México (2,856,751 millones de pesos), Estado de México (1,484,121 millones de pesos), Nuevo León (1,267,121 millones de pesos), y solo el Estado de México tiene un rezago social bajo, ya que la Ciudad de México y Nuevo León tienen un rezago social muy bajo.³⁷ Una vez más se observa, con los datos empíricos, que los ingresos promedio no se relacionan con las defunciones de las personas que se contagiaron de Covid-19 durante la pandemia.

Los análisis estadísticos se realizaron en SPSS, lo primero que se decidió fue empezar por un análisis de correlación entre variables, a fin de determinar si existe relación entre las condiciones del estado de residencia, los factores de vulnerabilidad social vinculados a la pobreza; además de la variable de defunción en los casos en los cuales las personas contagiadas fallecieron. Como era de esperarse las condiciones de rezago social y vulnerabilidad de cada entidad federativa tiene correlación con las defunciones, siendo inversa en los casos de marginación como ya se advirtió antes, ya que a mayor valor del índice menor marginación, como se observa en el cuadro 2.

El análisis de la relación entre variables permite observar cómo cada una de estas variables influye en las otras, por lo que el estado de residencia es un factor determinante en los contagios. Resulta interesante la observación de que los casos de contagio tienen una relación inversa con el índice de marginación social y el índice de marginación normalizado, lo que

³⁷ CONVEL (2023) Datos abiertos https://www.coneval.org.mx/quienessomos/Paginas/datos_abiertos_CONEVAL.aspx

indica que las personas contagiadas no viven o vivían en municipios marginados, sino en municipios con mejores condiciones socioeconómicas.

Sin embargo, el número de personas fallecidas y sobrevivientes contagiadas durante la pandemia por Covid-19 es muy grande en la muestra de los datos abiertos de la DGE, al realizar este análisis de los casos de fallecimiento por entidad federativa, encontrando que había un gran sesgo, ya que la mayoría de las personas que se habían contagiado no habían fallecido. De los 6 millones 541 mil 413 registros de la base de datos de la DGE solo 41 mil 280 (0.6% de la muestra), lamentablemente, fallecieron.

Por ejemplo, en las entidades ya referidas Ciudad de México, Estado de México y Nuevo León. donde se registró el mayor número de contagios y defunciones por Covid-19 durante la pandemia, el porcentaje de fallecimientos en relación con los contagios es muy bajo; Ciudad de México fallecieron el 0.2% de las personas contagiadas, en el Estado de México falleció el 0.7% de las personas contagiadas y en Nuevo León el 1.1% de las personas contagiadas perdieron la vida; por ello se decidió dividir la muestra y realizar a fin de tomar el mismo número de casos de sobrevivientes que de decesos.

Una vez realizada esta operación la muestra fue de 82 mil 560 casos, es decir 41 mil 280 casos de personas que fallecieron y el mismo número de los que no fallecieron seleccionados de forma aleatoria. Esta muestra del total de la población del país se consideró representativa para poblaciones infinitas de acuerdo a la formula $n=(p*q)^2*z^2/e^2$, registraobteniendo un nivel de confiabilidad de 97% con un margen de error muestral de más-menos (+/-) 0.5%, por lo que se consideró confiable el tamaño de la muestra.

150

Organizada la muestra se procedió a realizar nuevamente una correlación entre las variables seleccionadas, en esta ocasión se privilegio el municipio de residencia a fin de conocer la relación con los fallecimientos y las condiciones de vulnerabilidad socioeconómica, marginación y pobreza. Se encontró que existe una correlación inversa entre el municipio y las defunciones, es decir las personas que perdieron la vida durante la pandemia de Covid-19 vivían en municipio con baja marginación, de hecho, la correlación entre los municipios y el índice de marginación 2020 también es inversa además de elevada, por lo que los municipios con mayores defunciones tenían una menor marginación. Sin embargo, la relación entre la pobreza con los fallecimientos es alta y significativa como lo es la relación entre los municipios y la pobreza; es decir, las personas pobres son las que más murieron, como se ilustra en el cuadro 3:

Cuadro 3: Correlaciones Pearson Variables Seleccionadas

		Fallecido	Entidad de residencia	Grado de vulnerabilidad	Índice de marginación, 2020	Grado de marginación, 2020	Índice de marginación normalizado, 2020	Índice de rezago social	Grado de rezago social	Pobreza	Carencias promedio 2020
Municipio de residencia	Correlación de Pearson	-.028**	.145**	.035**	-.733**	.026**	-.733**	.262**	.021**	.063**	-.074**
	Sig. (bilateral)	.000	0.000	.000	0.000	.000	0.000	0.000	.000	.000	.000
	N	82560	82560	82196	82560	82560	82560	82560	82560	82560	82560

** La correlación es significativa en el nivel 0,01 (bilateral).

Fuente: Elaboración Propia con base en DB_Covid-19

Finalmente, a fin de demostrar que la variable determinante es la pobreza en la que viven las personas como factor de mayor riesgo de muerte entre las personas que se contagiaron de Covid-19 durante la pandemia, se realizó un análisis de la varianza (ANOVA) considerando n igual a 82 mil 560 casos, con lo que se consideró una muestra representativa aun excluyendo los casos de personas que se contagiaron de Covid-19 pero que no fallecieron. Se procedió a realizar el análisis de la varianza a través de una ANOVA de una sola vía, los resultados se muestran en el cuadro 4:

Cuadro 4: ANOVA - Po

Casos	Suma de cuadrados	Defunciones	Cuadrado medio	F	p	η^2
Def	66576.965	1	66576.965	288.801	< .001	0.003
Residuos	$1.903 \times 10^{+7}$	82558	230.529			

Nota. Tipo III Suma de cuadrados

Fuente: Elaboración Propia con base en DB_Covid-19

La prueba de análisis de la varianza demostró que si hay significación entre la pobreza (variable independiente) y las defunciones (variable dependiente) entre los casos de contagio de Covid-19 en el área de estudio; por lo que se acepta la hipótesis alterna descartando la hipótesis nula. Es decir, si existe relación entre la pobreza y las defunciones por Covid-19 de las personas contagiadas en México durante la pandemia; por lo que la pobreza se convierte en una amenaza a la seguridad humana al vulnerar la salud y la calidad de vida de las personas.

Cuadro 5: Pruebas Post Hoc

Estándar: Comparaciones Post Hoc - Def								
		Diferencia de medias	IC del 95% para la diferencia de medias			t	P_{Tukey}	$P_{scheffe}$
			Bajar	Superior	SE			
0	1	-1.796	-2.003	-1.589	0.106	-16.994	< .001***	< .001***

p < .001

Fuente: Elaboración Propia con base en DB_Covid-19

Las pruebas muestran la alta relación entre defunciones y pobreza, por lo que se confirma que la pobreza es el factor determinante en las muertes registradas en la base de datos de la DGE. A las personas empobrecidas se le vulneran todos sus derechos, iniciando por el derecho a la salud, el Estado debe emprender acciones a fin de corregir esta condición, los pobres deben tener garantizado su derecho a la salud, privatizar los servicios de salud fue una mala decisión de los estados en el periodo neoliberal.

IV. CONCLUSIONES

No es la primera vez que se reflexiona entre el derecho a la salud y los procesos económicos, es decir el vínculo que existe entre el bienestar económico con la salud. Tampoco es nuevo el estudio del impacto de las políticas económicas que favorecen la privatización de los servicios de salud y su impacto en la salud de las personas.³⁸ De hecho, Yepes y Hernández,³⁹ estudian como el análisis de la desigualdad requiere de buena evidencia empírica y un análisis profundo de las causas y consecuencias de las formas que ahora toma la desigualdad, porque la desigualdad se convierte en una forma generalizada de violación a los derechos humanos.

La plataforma de CONACYT⁴⁰ que reporta el seguimiento de los casos de Covid-19 a nivel nacional señala que el 90.4% de los casos confirmados recibieron servicios ambulatorios, es decir, las personas recibieron tratamiento fuera de los hospitales, lo recibieron en sus casas. Sólo el 9.6% de los contagios recibieron servicios médicos en los hospitales, por lo que las condiciones socioeconómicas de los hogares se volvió el factor crítico de riesgo de muerte por contagio de Covid-19 durante la pandemia en México.

El estudio de la desigualdad y la pobreza también requiere una consideración cuidadosa de las estrategias y políticas que podrían producir sociedades más igualitarias, algo que la misma Ilustración concibió en sus inicios, pero que con el surgimiento del capitalismo esta promesa se fue diluyendo. Los estados deben implementar acciones para cerrar las brechas de la desigualdad, el mercado ha mostrado su incapacidad de regular las contradicciones de clase en las sociedades modernas.

A las personas empobrecidas se le vulneran todos sus derechos, iniciando por el derecho a la salud, el Estado debe emprender acciones a fin de corregir esta condición, el análisis empírico de la información de la base de datos de la DGE de los contagios durante la pandemia de Covid-19, muestra con claridad como la condición de pobreza de los hogares fue una variable determinante en las causas de las defunciones de las personas que contrajeron el virus. El Estado Mexicano debe implementar acciones inmediatas a fin de mejorar la salud pública del país.

Los pobres deben tener garantizado su derecho a la salud, privatizar los servicios de salud fue una mala decisión de los estados en el periodo neoliberal, particularmente en México donde la inversión pública en los servicios de salud se redujo drásticamente a fin de privatizar el acceso universal a los servicios de salud.

Esta estrategia agrando la brecha en la calidad y acceso a hospitales, medicamentos y servicios de salud en la población mexicana, vulnerando el derecho a la salud de los más pobres.

El pasado 25 de abril de 2023, se presentó la iniciativa que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley General de Salud, con el propósito de regular el Sistema de Salud para

38 Bohoslavsky, J. P. (2018). Guiding Principles to Assess the Human Rights Impact of Economic Reforms? Yes: In Bantekas. En I. and Lumina, C. (ed.) *Sovereign Debt and Human Rights*, Oxford University Press, 1a Ed., Oxford, England, pp. 402–422.

39 Yepes, R.U. & Hernández, S.C. (2020). Desigualdad, Derechos Humanos y Derechos Sociales: Tensiones y Complementariedades. En *International Journal of Human Derechos, Humanitarismo y Desarrollo*, año 2020, volumen 10, pp. 376-394.

40 CONACYT, op. cit.

el Bienestar, en la cual se señala que “...es necesario un modelo de atención en salud, que garantice la extensión progresiva, cuantitativa y cualitativa de los servicios de salud, especialmente para la población que no cuenta con seguridad social...”.¹ Aunque la propuesta no carece de ambigüedades y contradicciones, se considera que es el rumbo de la reflexión y el debate a fin de instrumentar una poética de salud pública que garantice el acceso universal a los servicios de salud y garantizar el derecho humano a la salud.

V. REFERENCIAS DE INVESTIGACIÓN

- Bohoslavsky, J. P. (2018). *Guiding Principles to Assess the Human Rights Impact of Economic Reforms? Yes: In Bantekas, I. and Lumina, C. (ed.). Sovereign Debt and Human Rights*, Oxford University Press, 1a Ed., Oxford, England, pp. 402–422.
- Braveman, P., & Gruskin, S. (2003). Poverty, equity, human rights and health. *Bulletin of the World Health organization*, 81, 539-545.
- CIDU-ONU (2023) <https://coronavirus.onu.org.mx/el-exceso-de-mortalidad-asociada-a-la-pandemia-de-la-Covid-19-fue-de-149-millones-de-muertes-en-2020-y-2021>
- CONACYT (2023) Covid-19 México. Información General. <https://datos.Covid-19.conacyt.mx/>
- CONVEL (2023) Datos abiertos https://www.coneval.org.mx/quienessomos/Paginas/datos_abiertos_CONEVAL.aspx
- De Sousa Santos, Boaventura *Crítica a la razón indolente. Contra el desprecio a la experiencia*. Ed. Cortez, 1ª Edición, Brasil, 2000.
- De Sousa Santos, Boaventura. *La cruel pedagogía del virus*. Ed. CLACSO, 1a ed, Argentina, 2020.
- Forman, Lisa (2010) Making the Case for Human Rights in Global Health Education, Research and Policy. En *Canadian Journal of Public Health*, Vol. 102, Year 2010, Pages 207-209.
- Habermas, Jürgen. *Problemas de Legitimación en el capitalismo tardío*. Ed. Amorrortu, 1ª Edición, España, 1999, pp.17-18.
- Kenyon, K. H., Forman, L., and Brolan, C. E. Deepening the Relationship between Human Rights and the Social Determinants of Health. *Health and Human Rights*, 2018, núm. 20. pp. 1-10.
- Mann, J. M., Gostin, L., Gruskin, S., Brennan, T., Lazzarini, Z., & Fineberg, H. V. Health and human rights. *Health And Human Rights Rewe*, 1994, vol.1, núm. 1, pp 6-23. Schrecker, T., Chapman, A., Labont, R, and De Vogli, R. (2010) Advancing health equity in the global marketplace: how human rights can help. *Journal Social science & medicine*, 2010, volume 71, núm. 8, pp. 1520-1526.
- OMS. *Cobertura sanitaria universal*. [https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/universal-health-coverage-\(uhc\) 2023](https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/universal-health-coverage-(uhc) 2023).

¹ Reyes Carmona, E. (2023) Iniciativa que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley General de Salud, para regular el Sistema de Salud para el Bienestar, Gaceta Parlamentaria Año XXVI Palacio Legislativo de San Lázaro, martes 25 de abril de 2023 Número 6262-II-1. <http://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/65/2023/abr/20230425-II-1.pdf>, p.7.

- OMS. Declaración acerca de la decimoquinta reunión del Comité de Emergencias del Reglamento Sanitario Internacional (2005) sobre la pandemia de enfermedad por coronavirus (Covid-19). [https://www.who.int/es/news/item/05-05-2023-statement-on-the-fifteenth-meeting-of-the-international-health-regulations-\(2005\)-emergency-committee-regarding-the-coronavirus-disease-\(Covid-19\)-pandemic](https://www.who.int/es/news/item/05-05-2023-statement-on-the-fifteenth-meeting-of-the-international-health-regulations-(2005)-emergency-committee-regarding-the-coronavirus-disease-(Covid-19)-pandemic). 2023.
- ONU Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Mujeres, proclamada por la Asamblea General de la ONU. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>. 2023.
- ONU-ECOSOC Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>. 2023.
- Reyes Carmona, E. Iniciativa que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley General de Salud, para regular el Sistema de Salud para el Bienestar, Gaceta Parlamentaria Año XXVI Palacio Legislativo de San Lázaro, martes 25 de abril de 2023 Número 6262-II-1. <http://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/65/2023/abr/20230425-II-1.pdf>. 2023.
- Serrano Migallón, Fernando. *150 años de las leyes de reforma, 1859-2009*. Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas-Facultad de Derecho UNAM, 1ª Edición, México, 2009.
- SS Datos Abiertos Dirección General de Epidemiología. <https://www.gob.mx/salud/documentos/datos-abiertos-152127>. 2023.
- TRT. <https://coronavirus.onu.org.mx/el-exceso-de-mortalidad-asociada-a-la-pandemia-de-la-Covid-19-fue-de-149-millones-de-muertes-en-2020-y-2021>. 2023.
- UNICEF Convención Internacional de los Derechos de los Niños. [unicef.es/causas/derechos-ninos/convention-derechos-ninos](https://www.unicef.org/es/causas/derechos-ninos/convention-derechos-ninos). 2023.
- Yepes, R.U. & Hernández, S.C. Desigualdad, Derechos Humanos y Derechos Sociales: Tensiones y Complementariedades. *International Journal of Human Derechos, Humanitarismo y Desarrollo*, año 2020, volumen 10, pp. 376-394.

RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL, APORTACIÓN DEL COMPLIANCE

Dra. Nereyda Salazar Galeana²

Resumen: Desde hace décadas, el tema de la responsabilidad social que las empresas puedan tener para con la sociedad ha sido tema tanto de políticos, sociólogos, economistas, y actualmente, debido al fenómeno de la globalización, también es parte de la agenda de la sociedad civil. Como sucede con la mayoría de los asuntos que perjudican las buenas prácticas, el tema cobra especial importancia y se trata con mayor rigor en la Unión Europea, permeando después a México y América Latina, y va tomando distinto énfasis en cada país, dependiendo de las regulaciones particulares de cada Estado. El *Compliance* por su parte, con su reciente relevancia en América Latina, forma parte fundamental para la implementación de sistemas de gestión de riesgos que permitan un cumplimiento de la responsabilidad social empresarial en cuestión, buscando satisfacer en la medida de lo posible el interés de todos, y atender los mínimos de justicia exigibles al ente de que se trate.

Palabras clave: Responsabilidad social, empresas, *Compliance*.

Abstract: For decades, the issue of the social responsibility that companies may have towards society has been the subject of politicians, sociologists, economists, and currently, due to the phenomenon of globalization, it is also part of the civil society agenda. As is the case with most issues that harm good practice, the issue is especially important and is treated more rigorously in the European Union, later permeating México and Latin America, and taking on different emphasis in each country, depending on the particular regulations of each State. *Compliance*, for its part, with its recent relevance in Latin America, is a fundamental part of the implementation of risk management systems that allow *Compliance* with the corporate social responsibility in question, seeking to satisfy the interest of all as much as possible, and meet the minimum standards of justice required of the entity in question.

Keywords: Social responsibility, companies, *Compliance*

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad social empresarial (RSE), conocida también como responsabilidad social corporativa (RSC), se refiere al conjunto de prácticas que una empresa lleva a cabo para contribuir, ya sea de manera voluntaria o vinculante al desarrollo sostenible y al bienestar del

² Doctora en derecho y globalización por la Universidad Autónoma del Estado de Morelos (UAEM). Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Autónoma del estado de Morelos. Colaboradora del Cuerpo Académico Sistemas Jurídicos Contemporáneos de la propia institución, acreditado ante PRODEP. neysalazar@live.com.mx

núcleo social en el que lleva a cabo sus actividades. La RSE implica que las empresas no solo busquen maximizar sus beneficios económicos, sino que también consideren llevar a cabo sus operaciones promoviendo las buenas prácticas de tal forma que el impacto social, ambiental y ético de sus actividades afecte positivamente su entorno.

Las empresas que adoptan la RSE se comprometen a operar de manera ética y transparente, respetando los derechos humanos, promoviendo la diversidad y equidad de género, la inclusión, protegiendo el medio ambiente, apoyando a la comunidad local y fomentando el desarrollo económico sustentable. Estas prácticas pueden abarcar una amplia gama de áreas, como la gestión de recursos naturales, el uso responsable de energía, la reducción de emisiones contaminantes, el respeto a los derechos laborales, la promoción de la igualdad de género, la inversión en educación y salud, creación de fundaciones, entre otros.

La RSE puede beneficiar a las empresas en distintas vertientes. Además de mejorar su reputación y fortalecer su relación con los distintos grupos de interacción, también puede ayudar a atraer y retener talento, generar confianza entre los consumidores y aumentar la lealtad de los clientes. Además, las empresas socialmente responsables suelen estar mejor preparadas para hacer frente a los riesgos empresariales y aprovechar las oportunidades de negocio relacionadas con la sostenibilidad.

156

I. GENERALIDADES

La Responsabilidad social al ser un tema de carácter internacional, es abordada por la federación mundial de organismos nacionales de normalización a través del International Organization for Standardization (ISO)³ con su norma ISO 26000:2010(es) Guía de responsabilidad social,⁴ misma que establece:

³ ISO (Organización Internacional de Normalización) es una federación mundial de organismos nacionales de normalización (organismos miembros de ISO). El trabajo de preparación de las Normas Internacionales normalmente se realiza a través de los comités técnicos de ISO. Cada organismo miembro interesado en una materia para la cual se haya establecido un comité técnico, tiene el derecho de estar representado en dicho comité. Las organizaciones internacionales, públicas y privadas, en coordinación con ISO, también participan en el trabajo. ISO colabora estrechamente con la Comisión Electrotécnica Internacional (IEC) en todas las materias de normalización electrotécnica. Las Normas Internacionales se redactan de acuerdo con las reglas establecidas en la Parte 2 de las Directivas ISO/IEC. La tarea principal de los comités técnicos es preparar Normas Internacionales. Los proyectos de Normas Internacionales adoptados por los comités técnicos se envían a los organismos miembros para votación. La publicación como norma internacional requiere la aprobación por al menos el 75% de los organismos miembros que emiten voto. Consultado el 1 de mayo de 2023, disponible en: <https://www.iso.org/obp/ui#iso:std:iso:26000:ed-1:v1:es>

⁴ Esta Norma Internacional se ha desarrollado utilizando un enfoque de múltiples partes interesadas, con la participación de expertos de más de 90 países y 40 organizaciones internacionales o regionales representativas, que están involucradas en diversos aspectos de la responsabilidad social. Estos expertos procedían de seis grupos distintos de partes interesadas: consumidores; gobierno; industria; trabajadores; organizaciones no gubernamentales, ONG (NGO, por sus siglas en inglés) y servicios, apoyo, investigación, academia y otros. Adicionalmente, se tomaron disposiciones específicas para lograr un equilibrio en los grupos de redacción, entre países en desarrollo y desarrollados, así como un equilibrio de género. Consultado el 1 de mayo de 2023, disponible en: <https://www.iso.org/obp/ui#iso:std:iso:26000:ed-1:v1:es>

A escala mundial, las organizaciones, y sus partes interesadas, son cada vez más conscientes de la necesidad y los beneficios de un comportamiento socialmente responsable. El objetivo de la responsabilidad social es contribuir al desarrollo sostenible.

El desempeño de una organización en relación con la sociedad en la que opera y con su impacto sobre el medio ambiente, se ha convertido en una parte crítica al medir su desempeño integral y su habilidad para continuar operando de manera eficaz. En parte, esto es reflejo del creciente reconocimiento de la necesidad de asegurar ecosistemas saludables, equidad social y buena gobernanza de las organizaciones. En el largo plazo, todas las actividades de las organizaciones dependen de la salud de los ecosistemas mundiales. Las organizaciones están sometidas a un escrutinio cada vez mayor por parte de sus diversas partes interesadas. Tanto la percepción que se tenga acerca del desempeño de una organización en materia de responsabilidad social, como su desempeño real pueden influir, entre otras cosas en:

- su ventaja competitiva;
- su reputación;
- su capacidad para atraer y retener a trabajadores o miembros de la organización, clientes o usuarios;
- mantener la motivación, compromiso y productividad de los empleados;
- la percepción de los inversionistas, propietarios, donantes, patrocinadores y la comunidad financiera, y
- sus relaciones con empresas, gobiernos, medios de comunicación, proveedores, organizaciones pares, clientes y la comunidad donde opera.

157

Por su parte, los doctrinarios han desarrollado y actualizado el concepto de RSE de acuerdo con las condiciones socio económicas de su época,⁵ según el contenido del artículo *Evolución Histórica de los Conceptos de la Responsabilidad Social Empresarial y de la Sustentabilidad Corporativa* la investigación sobre RSE comenzó en la década de 1950 con una orientación de carácter normativo, basado en la ética y la economía del bienestar, en donde la responsabilidad social se centraba principalmente en las donaciones caritativas y filantrópicas de las empresas hacia la comunidad. En esta década el concepto de RSE comienza a evolucionar con autores como Bowen, 1953; Frederick, 1960; Heald, 1957; mancando con ello lo que los autores definieron como “1950’s: Moralidad de los empresarios” y “1960’s: Desarrollo significativo del concepto de RSE”.

Para la década de 1970 la sociedad comenzó a exigir a las empresas un mayor compromiso social y ambiental, impulsado por movimientos sociales y preocupaciones medioambientales. En el transcurso de la década de 1980 se integra a la estrategia de la responsabilidad social empresarial, la importancia de abordar los impactos sociales y ambientales en todas las áreas

⁵ Cohem, Natalia, y Werbin, Eliana Mariela, *Evolución histórica de los conceptos de la responsabilidad social empresarial y de la sustentabilidad corporativa*, Asociación Nacional de Facultades y Escuelas de Contaduría y Administración (ANFECA), 25 CONGRESO INTERNACIONAL DE CIENCIAS ADMINISTRATIVAS, UNAM 2021. Consultado el 2 de mayo de 2023, disponible en: <https://investigacion.fca.unam.mx/docs/memorias/2021/17.02.pdf>

de la empresa. En la década de 1990 el término “sustentabilidad” empezó a ganar relevancia, destacando la necesidad de que las empresas operaran de manera sostenible en términos sociales, ambientales y económicos.

A partir del año 2000 se incorporan a la ecuación estándares y principios internacionales, que instaban a las empresas a asumir responsabilidades en áreas como los derechos humanos, el medio ambiente y las prácticas laborales. Actualmente a nivel global se cuenta con el Pacto Global de las Naciones Unidas, que se encarga en cierta medida de actualizar dichos estándares, y éstos los podemos consultar en el sitio web oficial de las Naciones Unidas⁶ en donde se puede conocer entre otras cosas: noticias, herramientas encaminadas a fortalecer el compromiso con las prácticas comerciales sostenibles, pactos que buscan proteger el medio ambiente, los derechos humanos y laborales, así como promover el aprovechamiento óptimo de los recursos naturales disponibles buscando con ello una protección integral del entorno en donde las empresas llevan a cabo sus operaciones. En resumen, la responsabilidad social empresarial implica que las empresas asumen un compromiso más amplio con la sociedad y el medio ambiente, y se esfuerzan por tener un impacto positivo en estos aspectos, más allá de sus actividades económicas principales.

Por su parte el *Compliance* (Cumplimiento normativo) es un sistema en donde se incluyen leyes y normas de *hard law* y de *soft law*, las primeras son las emitidas por el Estado, y las segundas son todos aquellos lineamientos, políticas, y regulaciones internas de las organizaciones en lo particular. En términos generales se refiere a la planeación que una organización pública o privada debe realizar para el correcto y eficaz cumplimiento de sus obligaciones en general, tanto de carácter sustantivo como adjetivo. La planeación que para ello se lleve a cabo va a estar condicionada directamente por la naturaleza de las actividades, el giro, o la razón de ser de cada Institución. Aunque es un término que se aplica en lo general, debemos ser específicos cuando de aplicarlo se trata, dado que pueden existir tantos tipos de *Compliance*, como distintas sean las obligaciones de las organizaciones.⁷

La RSE es un tema de carácter Internacional, de mismo modo que el *Compliance*, ha ganado importancia con el pasar de los años, y con el fenómeno de la globalización y la digitalización de la información, la información ha permeado de forma casi generalizada. Lo anterior ha permitido a ciertos grupos con intereses filantrópicos y de protección en general del medio ambiente y los derechos humanos estar en posición de exigir se respete y se protejan estos preceptos. Para esto, el *Compliance* es una pieza clave en la promoción de las prácticas de responsabilidad corporativa. Europa y América Latina cuentan con distintos enfoques y contextos para lo que a responsabilidad social empresarial y al *Compliance* respecta.

Mientras que en Europa existen altos estándares éticos y sociales y trabajan para minimizar cualquier impacto negativo derivado de la operatividad de las empresas; en América Latina ambos conceptos son temas en evolución, el nivel de aceptación y cumplimiento de las directri-

⁶ Consultado el 2 de mayo de 2023, disponible en: <https://unglobalcompact.org/>

⁷ Ferré Olivé, José Carlos; 2020-2019, Reflexiones en torno al *Compliance* penal y a la ética en la empresa. En *Revista Penal México* número 16-17, INACIPE, México, 2020

ces que promueven la responsabilidad social empresarial y un completo *Compliance* depende de la normatividad y el rigor de cada país. Aunque en realidad podemos afirmar que tanto la Unión Europea como América Latina están trabajando continuamente para mejorar la responsabilidad social empresarial y el cumplimiento normativo. Este último colabora de manera fundamental para una debida responsabilidad social empresarial, dado que desde su enfoque panorámico del funcionamiento de los entes empresariales debe considerar no solo las normas vinculantes sino también todos aquellos instrumentos, reglamentos, pactos, que en aras de su cumplimiento otorguen un mayor valor ético y de buenas prácticas a la organización.

II. PRINCIPIOS DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL

Dado que la (RSE) es una nueva forma de gestionar las empresas en la que se tiene en cuenta el impacto que sus operaciones generan en su entorno, tanto en sus trabajadores o grupos de interés como en el ámbito social, económico o medioambiental. El objetivo de ésta es implementar una serie de medidas con un alto grado de compromiso que permitan reducir o compensar las posibles afectaciones negativas que puedan tener estas actividades empresariales. No obstante, cabe mencionar que en realidad no existen normatividades o reglamentos directos que sean vinculantes, existen si, diversas leyes que de fondo buscan proteger, por ejemplo: el medio ambiente, a los consumidores, y a los propios competidores directos de mercado.

Las empresas que practican la RSE buscan actuar éticamente para ser más sostenibles y añadir valor social a sus actividades. Este concepto afecta de forma transversal a los distintos ámbitos de gestión de una empresa, que deben adaptar su enfoque para mejorar sus prácticas. Algunos de los puntos clave que se deben tener en cuenta son:⁸

- Transparencia empresarial y redención de cuentas.
- Gobernanza y ética corporativa.
- Respeto de los derechos humanos y del trabajador.
- Impacto de las actividades sobre el medioambiente.
- Respeto al principio de legalidad.

Por su parte la Norma ISO 26000 establece de forma generalizada los principios a tomar en cuenta para dar cumplimiento a la responsabilidad social empresarial:

- Rendición de cuentas. la organización debe aplicar la transparencia por su impacto en la sociedad, la economía y el medio ambiente y las acciones tomadas.

⁸ Santander Universidades, Sostenibilidad, Empresas con Responsabilidad Social Corporativa, 2021. Consultado el 2 de mayo de 2023, disponible en: <https://www.becas-santander.com/es/blog/empresas-con-responsabilidad-social-corporativa.html>

- **Transparencia.** brindar toda la información que requieran las partes interesadas en un lenguaje sencillo y en formatos accesibles.
- **Comportamiento ético.** El comportamiento de las organizaciones debe basarse en los valores de honestidad, equidad e integridad. Deben reflejar una preocupación constante por el entorno social y el medio ambiente.
- **Respeto a los intereses de las partes involucradas.** Las organizaciones deben respetar, considerar y responder a los intereses de sus dueños, socios, clientes, integrantes, así como a otros individuos o grupos que pueden tener derechos, reclamaciones o intereses específicos a tenerse en cuenta, relacionados con la operatividad de la organización.
- **Respeto al principio de legalidad.** Toda organización debe dar a conocer las leyes y regulaciones aplicables dentro de sí misma, para que todos los miembros los tengan en cuenta y puedan cumplirlas correctamente. El principio de legalidad es de observancia obligatoria.
- **Respeto a la normativa internacional de comportamiento.** Toda organización deberá tener en cuenta como mínimo las normativas de comportamiento internacional en lo que refiere a Responsabilidad Social. Si es el caso que las leyes locales entren en conflicto con dicha normativa, las organizaciones como mínimo deberán tener en cuenta las acciones que le permitan respetarlas en la medida de lo posible.
- **Respeto a los derechos humanos.** Los derechos humanos son de carácter universal, las organizaciones deben respetar y promover lo establecido en la Carta Universal de los Derechos Humanos.

160

Recordamos que este tipo de normas (ISO) no son de carácter vinculante; sin embargo, su observancia genera aceptación de la empresa en su entorno social y de competencia de mercado. En lo que respecta a los consumidores, en su mayoría preferirán consumir productos que provengan de prácticas amables con el ambiente y los derechos humanos; tocante a los competidores de mercado, siempre existe la posibilidad de asociarse entre sí, y aquellos posibles socios potenciales definitivamente buscarán hacer negocio con empresas que lleven a cabo un cabal cumplimiento de sus obligaciones, o al menos eso dicta el deber ser.

Estas normas funcionan como guías o directrices para facilitar el cumplimiento de la RSE, es ahí donde la figura del *Compliance* toma importancia fundamental. Al establecer un sistema de cumplimiento normativo en las empresas se debe tomar en cuenta todas aquellas regulaciones obligatorias vigentes, además de aquellas que existan para dar valor y prestigio a la organización, buscando con esto no solo la prevención y minimización de riesgos, sino que también se pretende colocar a la organización dentro del concepto de “empresa socialmente responsable”.

La aplicación de los principios anteriormente enunciados puede proporcionar las siguientes ventajas a las empresas que los aplican:⁹

- Permite a la empresa irse adaptando a los cambios sociales y con ello aumentar su competitividad.
- Al tomar en cuenta las necesidades y cuidados de su entorno social, establece una relación más estrecha con sus clientes.
- Mejora la imagen de la marca al ser socialmente responsable.
- Al ser empático con los grupos de interacción, reduce los costos asociados a la atención y solución de reclamos de clientes y trabajadores.
- Genera confianza entre los inversionistas y accionistas, lo cual permite obtener mayores recursos financieros para invertir en el negocio y así procurar el crecimiento a mediano y largo plazo.

La observancia de los principios de la responsabilidad social empresarial puede proporcionar una serie de ventajas y beneficios para las organizaciones. Al exterior de la empresa, por un lado, puede mejorar la reputación y la imagen corporativa, lo que puede generar una mayor confianza y lealtad por parte de los consumidores, empleados y otros grupos de interés. Adicional a ello, las prácticas de RSE pueden diferenciar a una empresa de sus competidores y ser un factor clave en la toma de decisiones de los consumidores. Esto contribuye a posicionarse como líder en su sector y a atraer a clientes comprometidos con los valores y principios de la RSE. Al interior, las empresas que demuestran un compromiso con la RSE suelen ser más atractivas para los empleados, especialmente para las nuevas generaciones que valoran más el impacto socio económico y ambiental que la operatividad de sus centros de trabajo genera en su entorno. Lo que facilita la retención de empleados talentosos y a mejora la motivación y el compromiso de su fuerza laboral. Y con la ayuda de un adecuado sistema de *Compliance*, la implementación de prácticas de RSE puede ayudar a identificar y gestionar los riesgos sociales, ambientales y éticos en las operaciones de la empresa. Además, puede conducir a una mayor eficiencia energética, reducción de residuos y optimización de recursos, lo que puede resultar en ahorros de costos a largo plazo.

161

III. RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL EN LA UNIÓN EUROPEA

De acuerdo con la Comisión Europea, la Responsabilidad Social Empresarial se determina como “la responsabilidad de las empresas por sus impactos en la sociedad”.¹⁰ Y busca maximizar la

⁹ ISO 26000 Norma de Responsabilidad Social. Consultado el 3 de mayo de 2023, disponible en: <https://ctmaconsultores.com/iso-26000/>

¹⁰ Comunicación de la comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una estrategia renovada de la UE 2011-2014 para la Responsabilidad Social de las Empresas Consultado el 4 de mayo de 2023, disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52011DC0681>

creación de valor compartido para sus propietarios/accionistas y para sus otros grupos de interés y la sociedad en general; e identificar, prevenir y mitigar sus posibles impactos adversos.

La responsabilidad social empresarial en Europa se remonta a la década de 1960, cuando las empresas comenzaron a ser más conscientes de su impacto en la sociedad y el medio ambiente. En la década de 1970, la Comisión Europea promovió la idea de la RSE en su política de desarrollo sostenible. En la década de 1990, las empresas comenzaron a emitir informes de RSE y a adoptar prácticas más sostenibles. En el año 2000, se crea el Pacto Mundial de las Naciones Unidas, una iniciativa voluntaria en la que actualmente las empresas se comprometen a implementar diez principios de RSE a saber:¹¹

- Derechos humanos

Principio 1: las empresas deberían apoyar y respetar la protección de derechos humanos declarados internacionalmente.

Principio 2: las empresas deberían asegurarse de no ser partícipes de vulneraciones de derechos humanos.

- Trabajo

Principio 3: las empresas deberían defender la libertad de asociación y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva.

Principio 4: las empresas deberían defender la eliminación de todas las formas de trabajo forzado u obligatorio.

Principio 5: las empresas deberían defender la abolición efectiva de la mano de obra infantil.

Principio 6: las empresas deberían defender la eliminación de la discriminación con respecto al empleo y la ocupación.

- Medio ambiente

Principio 7: las empresas deberían apoyar un planteamiento preventivo con respecto a los desafíos ambientales.

¹¹ El Pacto Mundial de la ONU: La Búsqueda de Soluciones para retos Globales, Naciones Unidas, 2019. El Pacto Mundial de la ONU es la iniciativa por la sostenibilidad corporativa más grande del mundo, está sustentado por las Naciones Unidas y comprende los principios y valores de la Organización. Gracias a ello, tiene una posición única para fomentar esta colaboración con el objetivo de conseguir y aumentar las soluciones que hagan frente a los retos globales. El Pacto está basado en la visión del antiguo Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan, quien, en el Foro Económico Mundial de 1999, hizo un llamamiento a líderes empresariales para que se aliaran con la Organización para crear así un «impacto global» en cuestión de valores y principios compartidos para aportar una faceta humana al mercado global. Actualmente, el Pacto Mundial desempeña un papel crucial en el fortalecimiento de la colaboración empresarial con las Naciones Unidas. Contamos con más de 9500 empresas y 3000 signatarios no empresariales con sede en más de 160 países (entre los que se incluyen una mayoría de países en desarrollo) y 70 redes locales. Estamos difundiendo a nivel global el mensaje de que las empresas, independientemente de dónde se encuentren, pueden desempeñar un papel importante en la mejora del planeta. Al unir un amplio abanico de partes interesadas procedentes de Gobiernos, grupos de inversión, la academia y la sociedad civil entre otros, ofrecemos oportunidades de alianzas sólidas y un marco desde el cual el sector privado puede ejecutar medidas concretas para hacer negocios de manera responsable y mantener sus compromisos con la sociedad.” Consultado el 5 de mayo de 2023, disponible en: <https://www.un.org/es/cr/C3%B3nica-onu/el-pacto-mundial-de-la-onu-la-b%C3%BAsqueda-de-soluciones-para-retos-globales>

Principio 8: las empresas deberían llevar a cabo iniciativas para fomentar una mayor responsabilidad ambiental.

Principio 9: las empresas deberían promover el desarrollo y la difusión de tecnologías respetuosas con el medio ambiente.

- Lucha contra la corrupción

Principio 10: Las empresas deberían trabajar contra la corrupción en todas sus formas, como la extorsión y el soborno.

En 2011-2014: La Comisión Europea presentó una estrategia renovada que buscaba promover la RSE y su integración en la estrategia empresarial en toda la UE. Esta estrategia fomentó el diálogo entre empresas, gobiernos, sindicatos y organizaciones de la sociedad civil para promover la RSE. En la época contemporánea, la Unión Europea (UE) ha adoptado un enfoque integral y progresista en relación con la responsabilidad social empresarial. Si bien la RSE sigue siendo principalmente voluntaria en la UE, la Comisión Europea ha promovido y respaldado activamente la RSE como parte de su agenda de sostenibilidad y como un elemento clave para la economía sostenible. En la UE, la RSE se aborda a través de una combinación de instrumentos y políticas emitidas por la Comisión Europea, que incluyen entre otros lo siguientes:¹²

- Estrategias para las personas con discapacidad. Promueve los derechos de las personas con discapacidad en Europa y más allá.
- Pilar europeo de derechos sociales. Establece 20 principios y derechos esenciales destinados a fomentar mercados de trabajo y sistemas de protección social equitativos y que funcionen correctamente.
- Derechos en el trabajo. La legislación de la UE en materia de empleo garantiza niveles mínimos de protección a todas las personas que viven y trabajan en la UE.
- Estrategia Europea de Empleo. Los Estados miembros de la UE establecieron un conjunto de objetivos comunes de la política de empleo con el fin de crear más y mejores puestos de trabajo en toda la UE.
- Protección social e inclusión social. La UE apoya y complementa las políticas de los Estados miembros en los ámbitos de la protección social y la inclusión social.

En lo general, y debido a la cantidad de herramientas, políticas y normas existentes en la Unión Europea, ésta se percibe como una comunidad comprometida con el ejercicio de la responsabilidad social empresarial. La Comisión Europea considera, sustentadamente que las acciones de las empresas impactan significativamente en el entorno socio económico y ambiental de los ciudadanos de la UE y como efecto secundario en los de todo el mundo. Su

¹² Comisión Europea. Empleo Asuntos Sociales e Inclusión, 2023 Consultado el 5 de mayo de 2023, disponible en: <https://ec.europa.eu/social/home.jsp?langId=es>

estrategia busca permear más allá del sector empresarial,¹³ incluyendo ya diversos y nuevos ámbitos que antes no eran considerados de forma específica, es decir, quizás se veían beneficiados de alguna forma por la práctica de la RSE, pero no eran el objetivo como tal, como es, por citar un ejemplo el sector educativo.

Por último, de forma específica, según la Red Española del Pacto Mundial, las 6 tendencias en sostenibilidad empresarial que caracterizarán el año 2023 son:¹⁴

1. Acelerar la transformación digital. Las *empresas inteligentes* están en tendencia, las Pymes tienen el mayor reto en esta área que puede determinar una ventaja competitiva en los próximos años.
2. La sostenibilidad en la cadena de suministro. Con el propósito de estar en posición de hacer frente a crisis como las que ocasionaron la recién terminada pandemia por Covid-19, y la invasión a Ucrania, el Pacto Mundial de la ONU, ICEX y la Fundación ICO han lanzado un programa piloto que dará respuesta a las exigencias normativas y capacitará en materia de sostenibilidad a 5.000 empresas proveedoras, en especial, pymes.
3. Finanzas sostenibles. Se ha propuesto crear un mercado de 10 billones de dólares para la financiación de la Agenda 2030 en el marco de la plataforma del Pacto Mundial de Naciones Unidas.
4. Aumentar la transparencia empresarial. Para procurar la atracción de inversiones, mejora en los procesos de compra y para aumentar la confianza en el sector empresarial. Lo anterior se busca a través de la implementación de códigos de conducta, políticas de anticorrupción o canales de denuncia o reclamaciones.
5. Acción climática. Dada la innegable situación de deterioro que ha alcanzado el planeta, buscarán reducir a cero las emisiones netas de dióxido de carbono, y una resiliencia climática inclusiva y justa.
6. Sostenibilidad empresarial: oportunidad de negocio. Según la consulta¹⁵ realizada por la Red Española del Pacto Mundial en 2022, para 2023 prevén que la sostenibilidad continuará siendo una oportunidad de negocio, el 79% de las empresas asegura que ya existen ventajas competitivas en la Agenda 2030. Y un 49% afirma que la integración de esta ha impactado de forma positiva en sus resultados económicos.

13 Manresa Noguera, Julia, Mundo Empresarial, Europa aumenta la presión sobre la responsabilidad social y sostenible de las empresas, *Revista de análisis plural*, Editorial Mon, 2022. Consultado el 5 de mayo de 2023, disponible en: <https://www.monempresarial.com/2022/06/27/europa-aumenta-la-presion-sobre-la-responsabilidad-social-y-sostenible-de-las-empresas/>

14 Red Española del Pacto Mundial, Tendencias en sostenibilidad empresarial que marcarán 2023, Compromiso RSE, 2023. Consultado el 6 de mayo de 2023, disponible en: <https://www.compromisorse.com/rse/2023/01/10/tendencias-en-sostenibilidad-empresarial-que-marcaran-2023/>

15 Red Española del Pacto Mundial, Contribución de las empresas españolas a la Agenda 2030: resultados de la consulta empresarial sobre desarrollo sostenible, 2022. Consultado el 6 de mayo de 2023, disponible en: https://www.pactomundial.org/biblioteca/contribucion-empresas-espanolas-agenda-2030-resultados-consulta-empresarial/?utm_source=blog&utm_medium=web&utm_campaign=publicacion-consulta-agenda2030

Hemos enunciado las medidas e iniciativas que ha tenido la Unión europea a lo largo de las últimas décadas, algunas de ellas con seguridad han tenido eco en alguna parte del resto del mundo, a continuación, expondremos brevemente su impacto en América Latina y las medidas que por iniciativa propia ha tomado este territorio en lo que respecta a la Responsabilidad Social Empresarial.

IV. RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL EN MÉXICO Y AMÉRICA LATINA

En México, la RSE ha estado presente desde la década de 1960, cuando algunas empresas comenzaron a donar parte de sus ganancias a obras de caridad y a patrocinar proyectos sociales. En la década de 1990, el gobierno comenzó a promover la responsabilidad social empresarial a través de políticas públicas y la difusión de la existencia de organismos como el Centro Mexicano para la filantropía (CEMEFI). En la década de 2000, muchas empresas mexicanas comenzaron a emitir informes de RSC y a implementar prácticas más sostenibles en sus operaciones.

En América Latina, la RSC comenzó a ser más relevante en la década de 1990, cuando las empresas comenzaron a enfrentar presiones de los consumidores y los grupos de interés para ser más responsables social y ambientalmente. En 1988, se crea el Centro Mexicano para la Filantropía, una organización que promueve la responsabilidad social corporativa en México y América Latina. Desde entonces, se han llevado a cabo numerosas iniciativas y programas de RSE en la región. Y como este Centro Mexicano existen distintas organizaciones que impulsan la RSE en América Latina.¹⁶

- CEMEFI, México. El Centro Mexicano para Filantropía es una asociación civil sin fines de lucro fundada en 1988, promueve la cultura filantrópica y fortalece la participación civil. Su misión es promover y articular la participación filantrópica, comprometida y socialmente responsable de los ciudadanos y sus organizaciones, para alcanzar una sociedad más equitativa, solidaria y próspera.¹⁷
- Instituto Ethos, Brasil. Organización sin fines de lucro creada en 1998, cuya misión es movilizar, sensibilizar y ayudar a las empresas a gestionar sus negocios de forma socialmente responsable.¹⁸
- Acción RSE, Chile. Organización sin fines de lucro fundada en el 2000, que agrupa a más de 150 empresas socias y entidades colaboradoras comprometidas con el desarrollo sustentable en Chile.¹⁹

¹⁶Lazovska, Daniela,¹⁴ organizaciones que impulsan la SER en América Latina, expok Comunicación de Sustentabilidad y RSE, 2017. Consultado el 8 de mayo de 2023, disponible en: <https://www.expoknews.com/14-organizaciones-que-impulsan-la-rse-en-america-latina/>

¹⁷ CEMEFI sitio web. Consultado el 10 de mayo de 2023, disponible en: <https://www.cemefi.org/>

¹⁸ Ethos sitio web. Consultado el 10 de mayo de 2023, disponible en: <https://www3.ethos.org.br/>

¹⁹ Acción RSE, sitio web. Consultado el 10 de mayo de 2023, disponible en: <https://accionempresas.cl/>

- Corporación Fenalco Solidario Colombia, Colombia. promueve la responsabilidad social desde 1990. Su misión es realizar acciones socialmente responsables que contribuyan a la sostenibilidad y la armonía en el planeta.²⁰
- La Asociación Empresarial para el Desarrollo (AED), Costa Rica. AED guía al sector productivo a considerar principios de responsabilidad social como parte de su gestión, reduciendo impactos negativos y maximizando impactos positivos en la sociedad, el ambiente y la economía.²¹
- El Consorcio Ecuatoriano para la Responsabilidad Social (CERES), Ecuador. Organización sin fines de lucro que privilegia el intercambio de experiencias entre los diversos actores de la sociedad, el diálogo constructivo y la construcción de capacidades que permitan fortalecer la gestión socialmente responsable de las compañías.²²
- Sumarse, Panamá. Con el objetivo de que la responsabilidad social se incorpore a la estrategia de la empresa para maximizar su competitividad, Sumarse trabaja con más de 200 miembros en la capacitación e intercambio de buenas prácticas en los ámbitos económico, social y ambiental.²³
- Unión Nicaragüense para la Responsabilidad Social Empresarial, Nicaragua (uniRSE). Organización sin fines de lucro fundada en 2005 y actualmente reúne a más de 70 miembros. Su objetivo es promover la RSE como una nueva forma de hacer negocios, en la que la empresa gestiona sus operaciones de manera sustentable en lo económico, social y ambiental, reconociendo los intereses de distintos públicos con los accionistas, los colaboradores, la comunidad, los proveedores, los clientes, siempre considerando el medio ambiente y las generaciones futuras.²⁴
- Perú 2021, Perú. La organización existe con el propósito de contribuir al desarrollo sostenible del país y lo hace a través de los siguientes principios: conectar para impactar, innovación. aprender y enseñar.²⁵
- Fundación Hondureña de Responsabilidad Social Empresarial, Honduras. organización sin fines de lucro, cuyo principal objetivo es la promoción de la RSE, entendida como un compromiso continuo de las empresas para contribuir al desarrollo econó-

20 Corporación Fenalco Solidario Colombia, sitio web. Consultado el 10 de mayo de 2023, disponible en: <https://accionempresas.cl/>

21 La Asociación Empresarial para el Desarrollo (AED), sitio web. Consultado el 10 de mayo de 2023, disponible en: <http://www.aedcr.com/>

22 El Consorcio Ecuatoriano para la Responsabilidad Social (CERES), sitio web. Consultado el 10 de mayo de 2023, disponible en: <https://www.redceres.com/>

23 Sumarse, sitio web. Consultado el 10 de mayo de 2023, disponible en: <https://www.sumarse.org.pa/>

24 Unión Nicaragüense para la Responsabilidad Social Empresarial, Nicaragua (uniRSE), sitio web. Consultado el 10 de mayo de 2023, disponible en: <http://www.unirse.org/>

25 Perú 2021, sitio web. Consultado el 10 de mayo de 2023, disponible en: <https://perusostenible.org/>

mico sostenible, mejorando la calidad de vida de sus colaboradores y sus familias, así como de la comunidad local y de la sociedad en general.²⁶

- DERES, Uruguay. convoca a sus compañías socias a participar en distintos intercambios de prácticas con la intención de generar espacios de canje de información y experiencia sobre temas específicos relacionados con la RSE, como políticas de equidad de género, protección del medio ambiente, calidad de vida laboral o la inserción profesional de personas con discapacidad.²⁷
- CentraRSE, Guatemala. Organización que cuenta con más de 100 empresas asociadas que pertenecen a más de 20 sectores y subsectores productivos del país. busca generar un cambio de actitud en el empresariado guatemalteco para convertirlos en empresarios conscientes y proactivos, que contribuyan significativamente al desarrollo de las personas, la competitividad de las compañías y el desarrollo sostenible del país.²⁸
- Eco Red, República Dominicana. Asociación empresarial cuyo objetivo es facilitar la incorporación de una cultura de responsabilidad social y desarrollo sostenible en las compañías. Gestiona alianzas público-privadas para lograr un correcto balance en el desarrollo ambiental, social y económico de cara a la sostenibilidad en la República Dominicana.²⁹
- Fundación empresarial para la Acción Social (FUNDEMÁS), El Salvador. Organización sin fines de lucro que existe desde el 2000 por la necesidad de promover la adopción de valores, políticas y prácticas de RSE para lograr la competitividad de las empresas y el desarrollo económico y social sostenible de El Salvador.³⁰

167

Al revisar cada sitio web de las organizaciones enunciadas, se puede apreciar que este tipo de instituciones inician en México en 1988 con la creación de CEMEFI, y que a la fecha aún hace falta que varios países de América Latina creen organismos dedicados a la promoción del buen actuar empresarial respecto del impacto que causan en lo socio económico y ambiental de aquellas comunidades y sociedades en donde realizan sus actividades. Podemos notar también que todas fueron creadas sin fines de lucro; buscan proteger los derechos humanos; promueven la inclusión de las personas con capacidades diferentes; buscan mejorar la calidad de vida de los trabajadores y la comunidad local; promueven la conciencia ética, moral y ambiental; fomentan la innovación y sustentabilidad con la optimización del uso de recursos naturales para disminuir los desperdicios; y, adicional a todo lo anterior, fomentan la retroalimentación entre sus miembros en aras de promover y estandarizar las buenas prácticas para poder denominarse a sí mismas, empresa socialmente responsable.

26 Fundación Hondureña de Responsabilidad Social Empresarial, sitio web. Consultado el 10 de mayo de 2023, disponible en: <https://fundahrse.org/>

27 DERES, sitio web. Consultado el 10 de mayo de 2023, disponible en: <https://deres.org.uy/>

28 CentraRSE, sitio web. Consultado el 10 de mayo, disponible en: <https://centrarse.org/>

29 Eco Red, sitio web. Consultado el 10 de mayo, disponible en: <https://ecored.org.do/cms/>

30 Fundación empresarial para la Acción Social (FUNDEMÁS), sitio web. Consultado el 10 de mayo, disponible en: <https://fundemas.org/>

En México, la responsabilidad empresarial y el cumplimiento normativo son temas que paulatinamente se han vuelto más importantes para las empresas. El gobierno mexicano ha implementado leyes y regulaciones vinculantes para garantizar que las empresas operen de manera ética y responsable. Por citar algunos ejemplos, tenemos: la *Ley Federal de Protección al Consumidor* (LFPC)³¹ establece reglas para las prácticas comerciales, las cuales deben ser claras, veraces, precisas y no inducir a error a los consumidores. Además, en la *Ley Federal de Responsabilidad Ambiental*³² podemos encontrar las obligaciones de las empresas en términos de prevención, reparación y compensación por daños al medio ambiente. Contamos también con la *Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública*³³ que garantiza el acceso de toda persona a la información en posesión de los Poderes de la Unión, los órganos Constitucionales Autónomos o con autonomía legal y cualquier otra entidad federal; y la *Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública*,³⁴ la cual establece principios, bases y procedimientos para garantizar el derecho de acceso a la información de cualquier autoridad, entidad de los Poderes de la Unión, los órganos autónomos, partidos políticos, sindicatos, fideicomisos y fondos públicos.

En México existen organismos gubernamentales encargados de vigilar y sancionar a las empresas que no cumplen con las leyes y regulaciones. La Procuraduría Federal del Consumidor (PROFECO), por ejemplo, es responsable de proteger los derechos de los consumidores y sancionar a las empresas que infringen la LFPC. Estas acciones establecen *per se* el compromiso que existe por parte de las autoridades mexicanas a contribuir a la agenda de la promoción de la Responsabilidad Social Empresarial.

En México y América Latina se ha trabajado afanosamente el tema de la RSE, si bien siempre tienen la oportunidad de adherirse a proyectos globales como es el Pacto Mundial de las Naciones Unidas, tal es el caso de México con su Pacto Global Red México, creado el 9 de junio de 2005 y que ofrece al empresariado mexicano herramientas, capacitación y acceso a la red internacional más grande de conocimiento y buenas prácticas de Responsabilidad Social Empresarial; también cuentan con sus directrices y normatividades particulares aplicables a cada Nación o bloque de Naciones si es el caso, pero todos buscan lo mismo, satisfacer el interés de todos en la medida de lo posible, sin olvidar que en esencia las empresas son creadas con fines de lucro. Sin embargo, el crecimiento económico de una empresa no tiene por qué dejar de lado la protección de su entorno, sin comprometer desde luego, su objetivo

31 Cámara de Diputados del H Congreso de la Unión, LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR, Última reforma publicada en el Diario oficial de la Federación el 12 de abril de 2019. Consultado el 11 de mayo de 2023 disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPC.pdf>

32 Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, LEY FEDERAL DE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL, Última reforma publicada en el Diario oficial de la Federación el 20 de mayo de 2021. Consultado el 11 de mayo de 2023 disponible en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFRA_200521.pdf

33 Cámara de Diputados del H Congreso de la Unión, LEY FEDERAL DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, Última reforma publicada en el Diario oficial de la Federación el 20 de mayo de 2021. Consultado el 11 de mayo de 2023 disponible en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFTAIP_200521.pdf

34 Cámara de Diputados del H Congreso de la Unión, LEY GENERAL DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA, Última reforma publicada en el Diario oficial de la Federación el 20 de mayo de 2021. Consultado el 11 de mayo de 2023 disponible en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGTAIP_200521.pdf

principal, la rentabilidad. Y es precisamente para el logro de este objetivo que un sistema de *Compliance* se vuelve indispensable.

V. COMPLIANCE Y RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL

Hemos analizado brevemente una reseña del surgimiento y evolución de la Responsabilidad Social Empresarial en Europa, América Latina y México, sabemos que existen 10 principios rectores derivados del Pacto mundial de las Naciones Unidas, y que en lo general buscan la protección de los trabajadores, colaboradores, medio ambiente y sociedad en general a su alrededor. También ha quedado claro que las empresas deben poner manos a la obra en lo que a acciones para volverse sustentables y eco amigables se refiere. Y que no necesariamente se tienen que ceñir a las herramientas que sobre el tema existan en su región, sino que tienen la libertad de acogerse a las normas internacionales siempre que no contravengan los ordenamientos vinculantes de sus países.

Ahora bien ¿De qué forma puede el *Compliance* colaborar para que una empresa logre el tan apreciado distintivo de “empresa socialmente responsable”? Sabemos que si una empresa u organización se ostenta con este distintivo significa que ésta tiene el compromiso de promover el bienestar entre la sociedad, que sus actividades son realizadas con la ética deseable, que respeta los derechos humanos, que cuida y fomenta la preservación del medio ambiente, y que buscará en la medida de sus posibilidades contribuir al desarrollo de la comunidad donde tienen lugar sus operaciones.

Recordemos que el *Compliance* es un sistema de cumplimiento normativo que con su implementación busca prevenir y minimizar riesgos, cuidar la imagen corporativa, promover el ético actuar, pero sobre todo identificar el “qué”, y el “cómo” se debe dar cumplimiento a todas y cada una de las obligaciones de las organizaciones vinculadas a las distintas normatividades aplicables. Partiremos de la premisa de que no hay un sistema de *Compliance* universal, pero sí una guía y características de observancia general que así mismo permiten desarrollar un sistema de *Compliance* particular a modo de las necesidades de cada empresa.

La norma ISO 37301:2021³⁵ Sistemas de gestión del cumplimiento. Se rige por los principios de Integridad, Buena gobernanza, Proporcionalidad, Transparencia, Rendición de Cuentas y Sostenibilidad; que coinciden con los principios de la Responsabilidad Social Empresarial. Es en esta norma en donde podemos sustentar el por qué un sistema de cumplimiento normativo es lo que se requiere para ayudar a las empresas a cumplir con la agenda de la RSE, con base en lo siguiente:

Las organizaciones que pretenden ser exitosas a largo plazo necesitan establecer y mantener una cultura de cumplimiento, considerando las necesidades y expectativas de las par-

³⁵ ISO (Organización Internacional de Normalización), Norma ISO 37301:2021 (es) Sistemas de Gestión del cumplimiento. Consultado el 11 de mayo de 2023, disponible en: <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:37301:ed-1:v1:es>

tes interesadas. El *Compliance*, por tanto, no sólo es la base, sino también una oportunidad para una organización exitosa y sostenible.

El *Compliance* es un proceso continuo y el resultado de que una organización cumpla con sus obligaciones. El *Compliance* se hace sostenible a través de su integración en la cultura de una organización y en el comportamiento y la actitud de las personas que trabajan para ella.

Un sistema de gestión del *Compliance* eficaz y que abarque a toda la organización permite que la organización demuestre su compromiso de cumplir con las leyes, requisitos regulatorios, códigos de la industria y las normas de la organización pertinentes, así como con las normas de buena gobernanza, las mejores prácticas generalmente aceptadas, la ética y las expectativas de la comunidad.

El enfoque de una organización para el *Compliance* consiste en que los líderes apliquen los valores fundamentales y las normas generalmente aceptadas de buena gobernanza, de ética y de la comunidad.

Las organizaciones están cada vez más convencidas de que si aplican valores vinculantes y una gestión adecuada del *Compliance*, pueden salvaguardar su integridad y evitar o minimizar los no cumplimientos de *Compliance* con las obligaciones de *Compliance* de la organización. Integridad y un *Compliance* eficaz son, por tanto, elementos clave para llevar una buena y diligente gestión. El *Compliance* también contribuye al comportamiento socialmente responsable de las organizaciones.³⁶

170

De acuerdo con lo que esta norma dicta, al seguir los pasos para el diseño de un sistema de *Compliance* se estaría cubriendo la aplicación de los 10 principios de la RSE contenidos en el Pacto Mundial de las Naciones Unidas. Por lo tanto, la implementación de un sistema de cumplimiento normativo basado en esta norma en las empresas representa beneficios como:

- Aumentar la confianza de terceras partes en la capacidad de la organización para lograr un éxito sostenido en el relacionamiento con terceros.
- Proteger tanto la reputación como la credibilidad de la empresa, pues al tener un sistema de gestión de cumplimiento se puede demostrar que la organización está comprometida con cumplir las regulaciones, leyes y normativas que le son aplicables, incluyendo todas aquellas recomendaciones realizadas por entes gubernamentales u organismos sociales que buscan fomentar la RSE. Y con ello aspirar al distintivo de “Empresa Socialmente Responsable”
- Tener en cuenta las expectativas de las partes interesadas, lo que permitirá buscar el beneficio de la comunidad local.
- Minimizar el riesgo de que se produzca una infracción que conlleve costos y daños a la reputación de la organización.

³⁶ Ídem.

- Lograr un mayor compromiso con la gestión de riesgos de cumplimiento, optimizando el uso de los recursos, evitando con ello los desperdicios de recursos naturales.
- Mejorar y ampliar las oportunidades de negocio y la sostenibilidad.

En resumen, podemos afirmar que la implementación de un sistema de cumplimiento normativo, basado en la norma ISO 37001 facilitará a las empresas la atención de las demandas de la Responsabilidad Social Empresarial, dado que el sistema de *Compliance* tiene su origen en las buenas prácticas tanto de gobernanza como de operatividad, priorizando la transparencia, el ético actuar, y el precepto primordial de que, para poder diseñar un sistema de cumplimiento normativo, lo más importante es el análisis y diagnóstico de la situación que guarda la organización de que se trate. Debiendo tomar en cuenta en este análisis: los ordenamientos locales, regionales, nacionales e internacionales. Recordemos también que, al tratarse de un sistema de gestión de riesgos, estos deben explorarse no solo en las normas vinculantes, sino también en todas aquellas que de una forma u otra contribuyan a incrementar el valor comercial de la empresa tanto cuantitativa como cualitativamente.

VI. CONCLUSIONES

La responsabilidad social empresarial está en un momento decisivo para implementar a nivel global acciones de redireccionamiento y así poder detener, y en el mejor de los casos, revertir los efectos nocivos causados por la operatividad de algunas empresas. La también llamada responsabilidad corporativa, es ahora un tema de suma relevancia en todo el mundo, no solo porque parte de sus prácticas se ajustan a la agenda 2030, sino porque cada día son más, y más numerosos los grupos que prestan atención al actuar y consecuencia de las operaciones de las grandes empresas, y por tanto, ejercen su derecho a exigir el respeto de los derechos humanos reconocidos globalmente; por varias décadas, algunas empresas procedieron sin el debido control, y sin prestar atención a los daños colaterales que sus actividades causaban al medio ambiente, a las economías locales, y en algunos casos extremos, a la salud de sus trabajadores y/o consumidores.

Está permeando a nivel global la cultura empresarial de la prevención y la sostenibilidad. El hecho de que la RSE haya iniciado con la acción de donar discrecionalmente parte de las ganancias con un ánimo en apariencia filantrópico, y que actualmente la RSE se base en las recomendaciones y obligaciones que hoy en día pesan principalmente sobre los grandes corporativos, nos revela que ha prevalecido la cultura de la corrección más que la de la prevención. Del mismo modo que la RSE, el *Compliance*, o cumplimiento normativo ha llegado para pasar de la cultura empresarial de la corrección, a aquella de la prevención, y minimización y efectivo control de riesgos. Debemos enfatizar que ambos conceptos buscan no solo optimizar el funcionamiento de las organizaciones, sino que también pretenden agregar valor añadido tomando en cuenta cuestiones éticas, idiosincráticas de las regiones donde la empresa

se desarrolle, las necesidades ambientales y económicas de la comunidad; ambas contemplan e implementan acciones encaminadas a mejorar la calidad en el servicio prestado o el bien ofertado, así como a cuidar los aspectos ya multicitados que implica el ejercicio de la Responsabilidad Social Empresarial.

En lo particular, Europa y América Latina tienen enfoques y contextos diferentes para la RSE y el *Compliance*. En la Unión Europea, hay una larga tradición de responsabilidad empresarial y se espera que las organizaciones cumplan con altos estándares éticos y sociales. Las empresas europeas a menudo son conscientes de su impacto en la sociedad y el medio ambiente y trabajan para minimizar el impacto negativo. Y Aunque ambas regiones cuentan con ordenamientos vinculantes que buscan garantizar el cumplimiento normativo y los requerimientos para considerar a las empresas como socialmente responsables, en la UE es más estricta su observancia, mientras que no es un secreto que, en América Latina, sobre todo en México, la autoridad es un tanto laxa y/o discrecional al momento de hacer cumplir las leyes.

En América Latina, la responsabilidad empresarial y el *Compliance* son temas en evolución. El nivel de adopción y cumplimiento varía en función de las empresas y los países. Si bien algunos países tienen leyes y regulaciones estrictas en estas áreas, otros países pueden tener un enfoque menos apremiante. Sin embargo, en los últimos años, ha habido un aumento en el interés por la responsabilidad social empresarial y el *Compliance* en la región, en parte debido a la presión de los grupos interesados y a la presencia de los organismos reguladores. No debemos dejar de lado que existe una amplia diferencia en los recursos financieros disponibles tanto para atender los principios que requiere la RSE, como para ejercer el derecho de respeto a los derechos humanos.

Si tomamos en cuenta las palabras de Platón “El verdadero creador es la necesidad, que es la madre de nuestra invención” caeremos en la cuenta de que la necesidad está sobre la mesa a nivel global. No solo debemos proceder concienzudamente con responsabilidad social por cuestiones éticas y morales, existen problemas reales localizados y generalizados, las invenciones están surgiendo como una inagotable lluvia de ideas dirigidas principalmente a frenar el daño ambiental causado, toca a cada uno de nosotros desde lo individual iniciar un cambio en la forma de pensar y trabajar en las acciones que se requieren para lograr la empatía, y con ello la Responsabilidad Social por el bienestar de todos.

VI. REFERENCIAS DE INVESTIGACIÓN

Acción RSE, sitio web. Consultado el 10 de mayo de 2023, disponible en: <https://accionempresas.cl/>

Cámara de Diputados del H Congreso de la Unión, *Ley Federal de Protección Al Consumidor*, Última reforma publicada en el Diario oficial de la Federación el 12 de abril de 2019. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPC.pdf>

Cámara de Diputados del H Congreso de la Unión, *LEY FEDERAL DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA*, Última reforma publicada en el Diario oficial de la Federación el 20 de mayo de 2021. https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFTAIP_200521.pdf

Cámara de Diputados del H Congreso de la Unión, *LEY GENERAL DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA*, Última reforma publicada en el Diario oficial de la Federación el 20 de mayo de 2021. https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGTAIP_200521.pdf

Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, *LEY FEDERAL DE RESPONSABILIDAD AMBIENTAL*, Última reforma publicada en el Diario oficial de la Federación el 20 de mayo de 2021. https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFRA_200521.pdf

CEMEFI sitio web. <https://www.cemefi.org/>

CentraRSE, sitio web. <https://centrarse.org/>

Cohem, Natalia, y Werbin, Eliana Mariela, *EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS CONCEPTOS DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL Y DE LA SUSTENTABILIDAD CORPORATIVA*, Asociación Nacional de Facultades y Escuelas de Contaduría y Administración (ANFECA), 25 CONGRESO INTERNACIONAL DE CIENCIAS ADMINISTRATIVAS, UNAM 2021. <https://investigacion.fca.unam.mx/docs/memorias/2021/17.02.pdf>

Comisión Europea. *Empleo Asuntos Sociales e Inclusión*, 2023. <https://ec.europa.eu/social/home.jsp?langId=es>

COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES *Una estrategia renovada de la UE 2011-2014 para la Responsabilidad Social de las Empresas*/*COM/2011/0681final*/<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52011DC0681>

Corporación Fenalco Solidario Colombia, sitio web. <https://accionempresas.cl/>

DERES, sitio web. <https://deres.org.uy/>

Eco Red, sitio web. <https://ecored.org.do/cms/>

El Consorcio Ecuatoriano para la Responsabilidad Social (CERES), sitio web. <https://www.redceres.com/>

Ethos sitio web. <https://www3.ethos.org.br/>

Ferré Olivé, José Carlos; 2020-2019, Reflexiones en torno al *Compliance* penal y a la ética en la empresa *Revista Penal México*, número 16-17, INACIPE, México, 2020

Fundación empresarial para la Acción Social (FUNDEMÁS), sitio web. <https://fundemas.org/>

Fundación Hondureña de Responsabilidad Social Empresarial, sitio web. <https://fundahrse.org/>

ISO (Organización Internacional de Normalización), Norma ISO 37301:2021 (es) Sistemas de Gestión del cumplimiento. <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:37301:ed-1:v1:es>

ISO 26000 Norma de Responsabilidad Social. <https://ctmaconsultores.com/iso-26000/>

La Asociación Empresarial para el Desarrollo (AED), sitio web. <http://www.aedcr.com/>

Lazovska, Daniela, *14 organizaciones que impulsan la SER en América Latina*, expok Comunicación de Sustentabilidad y RSE, 2017. <https://www.expoknews.com/14-organizaciones-que-impulsan-la-rse-en-america-latina/>

Mundo Empresarial, *Europa aumenta la presión sobre la responsabilidad social y sostenible de las empresas*, *Revista de análisis plural*, Editorial Mon editorial, 2022. <https://www.monempresarial.com/2022/06/27/europa-aumenta-la-presion-sobre-la-responsabilidad-social-y-sostenible-de-las-empresas/>

Norma ISO 26000:2010(es) Guía de responsabilidad social, International Organization for Standardization <https://www.iso.org/obp/ui#iso:std:iso:26000:ed-1:v1:es>

ONU. *El Pacto Mundial de la ONU: La Búsqueda de Soluciones para retos Globales*, <https://www.un.org/es/cr%C3%B3nica-onu/el-pacto-mundial-de-la-onu-la-b%C3%BAqueda-de-soluciones-para-retos-globales> Perú 2021, sitio web. <https://perusostenible.org/>

Red Española del Pacto Mundial, *Contribución de las empresas españolas a la Agenda 2030: resultados de la consulta empresarial sobre desarrollo sostenible*, 2022. https://www.pactomundial.org/biblioteca/contribucion-empresas-espanolas-agenda-2030-resultados-consulta-empresarial/?utm_source=blog&utm_medium=web&utm_campaign=publicacion-consulta-agenda2030

Red Española del Pacto Mundial, *Tendencias en sostenibilidad empresarial que marcarán 2023*, Compromiso RSE, 2023. <https://www.compromisorse.com/rse/2023/01/10/tendencias-en-sostenibilidad-empresarial-que-marcaran-2023/>

Sostenibilidad, *Empresas con Responsabilidad Social Corporativa*, Santander Universidades, 2021 <https://www.becas-santander.com/es/blog/empresas-con-responsabilidad-social-corporativa.html>

Sumarse, sitio web. <https://www.sumarse.org.pa/>

Unión Nicaragüense para la Responsabilidad Social Empresarial

Nicaragua (uniRSE), sitio web. <http://www.unirse.org/>

LA MIGRACIÓN COMO DERECHO HUMANO EN MÉXICO: RETOS Y PERSPECTIVAS EN EL TRÁNSITO

Dr. Esteban Amado Bueno García ¹

Resumen: El tema de la migración es un problema de índole global, sin embargo, México no es la excepción y que desde luego le trae una serie de compromisos que se ha convertido en un verdadero dilema y problemas para el Estado Mexicano, ya que la problemática es que hoy día ha incrementado considerablemente por el número de personas que se mueven desde los espacios de Centroamérica, movilidad que se traduce en un verdadero problema, y que además es un tema complejo y multifactorial.

Es por ello, el presente trabajo busca llevar a cabo un estudio y análisis sobre la problemática la cual debe ser abordada con especial atención. Toda vez que los migrantes se encuentran en situación de desprotección al violarles su derecho fundamental, por lo que resulta importante abordar este estudio bajo la observancia y aplicación del principio de derechos humanos.

175

El estatus migratorio irregular de las personas en México puede ser un punto discutible bajo estas condiciones, puesto que los migrantes son detenidos y posteriormente deportados a sus lugares de origen, debido a que no cubren los requisitos legales y administrativos que establece la ley de migración para su permanencia en nuestro país, bajo la premisa de los derechos humanos.

Palabras clave: Migración, Derechos Humano, migración irregular

Abstract: The issue of migration is a problem of a global nature, however, Mexico is no exception and it certainly brings a series of commitments that has become a real dilemma and problems for the Mexican State, since the problem is that today has increased considerably due to the number of people who move from the spaces of Central America, mobility that translates into a real problem, and that is also a complex and multifactorial issue.

That is why, the present work seeks to carry out a study and analysis on the problem which must be addressed with special attention. Since migrants are in a situation of vulnerability when their fundamental right is violated, it is therefore important to approach this study under the observance and application of the principle of human rights.

The irregular migratory status of people in Mexico can be a moot point under these conditions, since migrants are detained and later deported to their places of origin, because they do not cover the legal and administrative requirements established by the migration law to their permanence in our country, under the premise of human rights.

Key Words: migration, human rights, irregular migratory

¹ Doctor en Derecho y Globalización, por la Universidad Autónoma del Estado de Morelos. virgo802@hotmail.com

I. CONTEXTO ACTUAL DE LA MIGRACIÓN EN MÉXICO COMO PAÍS DE TRÁNSITO

Los desafíos emergentes que presenta la movilidad humana en nuestro país, consideramos necesario demostrar la flexibilidad y resiliencia para la implementación de soluciones efectivas que benefician a las personas migrantes en tránsito, así como las personas migrantes, e inclusive otras formas de movilidad humana sujetas a tráfico ilícito de migrantes, trata de personas, desaparición forzada u otros delitos que contravengan sus derechos humanos.

En México, ante la ola de movimiento migratorio ha tomado medida reactivas en su mayoría por cuanto hace al freno de tránsito de personas migrantes procedentes de Guatemala, Honduras, el Salvador, Nicaragua, Venezuela, entre otros, mismos que pasan por nuestro territorio cuyo destino es el famoso sueño americano, sin embargo, el país vecino ha ejercido una serie de presión para impedir la llegada de estos migrantes a su territorio, es por ello, que México como país de tránsito, le pide la ayuda para frenar esta oleada y desde luego debe detener y deportar a los migrantes, lo cual no pone en un gran compromiso diplomático y político.²

México ocupa una posición estratégica en el Continente Americano y desde luego este fenómeno se presente día a día a nivel mundial la migración y la movilidad humana como causa debido a sus inmensos niveles de emigración, históricamente en todas las sociedades ha existido y la sociedad contemporánea no se salva, es importante tomar en consideración que ante los altos índices de movilidad humana, también existen altos niveles de retorno de personas migrantes Guatemaltecas, Salvadoreñas, Hondureñas, Mexicanas; así también de niños, niñas y adolescentes cada año. Nuestro país de acuerdo a su posición geográfica hoy día experimenta y vive los efectos de los niveles más altos de migración y movilidad en tránsito. México también ha desempeñado un papel importante como país de tránsito y posteriormente ante los fracasos de los migrantes, México se convierte en el lugar de destino de migrantes centroamericanos y de otras partes del mundo.

A estas dinámicas hay que sumar los niveles de migración y movilidad interna, así como los desplazamientos forzados provocados por cuestiones medioambientales, como por violencia e inseguridad, entre otros factores detonantes de la migración y el desplazamiento.

Es importante destacar y aplicar la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, en su numeral 53, define las normas de *ius cogens* en los siguientes términos: una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

La Convención indica que será nulo todo tratado que esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general existente, lo mismo ocurrirá si surge una nueva norma de tal categoría. Por lo que resultan aplicables las normas imperativas de derecho internacional general, no han tenido un desarrollo destacable. En el sistema interamericano

² <https://expansion.mx/mundo/2021/04/21/4-propuestas-para-mejorar-la-migracion-entre-mexico-eu-y-centroa> consultado el 30 de abril de 2023

de protección de los derechos humanos el *ius cogen* ha sido invocado por la Comisión y la Corte interamericana de derechos humanos, la cual ha reconocido dicha naturaleza a diversos derechos.³

El reconocimiento y respeto de las normas imperativas de derecho internacional general *ius cogens* son una prioridad en cualquier sociedad actual y moderna. Ya que son consideradas como normas básicas e imprescindibles para el logro de una convivencia en paz y se encuentran en la cúspide del ordenamiento jurídico internacional.

Como lo señala Florabel, que este principio tiene una gran importancia, ya que este derecho radica en la naturaleza especial del objeto que protegen y por tanto se torna en una exigencia en el mundo. Situación que hace que se ubique en la cúspide del orden jurídico internacional.⁴ Es de recordar que la protección de los valores esenciales e inherentes a la dignidad humana siempre serán esenciales en cualquier lugar del mundo.⁵ El respeto a la persona y su dignidad son, ante todo, los aspectos que constituyen la razón de la existencia del Derecho internacional en materia de los derechos humanos, y éste, como parte del valor esencial para la comunidad internacional, una prioridad de manera directa e inmediata de las normas de *ius cogens*.

Por otra parte, la Constitución también garantiza a todos los extranjeros en México las mismas protecciones que a los ciudadanos mexicanos, incluyendo la capacidad de tener acceso al sistema jurídico y de interponer una denuncia ante un delito. En cuanto a la búsqueda de protección internacional, la Constitución garantiza a todos los extranjeros el derecho de buscar asilo en nuestro territorio, un derecho que se detalla mayormente en la ley internacional del refugiado.⁶ México sigue varios tratados internacionales que brindan lineamientos para reconocer la situación migratoria de refugiado. Los individuos sin un estatus legal en el estado mexicano pueden solicitar asilo acogiéndose al artículo 37 de la Ley de Migración de 2011.⁷

Basándose en lo prescrito en la Convención de Refugiados de 1951, los individuos en México cumplirán con las condiciones para solicitar el estatus de refugiado si pueden probar la persecución o el miedo a una futura persecución debido a su raza, postura política, género/orientación sexual, religión o por ser miembros de un grupo social en particular.

México también observa la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984, la cual promete protección a aquellas personas que hayan escapado de la violencia generalizada, inestabilidad o violaciones a los derechos humanos.

Debido a esta amplia definición del estatus de refugiado, muchos migrantes que vienen escapando de la inestabilidad y la violencia en el Triángulo Norte Centroamericano pueden cumplir con lo necesario para ser protegidos bajo las leyes mexicanas.

3 Novak Talavera, Fabián y García-Corrochano Moyano, Luis, *Derecho Internacional Público, Introducción y fuentes*, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú-Instituto de Estudios Internacionales, Fondo Editorial, 2000, p. 425

4 Quispe Remon, Florabel, *Ius cogens en el Sistema Interamericano: Su relación con el debido proceso*, *Revista de Derecho* N.º 34, Barranquilla, 2010, p.44

5 *Ibidem*

6 Leutert Stephanie, *El crimen organizado y la migración centroamericana en México, Proyecto de Investigación de Políticas sobre la Política Migratoria Mexicana*, México, 2018 pp. 6-8

7 <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LMigra.pdf> consultado 30 de abril de 2023

Se registraron aproximadamente 309.000 eventos de personas en situación migratoria irregular¹³ registrados por la autoridad migratoria en México en todo el año 2021. Además, se registraron más de 388.611 eventos de personas en situación migratoria irregular en los primeros 11 meses de 2022, lo que supone un aumento del 33 por ciento en comparación con el mismo período de 2021 y las cifras más altas registradas en toda la historia.⁸

La mayor proporción de los eventos registrados durante los primeros 11 meses de 2022 –41 por ciento– correspondieron a personas procedentes de los países del norte de Centroamérica –El Salvador, Guatemala y Honduras.

Motivo por el cuál, es importante, tomar en consideración a aquellas personas en situación migratoria irregular, lo que marca una referencia a los eventos de extranjeros en situación migratoria a quienes se les inició un Procedimiento Administrativo Migratorio ante el Instituto Nacional de Migración (INM) por no acreditar su situación migratoria y a los que fueron canalizados por esta misma autoridad a los albergues migratorios que México tiene a nivel nacional. Esta forma de migración irregular es la más recurrida y la más riesgosa, ya que en muchas ocasiones son mandados traer a través de los medios más comunes o usuales para cruzar la frontera norte de México de manera irregular y oculta. Desde luego están expuestos a los mismos riesgos de fracaso en su intento de cruzar la frontera que el resto de los migrantes.

Luego de una breve disminución en 2020 debido a la pandemia de Covid-19, los flujos de personas migrantes que transitan México, la mayoría con la intención de llegar a la frontera suroeste de los Estados Unidos, se han incrementado significativamente en 2021 y 2022. Se registraron aproximadamente 309.000 eventos de personas en situación migratoria irregular¹³ registrados por la autoridad migratoria en México en todo el año 2021. Además, se registraron más de 388.611 eventos de personas en situación migratoria irregular en los primeros 11 meses de 2022, lo que supone un aumento del 33 por ciento en comparación con el mismo período de 2021 y las cifras más altas registradas en toda la historia.⁹

La mayor proporción de los eventos registrados durante los primeros 11 meses de 2022 –41 por ciento– correspondieron a personas procedentes de los países del norte de Centroamérica –El Salvador, Guatemala y Honduras como la República Bolivariana de Venezuela (21%), Cuba (10%), Nicaragua (9%), Colombia (7%) y otros (12%).¹⁰

El éxodo continuo de personas de países del norte de Centroamérica, así como el creciente número de personas migrantes y otras personas en movilidad llegando a México desde otros países de América Latina y el Caribe, que incluye un número significativo de mujeres migrantes viajando en familias y solas, así como niños, niñas y adolescentes (incluidos aquellos no acompañados/as y/o separados/as), ha sido impulsado por un nexo complejo de factores adversos. Estos incluyen la falta de crecimiento económico inclusivo, desigualdad, la falta de trabajo decente, salarios bajos o estancados, pobreza, altos niveles de informalidad, así como factores no económicos, incluida la inseguridad alimentaria, instituciones débiles, el impacto

⁸ SEGOB, Boletín Mensual de Estadísticas Migratorias, de 10 de enero 2023, consultada el 30 de abril de 2023.

⁹ *Idem*

¹⁰ *Ibidem*

de amenazas ambientales y climáticas (tanto de inicio rápido como lento), así como la violencia generalizada y la violencia basada en género a nivel comunitario, familiar e individual, que en muchos casos puede afectar de manera desproporcionada a ciertos grupos sociodemográficos como mujeres, niños, niñas y adolescentes y grupos minoritarios, como las personas lesbianas, gay, bisexuales, trans, intersexuales, queer y más (LGBTQI+). También se ha visto un nexo entre el desplazamiento forzado interno en países de origen como una antesala de movi­lidades internacionales. Estos impulsores adversos se complementan con fuertes factores de atracción, que incluyen la reunificación familiar y las oportunidades económicas, sobre todo en los Estados Unidos.¹¹

Como se desprende las estadísticas el deterioro de las condiciones socioeconómicas y políticas en Nicaragua y Cuba también ha llevado a un aumento en la cantidad de personas que han dejado estos países para trasladarse hacia los Estados Unidos, desde luego pasando o atravesando por México, con casi 36.000 eventos de personas nicaragüenses y más de 38.000 eventos de personas cubanas en situación migratoria irregular registrados por la autoridad migratoria mexicana durante los primeros 11 meses de 2022.¹²

Mientras tanto, la crisis en la República Bolivariana de Venezuela se prolongó un año más y se estima que entre noviembre de 2021 y agosto de 2022, 750.000 personas venezolanas migrantes y refugiadas dejaron el país.¹³ Otras personas venezolanas que ya residían en otros países de la región optaron por reiniciar sus movimientos y buscar nuevas vidas en otros destinos en 2022 (principalmente con el objetivo de llegar a Estados Unidos), generando un aumento significativo de la migración y movilidad venezolana en Centroamérica a lo largo del año, lo cual, se vio exacerbado por la implementación de requisitos de visa por parte de países como Costa Rica y México.¹⁴

En los años de 2021, 2022 y parte de 2023 se han visto altos niveles de personas migrantes en tránsito por el territorio mexicano; constituían el 62 por ciento de las 134.000 personas (aproximadamente) identificadas en tránsito irregular por la zona del Darién en el sur de Panamá en 2021, la cifra más alta.¹⁵

El tránsito de personas migrantes y otras personas en movilidad humana por territorio mexicano como vía para llegar a Estados Unidos o Canadá, en su mayoría, en busca de mejores oportunidades socioeconómicas, reviste una importancia crítica tanto socioeconómica como en el ámbito de la seguridad humana.

Lo anterior por los riesgos que enfrentan en el viaje, entre ellos el tráfico ilícito de migrantes, la trata de personas, la desaparición forzada y delitos conexos, así como por el hecho de que México, por distintas circunstancias, se ha convertido cada vez más en su país de destino

11 OIM y WFP, *Comprendiendo los factores adversos y las implicaciones de la migración de El Salvador, Guatemala y Honduras*, 2022. p. 34

12 SEGOB, consultada 10 de abril 2023.

13 OIM y ACNUR, *Respuesta para Venezuela (R4V)*, s.f. consultada el 30 de abril de 2023

14 *Ibidem*

15 Coalición Movilidad Humana de las Américas (IBC), *Mixed Movements: Overview of key figures and trends (As of October 2022)*, 2022 Panamá (SNM), *Irregulares por Darién–Diciembre 2021, 2022*. Consultada el 30 de abril de 2023

final, por lo menos durante periodos temporales (la población migrante aumentó en el 18 por ciento entre 2015 y 2020, de 1,01 millones a 1,20 millones).¹⁶

Estas realidades o fenómenos sociales han contribuido a un incremento sin precedentes de la población indocumentada y de las solicitudes de la condición de refugiado en México en los últimos años. Esto ha derivado en la saturación y el rebase del sistema de asilo y refugio en el país, en parte debido a la falta de alternativas de regularización migratoria y la ausencia de otras alternativas regulares para la migración económica.

II. CAUSAS GENERADORAS DE LA MOVILIDAD HUMANA

ECONÓMICAS

El nivel de desarrollo económico de un país incide directamente en la calidad de vida de sus habitantes. Por eso, los países con crisis económicas graves suelen ser un caldo de cultivo para de procesos migratorios, ya que sus habitantes deben desplazarse para buscar más o mejores condiciones de vida para sobrevivir.

Un ejemplo es Venezuela, cuya severa crisis hiperinflacionaria sumada a la escasez de alimentos y al deterioro de los servicios públicos, ha generado una migración estimada para 2020 en unos siete millones de personas, según cifras de ACNUR para el año 2021.¹⁷

Otro ejemplo es Haití, un país con una grave crisis económica, lo que ha generado la migración del 14% de su población para 2019, según datos de la ONU. Esos desplazamientos son, en su mayoría, hacia República Dominicana.

La migración puede estar impulsada por dificultades en el entorno social que le restan calidad de vida al migrante y su entorno familiar. La inseguridad y el desempleo son causas comunes de migración en América Latina, lo que promueve las movilizaciones hacia otros países dentro o fuera del continente. Por ejemplo, una de las causas de la migración en México tiene que ver con la inseguridad, expresada en asaltos, robos y violencia generada por los carteles del narcotráfico que operan en el país. Estas situaciones han estimulado migraciones dentro y fuera del territorio, en este caso hacia los Estados Unidos.

Otras causas tienen que ver tanto con desastres naturales (terremotos, huracanes, inundaciones, etc.) como con efectos del cambio climático (desertización, desaparición de las fuentes de agua potable, temperaturas extremas, etc). Estas situaciones suelen generar migraciones forzadas, ya que los habitantes del territorio deben abandonar su lugar de residencia para poder sobrevivir. Un ejemplo son las islas que conforman el archipiélago de Kiribati, en Oceanía. Como consecuencia del cambio climático hay un incremento progresivo en el nivel

¹⁶ Departamento de Asuntos Económicos y Sociales <https://www.un.org/development/desa/un-desavoice/current>

¹⁷ <https://www.diferenciador.com/causas-y-consecuencias-de-la-migracion/>

del mar. Esta situación generará la desaparición de todas las islas para el año 2035. Por esa razón, muchos de sus habitantes ya han abandonado las islas, y se espera que la crisis migratoria se agudice a medida que la situación empeore.

IMAGINARIO SOCIAL COMO CAUSA DE LA MIGRACIÓN

Castoriadis en su conceptualización en el terreno de lo histórico-social considera la noción de imaginario-social como producción de un conjunto de significaciones que se precipitan en cada situación”. Ya que se trata de significaciones en diversos órdenes tales como, económico, familiar, comunitario o nacional, que tienen aspectos cerrados en tensión con un continuo devenir.¹⁸

Castoriadis también comenta que el imaginario social, es una matriz instituida de significaciones imaginarias sociales vehiculizada en ciertos universos simbólicos son, por decirlo así, su soporte instrumental, dentro de la cual se inscribe el sentido de la actividad humana que a su vez señala los límites de lo pensable, lo posible, lo decible.

Por su parte Pintos J, señala define al imaginario social como “aquellas representaciones colectivas que rigen los sistemas de identificación y de integración social, y que hace visible la invisibilidad social”.¹⁹

Entonces podemos determinar, que el imaginario social se construye principalmente desde el plano fenomenológico, de la intersubjetividad, esto debido a las diversas maneras de caracterizar a los grupos de personas, es por ello, que el imaginario se desarrolla a través de comentarios, circulación de rumores, prejuicios, estereotipos, que se pueden traducir en distintas características de los tipos de relaciones sociales que se establezcan, es decir, cordiales, amables, discriminatorias, xenófobas, etc. condiciones que los migrantes con condición migratoria irregular lo practican de manera constante, puesto que con dichas condiciones se hacen redes de migrantes.

El imaginario social es considerado como producto de la acción de actores sociales, la opinión pública y los ámbitos sociopolítico, laboral y cultural. Entre los actores sociales destacan grupos de presión, partidos políticos, sindicatos, medios de comunicación, organizaciones no gubernamentales, y por supuesto, el Estado y los mismos migrantes. Estos comentarios pueden ser positivos o negativos respecto del fenómeno migratorio, bajo la idea de observar sus causas, efectos y características de la migración.

18 Castoriadis, C. (2002). *La institución imaginaria de la sociedad: El imaginario social y la institución* (Vols. 1-2). Buenos Aires, Argentina: Tusquets Editores. pp. 2- 3

19 Pintos, J. (2005). *Comunicación, construcción de realidad e imaginarios sociales. Utopía y Praxis Latinoamericana*, 10(29), 37-65. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/pdf/279/27910293.pdf>

III. RIESGOS DE TRÁNSITO

El tráfico ilícito de migrantes es verdaderamente una preocupación global, pues afecta a un gran número de países del mundo que son puntos de origen, tránsito o destino. Los delincuentes lucran con el tráfico ilícito de migrantes a través de fronteras entre Estados y Continentes. Es una tarea compleja para evaluar la dimensión real de este delito, debido a su naturaleza clandestina y a la dificultad para determinar cuándo la migración irregular es facilitada por contrabandistas. Sin embargo, el gran número de migrantes dispuestos a correr riesgos en busca de una supuesta mejor calidad de vida, cuando no pueden emigrar por vías legales, brinda una provechosa oportunidad a los delincuentes para explotar su vulnerabilidad.

Es importante señalar que los migrantes son objeto de tráfico ilícito que se convierten en grupos vulnerables con el riesgo de la explotación, así como el abuso en sus vidas, respecto de su seguridad muchas veces corren peligro: ya que muchos de estos traficantes de personas migrantes utilizan una serie de medios para su traslado, como pueden ser contenedores en los que se pueden asfixiar en su interior, primer ser abandonados y perecer o ahogarse en los ríos mientras intentan ser conducidos por los famosos polleros que lucran con la economía de los migrantes, los cuales se convierten en mercancías humanas.

182

Es posible que, por tratarse de un delito clandestino, las cifras de valor en el plano mundial son difíciles de determinar con precisión. Sin embargo, sobre la base de dos de las principales rutas del tráfico ilícito de América del Sur hacia América del Norte, como consecuencia de dicha movilidad humana se estima que este delito genera anualmente alrededor de 6,750 millones de dólares para los delincuentes que operan en estas regiones solamente. Sin embargo, esa cifra presumiblemente es mucho mayor en el plano mundial.²⁰

Es una realidad que durante el tránsito de personas con situación migratoria irregular se vuelven más vulnerables, puesto que son llevados por personas desconocidas, quienes les violan muchos derechos humanos que van desde su intimidad y privacidad, el despojo de sus pertenencias ya que los desnudan a todos, hombres, mujeres y niños, unos enfrente de otros. A las mujeres les introducían el dedo en la vagina buscando dinero, a otras las violaban dependiendo de la edad y su constitución física.²¹

Los migrantes que viajan por México se ven sujetos frecuentemente a serias violaciones de sus derechos humanos. Los grupos de la delincuencia organizada en México interactúan y victimizan a los migrantes. Estas actividades criminales frecuentemente son de naturaleza predatoria y en muchos casos incluyen violaciones, secuestros o asesinatos. A pesar del marco legal federal diseñado para proteger a los migrantes irregulares en México, las instituciones responsables no han podido prevenir enteramente los crímenes contra migrantes y en ocasiones han participado activamente en su victimización.

20 <https://www.unodc.org/toc/es/crimes/migrant-smuggling.html#:~:text=Los%20migrantes%20objeto%20de%20tr%C3%A1fico,tr%C3%A1fico%20en%20el%20que%20los> consultada el 30 de abril de 2023.

21 *Ibidem*

El siguiente reporte fue preparado y redactado como respuesta a una solicitud de la Guardia Nacional sobre la evaluación de las interacciones entre el crimen organizado y los migrantes centroamericanos que pasan por México. Debido a que, tanto la protección a los migrantes como el combate a los grupos criminales, recaen sobre los mandatos de la Guardia Nacional, esta evaluación también detalla cómo la protección a los migrantes puede ayudar a privar a los grupos de la delincuencia organizada de una fuente lucrativa de ingresos.²²

Por su parte según las declaraciones de Maureen Meyer de la Oficina en Washington para Asuntos Latinoamericanos, quien señala que, en la última década en el contexto de la expansión del crimen organizado en México, una criminalidad que está enfocada en los migrantes por ser un blanco fácil de agarrar, por ser visibles, débiles y fáciles de identificar como migrantes y que en muchos casos caminan por una ruta predeterminada.²³

Esta visualización del funcionario manifiesta que es un problema que ha existido durante mucho tiempo, pero que ahora es más visible. Por su parte Ana Lorena Delgadillo, cree que debe investigarse por qué desaparecen los niños migrantes, para qué los quieren los grupos de delincuencia organizada. Los narcotraficantes han llegado a someter a los coyotes o polleros grupos de personas que trasladan migrantes hacia Estados Unidos y que se convierten en cómplices de los secuestros, extorsiones y desapariciones forzadas.²⁴

183

Actualmente los carteles saben que estos migrantes están disponibles, incluso pueden trabajar un poco para ellos y si detectan la rebeldía o denuncia los matan, puesto que este tipo de grupo delictivos usan a los niños ya que son considerados inimputables de la comisión de los delitos y por tanto no son sancionados. Esta y otra más son las razones más tristes porque sabemos que hay un porcentaje de esos polleros que no va a sobrevivir el proceso y no se hace nada, ya que simplemente comprometen a los menores de edad y que lo más grave es que los abandonan y dejan en total estado de indefensión y en consecuencia no logran el objetivo de llegar con sus respectivas familias.

Es necesario tomar en consideración a aquellos migrantes quienes no pueden costear coyotes o modos seguros de transporte son los más vulnerables ante los delitos. De hecho, las redes de tráfico de personas incluso podrían reducir la probabilidad de que se victimice a los migrantes durante su trayecto ya que los coyotes saben cómo evitar a los criminales locales y pueden pagar la cuota y así obtener salvoconductos.²⁵ Aquellos quienes no pueden costear el precio de un coyote deberán viajar a pie o utilizar la red ferroviaria de México de manera ilegal lo cual los hace más visibles ante los criminales quienes operan en estas áreas.

22 Leutert Stephanie, *El crimen organizado y la migración Centroamericana en México. Prevención de delitos en contra de migrantes, Proyecto de Investigación de Políticas sobre la Política Migratoria Mexicana*, 2018, pp. 34

23 Meyer, M., and Suarez-Enriquez, X. (2016). *New Institutions in Mexico Could Expand Justice for Migrants. The Washington Office on Latin America*. En <https://www.wola.org/analysis/new-institutions-in-mexicocould-expand-justice-for-migrants/>. Consultado el 5 de mayo de 2023.

24 Abogada por la Escuela Libre de Derecho, Directora Ejecutiva y socia fundadora de la Fundación para la Justicia y el Estado Democrático de Derecho, en donde trabaja desde el año 2011.

25 Drug Enforcement Administration (2015). *Mexican Cartels: Areas of Current Influence DEA*. Consultado de <http://www.storybench.org/wp-content/uploads/2016/01/dea-mexico-drugcartels.png>. 8 de mayo de 2023.

IV. NUEVAS RUTAS DE INGRESO

Frente a las acciones anunciadas y aplicadas por la actual administración presidencial mexicana como la norteamericana al no regular la materia migratoria y en caso particular de los migrantes, en tales condiciones se buscan nuevas rutas o nuevos caminos de ingreso a los Estados Unidos, antes estas exploraciones en rutas desconocidas se generan nuevos y peligrosos riesgos, que pueden poner en peligro la vida misma.

En el discurso de la administración norteamericana se ha insistido en la construcción de un muro físico que divida a México de los Estados Unidos de Norteamérica, así como la militarización de la frontera sur de la unión americana, lo cual obligan a los migrantes a adentrarse en zonas aisladas y desconocidas que se hacen más peligrosas y por ende se hacen más vulnerables; ante el propio ser humano y ante la desesperación y estado de necesidad de lograr el objetivo de llegar a los Estados Unidos por una lado ante emisión de programas de aceptación a ciudadanos para personas nacionales de Cuba, Haití, Nicaragua y Venezuela que crucen de manera irregular la frontera sur de Estados Unidos y lleguen a México de forma irregular, las cuales posteriormente serán expulsadas de la unión americana a México y no podrán acceder a este nuevo proceso para ingreso a los Estados Unidos,²⁶ ante esas oleadas de migrante las bandas de polleros o coyotes, tratantes de personas que se dedican a llevarlos por estas nuevas rutas, en donde ellos mismos los asaltan, roban, violan, asesinan y desaparecen a los migrantes.

Señala Jason de León que

los rayos del sol pueden cegar y al caminar durante días bajo condiciones climatológicas de hasta 50°C si es verano, o morir congelado durante el invierno, pues estas nuevas rutas se tienen que cruzar por largos trayectos montañosos que son sumamente escabrosos y donde no hay ninguna ayuda si la llegan a necesitar.²⁷

Por lo que el trayecto inicia desde el desierto de Sonora, el cual es uno de los más calurosos y grandes del mundo localizado entre México y Estados Unidos —según lo describe Jason de León, convirtiéndose en un lugar de tránsito muy peligroso, en donde la flora y la fauna juegan un papel muy importante. Éste es un medio ambiente donde todos los seres vivos, como cactus, escorpiones y víboras de cascabel, están allí para morder, rasgar o lesionar. Señala el investigador que incluso con una brújula puede perderse y pronto entrar en dificultades.

26 <https://help.unhcr.org/panama/nuevo-proceso-de-control-migratorio-para-poblacion-venezolana/#:~:text=El%20gobierno%20de%20Estados%20Unidos%20proporcionar%C3%A1%20autorizaci%C3%B3n%20de%20viaje%20a,%2C%20haitianos%2C%20nicarag%C3%BCenses%20y%20venezolanos> consultada el 8 de mayo de 2023

27 Jason de León dirige el proyecto Undocumented Migrant Project de la Universidad de Michigan, disponible en : https://www.bbc.com/mundo/america_latina/2016/06/160530_migrantes_mexico_eeuu_desierto_sonora_efectos_men consultada el 30 de abril de 2023

V. CONSECUENCIAS DE TRÁNSITO POR MÉXICO

EN LA DETENCIÓN

De acuerdo a los informes proporcionados por la Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) señala que los migrantes aprehendidos por agentes de migración cuando intentan transitar por caminos y carreteras de nuestro país son detenidos en México se llevan algunas de las estaciones migratorias y estancias provisionales distribuidas en puntos estratégicos del flujo migratorio, para su ingreso a más largo plazo o hasta que pueden ser repatriados, mientras tanto sufren una serie de violaciones a sus derechos humanos.²⁸

De conformidad al estudio por parte de Programa de Defensa e Incidencia Binacional de la Iniciativa Frontera Norte de México,²⁹ localizó las siguientes quejas relativas a los centros de detención de los Estados Unidos:

- a. La falta de privacidad,
- b. Pocos o nulos procedimientos para quejas,
- c. Deficiencias en la devolución de pertenencias personales,
- d. Comida insuficiente o inadecuada,
- e. Privación del sueño,
- f. Retención en celdas demasiado frías
- g. Deficiencias en el uso de cinturones de seguridad sobre los detenidos esposados durante la transportación de un centro a otro.
- h. Las faltas al debido proceso del lado de los Estados Unidos, incluyeron omisiones en el otorgamiento de información a los y las migrantes acerca de dónde estaban siendo deportados, además de que eran deportados a áreas geográficas desconocidas para ellos.
- i. La oportunidad de comunicar su paradero a miembros de su familia.
- j. No se tiene asistencia de traductor para entender lo que se le acusa al migrante detenido.

De acuerdo al trabajo que realizó esta organización se desprende y señala que más del 80 por ciento de los encuestados mencionó que no recibió una copia de los documentos legales que firmaron, violando con el ello, el principio de legalidad y seguridad jurídica dejándolos así en

²⁸ <https://www.acnur.org/asilo-y-migracion> consultado el 9 de mayo de 2023.

²⁹ https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=50187-69612015000100009 consultada el 9 de mayo de 2023.

la incertidumbre del proceso de expulsión que experimentaron (por ejemplo, si fueron expulsados por una remoción expedita, regreso voluntario o remoción estipulada).

Del mismo modo, eran dejados a la incertidumbre de consecuencias judiciales o migratorias relativas a la expulsión. A su vez, los migrantes se quejaron del poco o nulo acceso a la representación consular, de la coerción para firmar documentos que ellos no entendían y del poco o nulo acceso a los servicios de intérpretes adecuados y aún más grave a la falta de asesoría jurídica y un debido proceso.

Guevera Bermúdez señala que, la detención administrativa a la que son sometidas las personas migrantes que no acrediten una estancia legal en territorio mexicano, no sólo es un tipo de privación de la libertad que no está prevista expresamente en el texto constitucional, sino que excede cualquiera de los plazos que la Constitución confiere a la autoridad administrativa para privar de la libertad a una persona, además de que puede llegar a ser indefinida y, por tanto, arbitraria.³⁰

Por lo que la Ley de Migración indica que, transcurridos los 60 días hábiles, el extranjero deberá abandonar la estación migratoria y el Instituto Nacional de Migración le otorgará la condición de estancia de visitante con permiso para realizar un trabajo remunerado en el país. En caso de que el extranjero haya interpuesto un recurso administrativo o judicial en el que se reclamen cuestiones inherentes a su situación migratoria en territorio nacional, o se haya interpuesto un juicio de amparo y exista una prohibición expresa de la autoridad competente para que el extranjero pueda ser trasladado o para que pueda abandonar el país, no hay un tiempo máximo de detención. Es decir, sin plazos máximos la detención puede ser prolongada y, en algunos casos, indefinida, especialmente para los apátridas o los solicitantes de asilo sin documentación cuya identidad no puede ser verificada, o cuando los procedimientos de asilo se retrasan o, en el caso de otros inmigrantes, cuando su expulsión no puede llevarse a cabo por razones jurídicas o prácticas.³¹

Bajo la premisa establecida por la Ley de Migración establece que la persona migrante tiene derecho al debido proceso, aunque en la práctica se limita constantemente su acceso al expediente administrativo y, en varios casos, se viola la obligación de asegurar la disponibilidad de peritos traductores certificados para garantizar el debido proceso de quienes se encuentran frente a trámites o procedimientos administrativos que pongan en riesgo sus derechos fundamentales, como la libertad o posible expulsión.

En los supuestos procedimientos de entrevista incluyen la recopilación de información relativa al nombre, la edad, la condición legal, el historial médico o de salud, las ubicaciones de los familiares inmediatos, las direcciones y los números de teléfono de cualquier amigo o familiar; los nombres y los números de teléfono de las personas en con las que se puede poner en contacto el migrante. Desde estos momentos se violentan sus derechos humanos.

³⁰ Guevera Bermúdez José Antonio, presidente de la Comisión Mesoamericana de Juristas A.C. y miembro del Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias de la Organización de las Naciones Unidas.

³¹ Guevera Bermúdez José Antonio, *op.cit.*

Por cuanto hace a la detención de migrantes han sufridos una serie de vejaciones a sus derechos humanos desde la detención y los cuales fueron puestos en lugares insalubre, inapropiados, inadecuados e inhumanos por tratarse de migrantes con calidad migratoria irregular.

Los agentes migratorios privan de la libertad a las personas y al momento de ser detenidos son llevados en celdas de diseñadas para delincuentes, si bien les va, ante tales acontecimientos se violan los derechos humanos de los migrantes en virtud de la aplicación de las leyes federales y el derecho en materia de derechos humanos, los cuales deben en todo momento proteger y velar por los derechos de los migrantes.

En la realidad existen agentes migratorios que han abusado verbal, física, psicológica o sexualmente de las personas migrantes. En los centros de detención en los que la mayor partes los tienen acinados y con instalaciones poco adecuadas, y existe una carencia de atención médica y servicios básicos. Con frecuencia, las salas de reclusión, que son esencialmente celdas carcelarias que mantienen a temperaturas extremadamente inadecuadas y en algún momento insalubres.

De conformidad con los Títulos 8 y 42 como invitación de los Estados Unidos, y desde luego ahora con el título 8 denominado de extranjería y nacionalidad del código de los Estados Unidos en materia de Migración, establece y categóricamente señala que los migrantes que lleguen a la frontera sur de los Estados Unidos, pueden ser detenidos e interrogados sobre los motivos de ser admitidos en ese país. De acuerdo a este tipo de decretos establecidos por las autoridades norteamericanas, señalan que, si los migrantes temen regresar a su país de origen, se les remitirá a una entrevista de miedo creíble con posibilidad de recibirlos con calidad de asilo.

Es importante, considerar que, si cumplen con los requisitos de la entrevista de miedo creíble, los migrantes pueden ser colocados en la lista de espera para presentar sus solicitudes de asilo en el vecino país y ser liberados al interior de los Estados Unidos, es por ello, que se cree que si los migrantes se adhieren a este decreto la autoridad migratoria podría acelerar el respectivo trámite de su solicitud de asilo.

Sin embargo, si no son valorados y que desde luego pongan en riesgo su vida, los migrantes pueden ser deportados de los Estados Unidos a sus países de origen y recibir una prohibición de reingreso de cinco años, pues de lo contrario se considerarán delincuentes. Los migrantes colocados en procedimientos de deportación pueden ser colocados en una de dos vías.

La primera de ellas es someterse a los procedimientos de deportación estándar, es decir, se someten a un proceso judicial en el que un juez de inmigración de la Oficina Ejecutiva de Revisión de Inmigración del Departamento de Justicia y pueden resolver si situación migratoria, pero este procedimiento puede demorar hasta 4 o 5 años para que emitir una resolución correspondiente. Durante este proceso, los migrantes tienen la oportunidad de presentar bajo la premisa de un debido proceso una solicitud de asilo a medida que avanzan los procedimientos de deportación.³²

³² <https://www.uscis.gov/es/leyes-y-politicas/reglamentos> consultada el 08 de mayo de 2023

O también se puede optar por los migrantes para ser colocados en procesos de deportación acelerados y ser deportados mucho más rápido.

El título 8 quizá podría ser un beneficio para las personas migrantes, pero este extranjero deberá pertenecer a una de las siguientes clases o categorías de extranjeros a quienes se les permite permanecer en el territorio de los Estados Unidos porque el *Department of Homeland Security (DHS)* ha decidido, por razones humanitarias u otras razones de carácter político, no iniciar procedimientos de deportación ni forzar la salida, por las razones que se consideran prioritarias en aras de proteger la integridad física de los migrantes.³³

Bajo esta disposición es importante señalar que regularmente las personas migrantes deportadas bajo este título, representan una carga para nuestro país, en virtud de que muchas de las ocasiones los procesos de deportación no los envían a su país de origen, sino que los dejan en la frontera norte de México, y, por lo tanto, estas personas migrantes volverán a ingresar a los Estados Unidos, quizá para algunos migrantes se esperarán a que el tiempo transcurra favorablemente en su beneficio, por lo tanto, se quedarán en el territorio nacional, trayendo como consecuencia, su estancia en México, en donde con las características que señala la ley y ante la falta de poder regularizar dicha situación migratoria irregular, también se encuentran en la hipótesis de migrantes irregulares, mismos que podría ser deportados a su país de origen.

188

VI. PERSPECTIVAS

Para prevenir las afectaciones a los derechos de los migrantes, así como disminuir y evitar la propagación del crimen organizado, la violencia y la xenofobia, y para apoyar la seguridad y el desarrollo, en la frontera entre México y Estados Unidos, resulta conveniente que ambos gobiernos, realicen una serie de actividades:³⁴

- a) Fomentar la cooperación multilateral con países centroamericanos para asegurar que los flujos migratorios sean ordenados; así como estimular el desarrollo económico en las fronteras.
- b) Abstenerse de apoyar una mayor militarización de la frontera sur y norte de México como medio de frenar los flujos de migrantes y combatir la creciente delincuencia.
- c) Promover el intercambio de conocimientos entre los países involucrados en la materia, de igual manera realizar acciones de prevención.

³³ <https://www.usa.gov/agencies/u-s-department-of-homeland-security> consultada el 8 de mayo de 2023

³⁴ Isacson, A., Meyer, M., and Smith, H. (2015). Increased Enforcement at Mexico's Southern Border: An Update on Security, Migration, and U.S. Assistance. en https://www.wola.org/files/WOLA_Increased_Enforcement_at_Mexico's_Southern_Border_Nov2015.pdf. Consultado 30 de abril de 2023.

d) Proporcionar suficientes recursos financieros y humanos a la Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados para que pueda coordinar con el Instituto Nacional de Migración a la hora de brindar atención a quienes busquen protección, bajo las siguientes medidas:

1. Mejorar la seguridad para aquellos migrantes en tránsito cuyas vidas peligran a causa del crimen organizado de acuerdo con sus necesidades específicas de género y edad; y desalentar su reclutamiento por parte de estos grupos a través de programas de empleo.
2. Proporcionar información sobre el derecho de los migrantes a solicitar asilo a todas las personas que no sean ciudadanas mexicanas detenidas por cualquier autoridad mexicana, y poner fin a la detención prolongada.
3. Apoyar los esfuerzos de los gobiernos locales para acoger a los migrantes y refugiados en la región fronteriza; así como reforzar las fiscalías especializadas en delitos cometidos contra migrantes.
4. Proporcionar la infraestructura y recursos financieros y humanos necesarios a las oficinas consulares existentes, y ampliar sus servicios y alcance geográfico en México, disminuyendo su dependencia de las donaciones y la infraestructura que brinda el gobierno mexicano.

189

Para el caso de los Estados Unidos de Norteamérica:

1. Apoyar mediante ayuda técnica los esfuerzos gubernamentales de México y Centroamérica para supervisar el trabajo de las agencias de seguridad y las instituciones estatales en materia de migrantes y refugiados.
2. Aumentar el apoyo técnico para expandir la tramitación de casos de asilo, en especial los de niños, en México y sus países vecinos;
3. Proporcionar asistencia técnica y desarrollo de capacidades a los consulados centroamericanos para garantizar la protección de las personas en tránsito.

VIII. CONCLUSIONES

Debido al incremento del fenómeno migratorio, los estados receptores han establecido en gran medida las restricciones para el ingreso de personas a su territorio, lo cual ha incrementado la forma de migración irregular, con dicha estrategia han incrementado los riesgos, la vulnerabilidad y la grave violación a los derechos humanos de los migrantes en tránsito.

Lo que se ve agravado por el gran peligro y el alto riesgo de los trayectos que tienen que recorrer de manera oculta y en terrenos quizá poco o no explorados, lo cual convierte a

estas personas vulnerables y con mayor exposición a sufrir cualquier forma de violación a sus derechos humanos, ya que como es el caso de nuestro país como de tránsito, día a día bajo la presión de los Estados Unidos de Norteamérica a que se realicen diversas acciones para interceptar e impedir a los migrantes irregulares que lleguen al territorio norteamericano, es decir, a su destino.

Es por ello, que dicho fenómeno migratorio deberá ser una prioridad en la atención y prevenir o erradicar las prácticas delictivas como la delincuencia organizada, el tráfico de personas, el debido proceso en la detención y la deportación, y evitar así un secuestro masivo de personas con calidad migratoria irregular.

Ante ello, para la obtención de éxito en el funcionamiento de una estrategia y perspectiva basada en los derechos humanos de los migrantes, se requiere que las fiscalías de procuración de justicia y de cumplimiento migratorio tengan la protección y preservación de los derechos de los migrantes como su misión obligatoria.

El cual deberá estar dentro del marco estratégico, en donde los órganos de procuración de justicia sitúan la vida, libertad y dignidad de los migrantes por delante del cumplimiento migratorio.

190

PRIORIDAD DE PROTEGER LOS DERECHOS HUMANOS Y FUNDAMENTALES DE LOS MIGRANTES

4. Las fuerzas policiales y agentes federal de migración que entran en contacto con migrantes irregulares tienen la difícil tarea de equilibrar los derechos humanos y la procuración de justicia.
5. Respetar los estándares internacionales de los policías y agente federal de migración en los operativos antitráfico o anti trata de personas que prioricen activamente los derechos de los migrantes.
6. Elaborar, contar y aplicar la guía de procuración de justicia ampliamente utilizada que incorpora los derechos humanos, utilizando las herramientas de trabajo policial conjunto.
7. Desarrollar planes y programas de capacitación especial para agentes federales de migración que interactúen con poblaciones de migrantes, así como prevención del crimen.
8. Dar prioridad a la protección de los derechos humanos de los migrantes irregulares dentro del quehacer policial podría requerir de un enfoque similar y que las instituciones tomen en consideración la necesidad de llevar a cabo capacitaciones enfocadas en los derechos humanos de los migrantes, así como adoptar los protocolos procedimentales y de actuación para garantizar la protección de los derechos humanos de los migrantes, como sujetos de derechos.

IX. REFERENCIAS DE INVESTIGACIÓN

- Castoriadis, C. (2002). La institución imaginaria de la sociedad: El imaginario social y la institución (Vols. 1-2). Buenos Aires, Argentina: Tusquets Editores.
- Coalición Movilidad Humana de las Américas (IBC), Mixed Movements: Overview of key figures and trends (As of October 2022), 2022 Panamá (SNM), Irregulares por Darién – Diciembre 2021, 2022.
- Delgadillo, Ana Lorena, Abogada por la Escuela Libre de Derecho, Directora Ejecutiva y socia fundadora de la Fundación para la Justicia y el Estado Democrático de Derecho, en donde trabaja desde el año 2011.
- Departamento de Asuntos Económicos y Sociales <https://www.un.org/development/desa/un-de-sa-voice/current>
- Drug Enforcement Administration (2015). Mexican Cartels: Areas of Current Influence DEA. Consultado de <http://www.storybench.org/wp-content/uploads/2016/01/dea-mexico-drugcartels.png>. 8 de mayo de 2023.
- Guevera Bermúdez José Antonio, Presidente de la Comisión Mesoamericana de Juristas A.C. y miembro del Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias de la Organización de las Naciones Unidas. <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/migrantes-y-su-detencion-en-mexico-el-desastre-en-derechos-humanos/#:~:text=Las%20detenciones%20de%20personas%20migrantes,puntos%20estrat%C3%A9gicos%20del%20flujo%20migratorio>.
- <https://expansion.mx/mundo/2021/04/21/4-propuestas-para-mejorar-la-migracion-entre-mexico-eu-y-centroa> consultado el 30 de abril de 2023.
- <https://help.unhcr.org/panama/nuevo-proceso-de-control-migratorio-para-poblacionVenezolana/#:~:text=El%20gobierno%20de%20Estados%20Unidos%20proporcionar%C3%A1%20autorizaci%C3%B3n%20de%20viaje%20a,%2C%20haitianos%2C%20nicarag%C3%BCenses%20y%20venezolanos>.
- <https://www.diferenciador.com/causas-y-consecuencias-de-la-migracion/>
- <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LMigra.pdf>
- https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So187-69612015000100009
- <https://www.unodc.org/toc/es/crimes/migrant-smuggling.html#:~:text=Los%20migrantes%20objeto%20de%20tr%C3%A1fico,tr%C3%A1fico%20en%20el%20que%20los>
- <https://www.usa.gov/agencies/u-s-department-of-homeland-security>
- <https://www.uscis.gov/es/leyes-y-politicas/reglamentos>
- Isacson, A., Meyer, M., and Smith, H. (2015). Increased Enforcement at Mexico's Southern Border: An Update on Security, Migration, and U.S. Assistance. en https://www.wola.org/files/WOLA_Increased_Enforcement_at_Mexico's_Southern_Border_Nov2015.pdf.
- Jason de León dirige el proyecto Undocumented Migrant Project de la Universidad de Michigan. <https://www.acnur.org/asilo-y-migracion>

- Leutert Stephanie, *El crimen organizado y la migración centroamericana en México*, Proyecto de Investigación de Políticas sobre la Política Migratoria Mexicana, México, 2018
- Meyer, M., and Suarez-Enriquez, X. New Institutions in Mexico Could Expand Justice for Migrants. The Washington Office on Latin America. En <https://www.wola.org/analysis/new-institutions-in-mexico-could-expand-justice-for-migrants/>. 2016. Consultado el 5 de mayo de 2023.
- Novak Talavera, Fabián y García-Corrochano Moyano, Luis, Derecho Internacional Público, Introducción y fuentes, Perú, Pontificia Universidad Católica del Perú-Instituto de Estudios Internacionales, Fondo Editorial, 2000.
- OIM y ACNUR, Respuesta para Venezuela (R4V), s.f. [15 de Noviembre 2022].
- OIM y WFP, Comprendiendo los factores adversos y las implicaciones de la migración de El Salvador, Guatemala y Honduras, 2022.
- Pintos, J. (2005). Comunicación, construcción de realidad e imaginarios sociales. Utopía y Praxis Latinoamericana, 10(29), 37-65. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/pdf/279/27910293.pdf>
- Quispe Remon, Florabel, los cogens en el Sistema Interamericano: Su relación con el debido proceso, Revista de Derecho N.º 34, Barranquilla, 2010.
- SEGOB, Boletín Mensual de Estadísticas Migratorias, 10 de enero 2023.

BIOÉTICA VS MATERNIDAD SUBROGADA: UN ESTUDIO SOCIO-JURÍDICO

Dra. Gisela María Pérez Fuentes¹

Dra. Karla Cantoral Domínguez²

Resumen: En el presente trabajo se realiza un análisis socio-jurídico desde los principios de la bioética ante el uso de las técnicas de reproducción asistida. A través del método de la doctrina analítica, estudio de casos y derecho comparado, se propone el siguiente objetivo: Estudiar de forma socio-jurídica en la era de los derechos humanos, el diálogo interdisciplinar que realiza la bioética como disciplina científica, ante el uso de la maternidad subrogada en el sureste de México, para detectar aquellas situaciones en que se vulnera la dignidad de la persona y proponer las dimensiones mediante las que la bioética puede contribuir a generar normas jurídicas que incorporen la complejidad y pluralidad de valores que coexisten en sociedades abiertas y democráticas.

Palabras clave: bioética, consentimiento informado, maternidad subrogada,

Abstract: In the present work a socio-legal analysis is carried out from the principles of bioethics before the use of assisted reproduction techniques. Through the method of analytical doctrine, case study and comparative law, the following objective is proposed: To study in a socio-legal way in the era of human rights, the interdisciplinary dialogue carried out by bioethics as a scientific discipline, before the use of surrogate motherhood in the southeast of Mexico, to detect those situations in which the dignity of the person is violated and to propose the dimensions through which bioethics can contribute to generating legal norms that incorporate the complexity and plurality of values that coexist in societies open and democratic.

Key words: bioethics, informed consent, surrogate motherhood.

I. NATURALEZA Y ORIGEN DE LA BIOÉTICA

Es al bioquímico Van Rensselaer Potter a quien se debe el haber acuñado el término *bioética* en idioma inglés en 1970. Este científico centró sus esfuerzos en crear una disciplina que vinculara a la ética con el ejercicio profesional de la salud, el desarrollo social y la ecología, para el beneficio futuro de la humanidad. Básicamente se cuestionaba el progreso tecnológico en contraste con el aumento de la pobreza, la injusticia social, el deterioro del medio ambiente y

¹ Doctora en Derecho, Adscripción: Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, Profesora de Tiempo Completo titular C, correo electrónico: giselapef@hotmail.com

² Doctora en Derecho Judicial, Adscripción: Universidad Juárez Autónoma de Tabasco, Profesora de Tiempo Completo titular C, correo electrónico: karlacantoral@gmail.com

el creciente e irreversible daño a la naturaleza provocado por ciertas actividades del hombre. Potter advirtió, cuando fue invitado a dictar una conferencia en la Universidad de Dakota del Sur, que si los descubrimientos técnicos y la reflexión ética no caminan al unísono, el resultado podría ser desastroso para todo el planeta.³ Su charla se denominó “Un puente hacia el futuro, el concepto de progreso humano”, cuyas repercusiones llegan a nuestros días.

En América Latina se destacan en el desarrollo inicial de la bioética: José Alberto Mainetti, en Argentina; Alfonso Llano, en Colombia; Armando Roa, en Chile; y Manuel Velasco Suárez, en México. Es de señalar que al principio los colegios profesionales de medicina confundieron la bioética con una mera extensión de la ética; no obstante, contribuyeron a acrecentar el interés público por los temas relacionados con este término.

Según nuestro criterio, la defensa de los derechos humanos se ha centrado más en las minorías que en la protección de los más débiles, así que, en coincidencia con otros autores, consideramos que el reto del derecho radica en definir cuánta protección e igualdad estamos dispuestos a brindar y a reconocer a los más débiles en el ámbito económico. Es la vertiente humanista del derecho la que debe prevalecer y permitir que funcione al servicio de la persona.⁴

No siempre las llamadas *ciencias humanas* y las *ciencias duras* han fraternizado y se han podido comunicar entre ellas; y en las ciencias jurídicas ha sucedido algo similar, sobre todo, por el acendrado positivismo que ha caracterizado este campo disciplinar. De ahí que México apenas en 2017 se conformaran los Comités de Ética en zonas del sureste del país.⁵ El trasfondo de esta tardía creación de los Comités quizá obedece a la renuencia de generar un debate serio que lleve a justificar el surgimiento de la interdisciplinariedad para abordar problemas que desde una visión positivista la ciencia jurídica consideraba que le eran exclusivos.

Por otro lado, hay que considerar que la mediación es de suma importancia en los asuntos que atañen a los servicios de salud, porque la calidad de la atención médica se puede ver afectada por las actitudes proteccionistas del gremio, las cuales no coinciden con la verdadera labor humanista que está realizando una gran parte de este sector.

La autorregulación del sector científico es insuficiente, porque las demás ciencias se han adelantado al desarrollo y actualización del derecho como protector de la persona en todos los ámbitos, ya sea desde el derecho civil o el penal; entonces, la contra-argumentación imprescindible en una investigación puede darla la bioética, que ha producido incuestionables efectos benéficos al permitir que profesionales de diversos ámbitos del conocimiento reflexionen científica y socialmente sobre las repercusiones éticas y sociales de su actividad en la búsqueda del conocimiento de otras disciplinas.

3 Gracia, Diego, Prólogo. En Rodríguez Merino, José María (Coord.), *Ética y derechos humanos en la era biotecnológica*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, S.L, 2008 (Col. Religión y Derechos Humanos), p. 20.

4 Vigo, Rodolfo Luis, Iusnaturalismo vs iuspositivismo. En Rabbi-Baldi Cabanillas (Coord.), *Las razones del derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*, 2a. ed, Buenos Aires, 2008, pp. 221-239.

5 Vid., el listado de registros de Comités de Ética en Investigación emitidos en México. Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/495053/Registros_CEI_18092019.pdf

Los peligros que han amenazado la libertad personal durante muchos años, y que provienen de entidades privadas, hace necesario que el Estado asuma un papel directivo de planificación en la sociedad. Si el derecho amplía su campo de acción, la autorregulación que ha representado la bioética puede debilitarse en principio ante un cuerpo normativo que aspira a una regulación vinculante; lo cierto es que la bioética debe cumplir en la actualidad otra función más que se agrega a la que la hizo surgir, al formular normas éticas de comportamiento de los operadores biomédicos; debe lograr también un consenso bioético que permita la elaboración de normas jurídicas en el ámbito nacional e internacional, pues sólo así dará cumplimiento al objetivo de consolidar un estándar mínimo de protección de la dignidad de la persona. Cuando los principios bioéticos puedan convertirse en normas jurídicas e incorporarse a instrumentos nacionales e internacionales surgirá el *bioderecho*.

La ética pública es la moralidad propia del derecho, que se traduce en justicia, la cual pauta los fines del derecho moderno y señala los cauces para que, por autonomía personal, se alcancen los ideales de bien y felicidad. La bioética que puede ser puesta en relación con un texto jurídico relativo a lo público, es una bioética laica, basada en el pluralismo y el respeto a la diversidad ideológica.

La Real Academia Española define la bioética como “la aplicación de la ética a las ciencias de la vida”,⁶ mientras que Fernando Lolas Stepke la define de una manera más amplia como “la disciplina científica que estudia los aspectos éticos de la medicina y la biología en general, así como las relaciones del hombre con los restantes seres vivos”.⁷

II. BREVE RESEÑA SOBRE LA BIOÉTICA

El primer trasplante de corazón se realizó en Sudáfrica por el cirujano Christiaan Neethling Barnard. Además, de los problemas técnicos y tecnológicos, así como los propios de una operación tan riesgosa, este tipo de procedimientos quirúrgicos debió enfrentarse a otros problemas. En principio, para que el corazón del donante fuera trasplantado, era necesario que el donante tuviera la condición de clínicamente muerto, pero asistido de un soporte vital, por lo que esta técnica curativa comportaba una serie de preguntas cuyas respuestas no eran fáciles de obtener y que sin duda siguen siendo motivo de acaloradas discusiones, debates y controversias: ¿Cuándo ha muerto una persona? ¿Es la muerte un momento único, o un proceso que contiene etapas? ¿En qué momento la muerte puede considerarse irreversible? ¿Este momento lo determina la ciencia, la práctica, o la ley? Así que este hito en la historia de la medicina atrajo toda una transformación en torno al concepto *muerte*, así como también ensanchó el significado de este término y condujo a la pertinencia de crear una legislación que distinga diferentes tipos de muerte, entre ellos el de *muerte cerebral* que ha posibilitado proseguir con la práctica de los trasplantes sin que se viole la legalidad de la norma vigente.⁸

⁶ RAE, *Diccionario esencial de la lengua española*. Entrada ‘bioética’, Madrid, Espasa-Calpe, 2006, p. 201.

⁷ Lolas Stepke, Fernando, *Bioética. El diálogo moral en las Ciencias de la Vida*, Ed. Universitaria, Chila, 1998, p. 13.

⁸ *Ibid.*, p. 21.

III. BIOÉTICA Y CONSENTIMIENTO INFORMADO EN INVESTIGACIÓN

En la actualidad, la investigación en medicina humana es una actividad normada, habitualmente colectiva. El consentimiento informado expresa la simbiosis entre la medicina y el derecho, teniendo como componente esencial la autonomía de la voluntad; esta última, debido a los valores que involucra, no puede tomarse a la ligera, pues en ella están puestas en juego la integridad física y psíquica, e incluso la vida misma. Cuando una persona participa en una investigación médica y da su consentimiento informado en ello debe prevalecer su voluntad. Consecuentemente, las investigaciones médicas deben estar amparadas por una forma especial de consentimiento informado en el cual se expliciten por escrito, no sólo verbalmente, los riesgos de molestias, secuelas o muerte, considerando para tal efecto los recursos sanitarios disponibles; esto quiere decir también que los pacientes deben recibir información completa y fidedigna sobre las fuentes de financiamiento de la investigación en la que participen. Una vez que la persona haya entendido la información, el responsable de la investigación médica deberá solicitar al voluntario su consentimiento informado por escrito. Es imperativo también que todas las personas que participen en una investigación médica tengan la opción de recibir información sobre los resultados generales del estudio.

196

Así pues, el consentimiento informado, como derecho fundamental, implica la relación de respeto y de deber recíproco exigible entre los participantes y los profesionales de la salud. En la etapa de investigación el consentimiento informado es fundamental en todas las etapas, incluida la fase preclínica. En los casos en los que participen grupos en situación extremadamente vulnerable, el consentimiento debe ser más exigente que en el común de otras colectividades, por ejemplo, menores de edad, enfermos mentales, reos, personas depauperadas y embarazadas. Si un participante potencial en la investigación es incapaz de dar su consentimiento informado, el médico debe pedirle a su representante legal que lo haga por éste, pero si el participante potencial estuviere en desacuerdo o desistiere de su anterior anuencia, aun así su voluntad debe ser respetada en todo momento.

La Declaración de Helsinki, emitida por la Asociación Médica Mundial durante su 18 Asamblea Mundial en 1964, recoge todos estos principios internacionales con respecto a la investigación médica, y se ha ido actualizando y perfeccionando en cada una de sus asambleas posteriores. En México, la Ley General de Salud en materia de investigación en salud basa su articulado precisamente en la Declaración de Helsinki, que se refleja en el artículo 100 de dicha norma, la cual retoma estos principios.⁹

⁹ En el artículo 100 de la Ley General de Salud encontramos que:

La investigación en seres humanos se desarrollará conforme a las siguientes bases: (...) IV. Se deberá contar con el consentimiento informado por escrito del sujeto en quien se realizará la investigación, o de su representante legal en caso de incapacidad legal de aquél, una vez enterado de los objetivos de la experimentación y de las posibles consecuencias positivas o negativas para su salud. (...) VII. Es responsabilidad de la institución de atención a la salud proporcionar atención médica al sujeto que sufra algún daño, si estuviere relacionado directamente con la investigación, sin perjuicio de la indemnización que legalmente corresponda. Vid. Ley General de Salud publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1984, última reforma publicada el 29 de mayo de 2023.

En octubre de 2013, durante la Asamblea Mundial de la Asociación Médica Mundial, se aprobó una nueva versión de la Declaración de Helsinki, en la que se incorporó la necesidad de garantizar la compensación económica y tratamiento adecuado a los pacientes que sufran algún daño como resultado de su participación en la investigación médica.

El interés del legislador en los derechos de los pacientes está vinculado a la bioética, entendida como el diálogo interdisciplinar derivado de los avances de las ciencias médicas y biológicas a cuyo impulso la sociedad experimenta una necesidad jurídica, en forma de legislación. La bioética aporta al consentimiento informado la democracia deliberativa y la interdisciplinariedad que se refleja en los Comités Nacionales y Estatales de Bioética, pues todas las disciplinas pueden ayudar a responder los interrogantes que surgen. La principal preocupación de la bioética es que el desarrollo de la medicina esté en armonía con la dignidad de la persona y, por lo tanto, el consentimiento informado es una manifestación de esa dignidad que se dirige a la salvaguarda de la vida humana.

En la ética médica clásica que deriva de la ética hipocrática, el enfermo era visto como un incapacitado físico, psíquico y moral. La ética naturalista de esta etapa histórico-social fue apoyada por la idea de la existencia de un orden natural en el que se inserta el hombre. El enfermo requiere que su orden sea restablecido y el médico representa el orden de la salud, porque conoce el arte que logra este objetivo.

Platón, en *Las Leyes*,¹⁰ sostuvo que los pacientes se clasifican en dos, según si eran hombres libres o esclavos. Cuando eran esclavos no se les ofrecía información y el médico no aceptaba discusión sobre el tema. Si se trataba de hombres libres el médico informaba al paciente, en la medida de lo posible, acerca de la naturaleza de su enfermedad y trataba de buscar su consentimiento a través de la persuasión.¹¹

Así pues, en esta etapa, la historia da cuenta de que la participación del paciente en la toma de decisiones era prácticamente nula, pues se entendía que el médico era el único que sabía restaurar el orden natural y moral del paciente, primando así el principio de beneficencia, y la relación con el paciente era puramente paternalista. Y situación similar continuó e incluso se acendró durante la Edad Media, pero fue durante el Renacimiento cuando surgió un verdadero cambio, al hacerse consciente el hombre de que es un ser racional, libre y poseedor de una radical dignidad. Sin embargo, la noción de *autonomía moral* que fue acogida políticamente no se produjo de manera inicial por la medicina; así, la teoría del consentimiento informado surge en el ámbito médico con cierto retraso.

La importancia de la bioética consiste precisamente en que es la disciplina que ayudó a construir la figura del consentimiento informado. El auge de la bioética concebida como diálogo interdisciplinar derivado de los avances de las ciencias médicas y biológicas hizo factible que la sociedad experimentase una necesidad jurídica en forma de legislación. Lo anterior implica que las distintas disciplinas, como la biomedicina, la filosofía, la teología, el derecho y la eco-

¹⁰ Disponible en: <http://www.filosofia.org/cla/pla/img/azf09057.pdf>

¹¹ Simón Lorda, Pablo, *El consentimiento informado. Historia, teoría y práctica*, Madrid, Triacastela, 2000, p. 27.

nomía política, pueden ayudar a responder todas las interrogantes que surjan. De aquí surge la estrecha relación que tiene el consentimiento informado como manifestación de esa dignidad, y el principio de la bioética que es el respeto a la vida.¹²

Como señala José Miguel Serrano Ruiz-Calderón, “es necesario el diálogo entre la bioética y el derecho para responder a las críticas que se han hecho cuando su respuesta no es adecuada y se aplican normas jurídicas obsoletas a la relación médico-paciente”.¹³ Hoy en día, la legislación y la jurisprudencia han conceptualizado el tratamiento médico como un derecho del paciente, a quien le corresponde elegir libremente entre todas las opciones que le presente el médico responsable para su tratamiento. En el caso de los niños, el derecho a la vida es el límite a esa autonomía, representada por sus padres o tutores.

En algunos países, por ejemplo, a partir de los Códigos de Ética y de la deontología médica, el médico debe informar las razones de cualquier medida diagnóstica o terapéutica, si ello fuere solicitado, y siempre de forma que no resulte perjudicial para el enfermo. Los pacientes tienen derecho a recibir información sobre su enfermedad y el médico debe esforzarse en dársela con delicadeza y de manera que pueda comprenderla. Un elemento esencial de la información debida del paciente es darle a conocer la identidad del médico.¹⁴

198

IV. LA MATERNIDAD SUBROGADA: UNA VISIÓN INTERNACIONAL

Desde el surgimiento de las técnicas de reproducción asistida (TRA), la reproducción humana ha dejado de ser monopolio de la naturaleza para incorporarse al terreno de la ciencia médica. El origen de las técnicas de reproducción humana asistida ha revolucionado los conceptos tradicionales de procedencia romana pertenecientes al Derecho Civil y el Derecho de Familia.¹⁵ El mérito principal de la tecnología reproductiva consiste en permitir la procreación humana fuera del curso natural. Las TRA permiten ser padres a quienes no podían serlo, así mujeres y hombres estériles, la maternidad sin paternidad o la maternidad de mujeres en edades muy avanzadas posibilitan una nueva planificación familiar, de tal forma que las técnicas de reproducción asistida han generado una revolución reproductiva, pues con ellas se separan radicalmente la reproducción humana de la sexualidad. Inusitadamente, la realidad de la reproducción sin sexo ha desbordado la esfera jurídica, provocando debates bioéticos todavía no resueltos.

La esterilidad¹⁶ se define como la incapacidad de uno o ambos miembros de la pareja para la concepción natural en un plazo razonable, considerado éste como incapacidad para lograr un recién nacido viable, tras al menos haber logrado dos embarazos consecutivos. Según

12 Abel Lluch, Xavier, El derecho a la información del paciente como presupuesto del consentimiento informado. Su régimen jurídico en la ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

En Abel Lluch, Xavier (Coord.) *El Juez civil ante la investigación biomédica*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, pp. 15-125.

13 Serrano Ruiz-Calderón, José Miguel, *Retos jurídicos de la bioética*, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2005, p. 127.

14 Parejo Guzmán, María José, *Consentimiento informado y autonomía del paciente: su aplicación en el ocaso de la vida en la España y Europa del Siglo XXI*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018 pp. 9.

15 Oliva Gómez, Eduardo, *Derecho de familias*, Ed. Tirant lo Blanch, México, 2022, p. 49.

16 Grupo CTO, *Manual CTO de medicina y cirugía, ginecología y obstetricia*, 8a. ed., Madrid, 2011, p. 19.

la Organización Mundial de la Salud, las técnicas de reproducción asistida son todos los tratamientos o procedimientos para el establecimiento de un embarazo. De acuerdo con esta Organización, el tiempo razonable para determinar si una pareja es estéril es la de un plazo mínimo de dos años para desarrollar el embarazo; si esto no ocurre es considerada infértil. En la actualidad, la esterilidad es calificada como un problema personal y de salud.¹⁷

Es difícil relacionar de forma limitativa las técnicas de reproducción asistida, pues no existe un número cerrado de estos procedimientos médicos, por lo que a continuación se enuncian algunas de estas técnicas:

- Inseminación artificial. Ocurre cuando se introduce el semen dentro de la vagina o útero de la mujer, mediante una jeringa especial buscando la fecundación sin tener relaciones sexuales.
- Fecundación *in vitro* (FIV). *In vitro* significa literalmente ‘vidrio’. Este tipo de técnica se realiza a través de un proceso médico científico de varias etapas, tendientes a subsanar problemas de esterilidad de la mujer y que consiste en la obtención y extracción de células germinales masculinas y femeninas que son puestas en contacto de manera artificial; lograda la fusión y conseguido el embrión fuera del claustro materno, es luego trasplantado a éste para que el embarazo siga su curso normal.
- Captura folicular. Es la técnica de aspiración de óvulos de los folículos que están en los ovarios.¹⁸

199

V. DECLARACIÓN UNIVERSAL SOBRE BIOÉTICA Y DERECHOS HUMANOS

La Declaración¹⁹ se hizo necesaria ante el inevitable reconocimiento del derecho a la salud, en cuanto éste no depende únicamente de los progresos de la investigación científica y tecnológica sino también de factores psicosociales y culturales; se debe subrayar que las decisiones que involucran a la ética, la medicina, las ciencias de la vida y las tecnologías conexas, tienen repercusiones en los individuos, familias, grupos o comunidades, y en la especie humana en su conjunto. En esta Declaración se valora además la diversidad cultural como fuente de intercambios, innovación y creatividad; y estas variables no se deben invocar a expensas de los derechos humanos y las libertades fundamentales, por lo que habrán de ser entendidas por el derecho internacional y las legislaciones nacionales, de conformidad con los derechos humanos.²⁰ Para ello, se destacan como objetivos, proporcionar un marco universal de principios y

17 OMS, Glosario de terminología en técnicas de reproducción asistida, 2009. Disponible en: https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf?ua=1

18 Cantoral Domínguez, Karla y Pérez Fuentes, Gisela María, Maternidad subrogada. En Pérez Fuentes Gisela María et al., *La maternidad subrogada*, México, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 77-96.

19 UNESCO, Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, 19 de octubre de 2005. Disponible en: http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=31058&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

20 Tapia Vega, Ricardo, *El juicio oral como mecanismo de garantía de derechos fundamentales*, Ed. Díké – Universidad Santiago de Cali, Colombia, 2021, pp. 95.

procedimientos que sirvan de guía a los Estados para la formulación de legislaciones, políticas y otros instrumentos de bioética que contribuyan al respeto a la dignidad humana, la protección de los derechos humanos y el respeto a la vida, con apego al derecho internacional. De igual forma, en la citada Declaración se pondera entre la libertad de investigación científica y el respeto a la dignidad humana.

Para todo lo anterior, se considera imprescindible fomentar el diálogo multidisciplinario y pluralista sobre las cuestiones de bioética en todos los ámbitos de la vida en sociedad.

A los Comités de Ética les concierne la tarea de fomentar el diálogo entre las distintas disciplinas, como señala el Artículo 19 de la Declaración, con pluralismo, de forma que se puedan evaluar en ese contexto los problemas éticos, jurídicos, científicos y sociales, tanto en el área de la investigación como de la clínica. Estos Comités se centran, por lo tanto, en proporcionar asesoría sobre problemas que ponen en relación a la ética con los servicios de salud, así como en formular recomendaciones acerca de los alcances de la referida Declaración.

Para incentivar el cumplimiento de estos objetivos es imprescindible —como señala el Artículo 4 de la Declaración— desarrollar y respetar los principios de beneficios y efectos nocivos, al promover y aplicar el conocimiento científico, la práctica médica y las tecnologías interconectadas, por lo que se deben potenciar al máximo los beneficios directos e indirectos para los pacientes, los participantes en las actividades de investigación y otras personas de interés, debiendo reducir al máximo los posibles efectos nocivos para dichas personas.

200

Es imprescindible respetar la autonomía de la persona en lo referente a su facultad de adoptar decisiones y asumir responsabilidades. Ello dará acceso a que cualquier intervención médica preventiva, diagnóstica y terapéutica se lleve a cabo sólo después del consentimiento libre e informado de la persona interesada, basado en la información adecuada. El consentimiento se declara, en esta normativa ética, que debe ser expreso y la persona podrá revocarlo en todo momento. Lo mismo sucede en el proceso de investigación médica, en cuanto a la manifestación libre, expresa e informada de la persona interesada y su posibilidad de revocación.²¹

En tal sentido, el Artículo 7 de la Declaración Universal de Bioética adquiere relevancias, en cuanto a que exige a la legislación nacional establecer una protección especial a quienes carecen de capacidad para otorgar su consentimiento. En torno a las investigaciones experimentales, se subraya el valor que tiene el consentimiento de los sujetos que participan en éstas, el cual debe estar vinculado con el beneficio e interés del participante.

Incuestionablemente, es claro que en la búsqueda del conocimiento científico y de las tecnologías que les son propias, no debe olvidarse la vulnerabilidad de los individuos, por lo que es imperioso respetar a todos los seres humanos en su dignidad, de tal modo que todas las personas sean tratadas con justicia y equidad.²²

²¹ *Vid.*, Artículos 5 y 6 de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos.

²² *Ibid.*, Artículos 7 y 10.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Artavia Murillo y otros (fecundación *in vitro*) vs Costa Rica,²³ estableció que la infertilidad debe ser considerada una discapacidad, ya que al ser una enfermedad del sistema reproductivo, constituye una limitación funcional reconocida como una enfermedad, por lo cual las personas que la padezcan deben considerarse protegidas por los derechos de las personas con discapacidad, incluido el derecho de acceder a las técnicas necesarias para resolver problemas de salud reproductiva.²⁴

En las naciones occidentales más desarrolladas se ha potenciado la investigación científica, prioritariamente en tratamientos y acciones que involucran los ámbitos de la ecología, la sociedad y la medicina. Pero a pesar de ello, desde el siglo pasado se comprobó que no todo avance es justificable si afecta la salud emocional o física del ser humano en cualquier etapa de la vida; por ello surgió la bioética como una disciplina destinada a analizar los principios éticos que deben presidir el comportamiento del ser humano.

La bioética, como disciplina interdisciplinaria, ha sido acogida por varios sectores; pero la instauración del neoliberalismo ha debilitado principios fundamentales de los derechos humanos, y ha ocasionado el tráfico de recién nacidos mediante la maternidad subrogada.

VI. LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA EN EUROPA

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se ha pronunciado de manera neutral sobre las técnicas de reproducción asistida, dejando a los Estados conforme a la doctrina del margen de apreciación, el derecho a admitirla o denegarla.²⁵ En 2014 se resolvieron dos recursos interpuestos por dos matrimonios heterosexuales de nacionalidad francesa, los cuales habían celebrado contratos de gestación por sustitución, tanto en California como en Minnesota, Estados Unidos, aportando óvulos donados y esperma.

El TEDH considera que denegar la inscripción en el Registro Civil francés de estos niños vulnera el Artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos que reconoce el derecho que tienen los menores al respeto a su vida privada, que puede verse afectada por la indeterminación de su identidad filial. Indeterminación que, además, lleva a privarlos de la nacionalidad francesa y de todos los derechos que se derivan de esta condición, máxime cuando, como acentúan ambas sentencias, en ambos casos los niños eran hijos biológicos de las parejas y las autoridades francesas se negaron a reconocer este hecho, vulnerando claramente un derecho básico del menor.²⁶

La experiencia jurídica que se deriva de estas sentencias es que el interés superior de la niñez, según lo indicado en el Artículo 8 de la Convención, queda vulnerado al no reconocérseles a

²³ Vid., Corte IDH, caso Artavia Murillo y otros vs Costa Rica, resolución de 28 de noviembre de 2012.

²⁴ Vid., Cantoral Domínguez, Karla y Pérez Fuentes, Gisela María, *Maternidad subrogada*, op. cit., pp. 78-79.

²⁵ Vid., TEDH, caso Mennesson vs. Francia, núm. 65192/11 y caso Labassee vs Francia, núm. 65941/11 de 26 de junio de 2014.

²⁶ Vid., Durán Ayago, Antonia, Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Mennesson c. France (núm. 65192/11) y caso Labassee c. France (núm. 65941/11) de 26 de junio de 2014. Interés superior del menor y gestación por sustitución, en *Reseñas de Jurisprudencia, Internacional Privado, Ars Iuris Salmanticensis*, Universidad de Salamanca, vol. 2, Diciembre 2014, pp. 277-282.

los menores afectados un estado definido en el país de los padres, con lo que se lesiona su derecho a la identidad.²⁷

Cabe destacar que a finales de 2019, la Corte de Casación francesa resolvió que en el caso *Menesson* la adopción no era la vía adecuada y se ordenaba —únicamente en ese caso—, que se anotara en el Registro Civil la filiación de Sylvie Menesson como la madre de intención de las dos menores, actualmente adolescentes que nacieron mediante gestación por sustitución.²⁸

VII. CASO PARADISO Y CAMPANELLI VS ITALIA

Hechos:²⁹ Los señores Giovanni Campanelli y Donatina Paradiso eran un matrimonio residente y originario de Italia, quienes recurrieron a las técnicas de gestación por sustitución en Rusia en el año 2010, para ser padres, tras varios intentos fallidos de tener hijos mediante la técnica de fertilización *in vitro*.

Ya en Rusia acudieron a una técnica de gestación por sustitución conocido como útero de alquiler; le pagaron a una mujer entre 47,000 y 50,000 € y la madre gestante renunció por escrito en un documento privado, a todos sus derechos de filiación sobre el menor. Al regresar, a los seis meses de haber llegado, el progenitor paterno intentó inscribir en el Registro Civil italiano al bebé como su hijo, en agosto de 2011; es así que el encargado del registro italiano no sólo denegó el registro sino que lo acusó de fraude de ley, por lo que el matrimonio se sometió a una prueba de ADN, que dio como resultado que no existía concordancia genética entre el menor y el supuesto padre.

En noviembre de 2011, el Tribunal de Menores de una ciudad de Italia decide retirar de inmediato la custodia del menor al matrimonio y poner al niño en manos de los servicios sociales, sin contacto con el matrimonio Campanelli; posteriormente, el niño fue dado en acogida y después en adopción a otra familia con la que se consolidaron los nuevos vínculos familiares.

Los Campanelli se presentaron ante el Tribunal de Apelación de la ciudad en el 2012, pero este tribunal reiteró el fallo, por lo que el matrimonio decidió interponer demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos alegando que el gobierno italiano estaba violando los derechos fundamentales de los artículos 6, 8 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.³⁰

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en lo que a este tema interesa, consideró no admitir a trámite porque los demandantes no tenían vínculo biológico con el menor, ni autorización formal para representarlo legalmente. No obstante, después por otros recursos, el TEDH

27 Vid., Cantoral Domínguez, Karla, El derecho a la identidad del menor: el caso de México, en *Revista Boliviana de Derecho*, 2015, núm. 20, pp. 56-75.

28 Disponible en: https://elpais.com/sociedad/2019/10/04/actualidad/1570204231_011783.html

29 Vid., TEDH, caso Paradiso y Campanelli vs Italia, de 24 de enero 2017, núm. 25358/12.

30 Convenio Europeo de Derechos Humanos. Modificado por los Protocolos núm. 11 y 14, STCE núm. 194 a partir de su entrada en vigor el 1 de Junio de 2010. Disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf Vid. Artículo 6. Derecho a un proceso equitativo, artículo 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar; artículo 14. Prohibición de discriminación.

consideró que la pareja y el niño habían formado una familia de facto y también un vínculo emocional con el menor, demostrado ello bajo informe psicológico. La sentencia del año 2015 de la Sección 2a. del TEDH, falló a favor del matrimonio, condenando al gobierno italiano por haber violado el Artículo 8 del CEDH y no haber tenido en cuenta, con su actuación, el interés superior del menor, de acuerdo al Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.³¹

Esto es así, porque los jueces de la Sección 2a., tras análisis del caso, consideraron que los ocho meses que habían pasado los padres comitentes con el menor eran suficientes para entender que se había constituido una familia de facto.

La pareja insistió porque la sentencia no condenaba al Estado italiano a devolver al menor, por lo que acudieron a la Gran Sala de dicho tribunal que en el 2017 decidió la no existencia del Artículo 8 del CEDH, considerando que el vínculo familiar no se había formado previamente, y el acto se consideró ilegal por las autoridades italianas, agregando además que no existía vínculo genético del niño con el matrimonio.

La Gran Sala del TEDH explicó algo muy importante: El artículo 8 del CEDH, no viene a tutelar el “derecho/deseo a ser padres” sino el derecho de que cuando una familia se ha constituido de forma válida sea respetada por los Estados, incluyendo con ello la vida privada que se establece con el desarrollo del vínculo familiar. Se anuló la sentencia previa de 27 de enero de 2015, considerando además que al no tener material genético de los padres, no se violaba el Artículo 8 de la Convención.

Lo más importante en el tema de la estabilidad de la salud pública es que la maternidad por sustitución no se convierta, como señala el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en resorte automático e indiscriminado al orden público internacional por encima de la protección debida al principio supranacional del “interés superior del menor” y es que en gran parte de los supuestos de gestación por sustitución transfronterizos, los recién nacidos acaban siendo trasladados a un Estado diferente del que ha nacido y donde usualmente esta técnica está prohibida.

La Sentencia de la Gran Sala ha sido sujeta a críticas por académicos y abogados,³² pero prevalece el consenso de que es un fraude de ley en perjuicio del menor el acudir a concebirlo en un país con condiciones diferentes a las de donde proviene la pareja y en el que no se permite comercializar con los productos de estas técnicas, pues se estaría incurriendo en el delito de trata de personas.

³¹ Artículo 3. Convención de los Derechos del Niño. 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada. Disponible en: <https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/comunicacion/ConvencionsobrelosDerechosdelNino.pdf>

³² Ruiz Martín, Anna María, El caso Campanelli y Paradiso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: El concepto de familia de facto y su aportación al debate de la gestación por sustitución, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2019, vol. 11, núm. 2, pp. 778-791.

La Resolución del Parlamento Europeo de 17 de diciembre de 2015, apartado 115, ha condenado la práctica de la gestación por sustitución. Además, se ha solicitado a la Comisión del Parlamento que defina una protección jurídica de aplicación para toda la Unión Europea para los individuos, actuales y futuros, nacidos mediante la gestación subrogada y que se verifique la normativa vigente en los Estados en los que se admite dicha práctica.³³

VIII. ESPAÑA

Respecto del tema tratado en este capítulo, resulta de interés excepcional las cifras que reporta la investigadora Susana Quicios Molina y que a continuación se transcribe:

Aunque las cifras son bajas en España comparadas con el número total de nacimientos inscritos, siendo la proporción de 392.000 nacimientos, de los cuales 1.400 nacieron por dichas técnicas, en el año 2017 se inscribieron en España más niños producto de las técnicas de reproducción asistida en el extranjero que por la adopción internacional. Los riesgos que implican para la mujer gestante y el hijo, no parecen suficientes para evitar dicha práctica.³⁴

204

En la normativa española se destaca la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida:

La Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA), busca como objeto fundamental, regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético, siempre que existan las garantías diagnósticas y terapéuticas suficientes y sean debidamente autorizadas.³⁵

Sobre las condiciones personales de la aplicación de las técnicas, debe observarse lo que prevé el artículo 3, en cuanto a las circunstancias que tienen que tomarse en cuenta, la información y asesoramiento para recabar el consentimiento informado.³⁶

³³ Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-8-2016-0694_ES.html

³⁴ Quicios Molina, Susana, Regulación por el ordenamiento español de la gestación por sustitución: dónde estamos y hasta dónde podemos llegar, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, Reus, núm. 1, enero-febrero 2019, pp. 3-46.

³⁵ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, BOE-A-2006-9292.

³⁶ Artículo 3 de la LTRHA: “1. Las técnicas de reproducción asistida se realizarán solamente cuando haya posibilidades razonables de éxito, no supongan riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer o la posible descendencia y previa aceptación libre y consciente de su aplicación por parte de la mujer, que deberá haber sido anterior y debidamente informada de sus posibilidades de éxito y riesgos. 2. En el caso de la fecundación *in vitro* y técnicas afines, sólo se autoriza la transferencia de un máximo de tres preembriones en cada mujer en cada ciclo reproductivo. 3. La información y el asesoramiento sobre las técnicas, que deberá realizarse tanto a quienes deseen recurrir a ellas como a quienes vayan a actuar como donantes, se extenderá a los aspectos biológicos, jurídicos y éticos de las mismas y deberá precisar igualmente la información relativa a las condiciones económicas del tratamiento. 4. La aceptación de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida por cada mujer receptora de ellas quedará reflejada en un formulario de consentimiento informado en el que se hará mención expresa de todas las condiciones concretas de cada caso en que se lleve a cabo su aplicación. 5. La mujer receptora de estas técnicas podrá pedir que se suspenda su aplicación en cualquier momento de su realización anterior a la transferencia embrionaria. 6. Todos los datos relativos a la utilización de estas técnicas deberán recogerse en historias clínicas individuales, que deberán ser tratadas con las debidas garantías de confidencialidad respecto de la identidad de los donantes, de los datos y condiciones de los usuarios y de las circunstancias que concurran en el origen de los hijos así nacidos.”

CONTRATO DE DONACIÓN

Respecto del contrato de donación, la misma LTRHA dispone que la donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial y que será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación por sustitución.³⁷ En el año 2017, el Comité de Bioética español se pronunció también en contra de la admisión de la gestación por sustitución.

COMISIÓN NACIONAL DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

La Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida es un órgano colegiado, de carácter permanente y consultivo, dirigido a asesorar y orientar sobre la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, a contribuir a la actualización y difusión de los conocimientos científicos y técnicos en esta materia, así como a la elaboración de criterios funcionales y estructurales de los centros y servicios donde se realizan las técnicas de reproducción. Dichas técnicas deberán ser aprobadas previamente en un informe de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, en los siguientes supuestos:

- a. Para la autorización de una técnica de reproducción humana asistida con carácter experimental.
- b. Para la autorización ocasional para casos concretos de las técnicas de diagnóstico preimplantacional.
- c. Para la autorización de prácticas terapéuticas sobre el preembrión vivo *in vitro* para evitar o tratar una enfermedad.
- d. Para la autorización de los proyectos de investigación en materia de reproducción asistida.
- e. En el procedimiento de elaboración de disposiciones generales que versen sobre materias previstas en la LTRHA o directamente relacionadas con la reproducción asistida.³⁸

Se destaca en la Ley 14/2006, tanto el Registro Nacional de Donantes, como el Registro Nacional de Actividades y Resultados de los Centros y Servicios de Reproducción.³⁹ En relación con la gestación por sustitución o maternidad subrogada, en España la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se ha pronunciado en el sentido de que la regulación de la maternidad subrogada forma parte del orden público español que debe ser respetado por las certificaciones extranjeras; pero se trata, según el propio Tribunal Supremo, de una práctica contraria a la dignidad de la persona, en este caso de la mujer gestante y del nacido, ya que si la gestación y la filiación se mercantilizan, a la vez que se cosifica a la mujer gestante y al niño, posibilitándose con

³⁷ Artículo 10.1 de LTRHA, Artículo 10. Gestación por sustitución. “1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”.

³⁸ *Ibid.*, Artículo 20.4.

³⁹ *Ibid.*, Artículos 21 y 22.

ello la explotación de mujeres jóvenes y en estado de necesidad, por intermediarios que se enriquecen con los precios que sólo pueden pagar las clases más favorecidas.⁴⁰

ESTUDIO DE CASO EN ESPAÑA

El siguiente es un resumen de un hecho real sucedido en España: Vero y Torcuato se sometieron a varios tratamientos de reproducción asistida y fracasaron todos hasta que, en julio de 2010, acudieron al Centro IVI en Valencia, donde fueron atendidos por el Dr. Faustino. En una primera entrevista descartaron utilizar óvulos de la actora, se les entregó un *dossier* explicándole que era la información necesaria y un documento para que plasmaran su consentimiento informado, entregado éste por el personal auxiliar.

En septiembre de 2010 se comenzó el tratamiento y en diciembre se confirmó el embarazo, haciéndole los controles para determinar que se trataba de un solo feto y que no existía riesgo alguno. En enero se realizó un *screening*⁴¹ que se consideró negativo. Sin embargo, el 27 de marzo de 2011, el Dr. Faustino llamó a su domicilio para informarles de un problema con la donante, considerando que el feto podía ser portador de hemofilia, al detectar en otro país un embarazo de la misma donante con una hemofilia severa.

206

A pesar de que al matrimonio se le envió la información, no se señalaba con precisión si el producto nacería con hemofilia. La parte actora no admitía que el Centro y exactamente el especialista en evitar transmisiones de enfermedades genéticas, no hubiera hecho los controles necesarios a los donantes de óvulo y semen, por lo que se demandó al Centro IVI por mala praxis en la selección de los ovocitos y por deficiencia en el consentimiento informado. La sentencia de primera instancia condenó al Centro a pagar a los padres 100,000 euros a cada uno y al menor la cantidad de 200,000 euros, pero absolvió al Dr. Faustino por prescripción en la acción.

Entonces, Vero y Torcuato, en nombre y representación del menor Ambrosio, promovieron juicio ordinario contra el Centro IVI Valencia, España, S.A. y contra don Faustino, médico que los atendió. Ambas partes impugnan dicha resolución. La parte demandada-condenada a pagar, formula recurso de apelación y la parte actora impugnó la sentencia.⁴² En la resolución

40 Quicios Molina, Susana, *op. cit.*, pp. 3-46.

41 “El test de screening o tamizaje es una prueba que se utiliza para la determinación precoz de enfermedades y que permite conocer la posible prevalencia de una enfermedad que afecta a la población, examen que se utiliza en personas asintomáticas”. Salinas, Hugo y Valdés Enrique et al., Screening genético prenatal para la detección de anuploidias. En *Revista Chilena Obstetricia Ginecológica*, 2003, pp. 529-535.

42 SAP de Valencia, sección 7a. de 30 de marzo de 2016, recurso núm. 764/2015. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=7741088&links=reproduccion%20asistida&optimize=20160720&publicinterface=true>

La parte demandada alega: A) Que el proceso seguido por la fecundación no ha sido capaz de detectar y evitar la transmisión de una grave enfermedad, pero el resultado no puede ser imputado por culpa o negligencia de los partícipes en el mismo, dada la regulación legal y el estado de la ciencia sobre esta materia. B) Las donantes se eligen por un equipo psicológico y médico según la Ley 14/2006, cuando la donante sufre una enfermedad hereditaria como la hemofilia; pero en el presente caso la donante no tenía antecedentes

se sostuvo como parte del fundamento, que por Real Decreto 412/1996, de 1 de marzo, por el que se establecen los protocolos obligatorios de estudio de los donantes y los usuarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida y se regula la creación y organización del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones con Fines de Reproducción Humana.⁴³

Asimismo, se hizo mención a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida. En el anexo de la Ley se incluye el estudio de las enfermedades que cita la parte apelante, entre las que se encuentra la hemofilia; pero su examen queda limitado al ámbito de los antecedentes personales y de la historia familiar, según se especifica en el apartado IV del Anexo, no a la genética.

En cuanto a la ponderación judicial, se hace necesario examinar si hubo o no deficiencias en el consentimiento informado por parte de Verónica y Torcuato. De la lectura del consentimiento informado suscrito por ambos, se llegó a la conclusión de que los óvulos recibidos fueron sometidos a las pruebas genéticas necesarias para evitar las enfermedades que se indican.

En el Artículo 5, referente a donantes y contratos de donación, la Ley determina algunas de las condiciones en las que debe llevarse a cabo el proceso de donación, así en el apartado 6 se dictamina que

su estado psicofísico deberá cumplir las exigencias de un protocolo obligatorio de estudio de los donantes que incluirá las características fenotípicas y psicológicas, así como las condiciones clínicas y determinaciones analíticas necesarias para demostrar, según el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica existentes en el momento de su realización, que los donantes no padecen enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas transmisibles a la descendencia...⁴⁴

No obstante, las personas que van a someterse a las técnicas de reproducción humana asistida no son expertas en medicina ni en su terminología. En la Sala de Apelación se consideró que las personas que leen ese documento donde se plasma el consentimiento informado, deducen que se han realizado todas las pruebas necesarias para descubrir y excluir enfermedades genéticas, hereditarias e infecciosas transmisibles a la descendencia que se puedan detectar según el estado de la ciencia y, en el presente caso, la hemofilia es perfectamente detectable. Del texto firmado por los perjudicados no se puede desprender que el cribado de las donantes y de los ovocitos se realiza basándose en las manifestaciones de la donante, sin las pertinentes comprobaciones técnicas. El desconocimiento de una enfermedad familiar genética o infecciosa no supone garantía para que no exista, por varias y múltiples razones: entre la

familiares de tal enfermedad. C) La Ley no obliga a realizar un *screening* de la hemofilia, y en la práctica este test busca las enfermedades prevalentes no las raras, como está considerada la hemofilia.

43 En su artículo 3 se establece: [...] Los donantes serán sometidos a un reconocimiento médico, que se reflejará en una historia clínica, con inclusión de antecedentes personales y familiares, así como un examen físico, que como mínimo deberá contener los datos que, en el anexo del presente Real Decreto se relacionan bajo la responsabilidad del director del Centro [...]

44 ASEBIR-ASESA, Posicionamiento sobre el establecimiento de la cuota de descendientes por donante a partir de la creación del Registro Nacional de Donantes. Disponible en: <https://www.sefertilidad.net/docs/grupos/analisis/cuotaNacidos.pdf>

primera, la donante desconoce que esta enfermedad aparece en la familia porque no tiene trato con ésta.

Por otra parte, en la documentación que se entregó a los futuros padres, en el consentimiento informado no se advierte de las enfermedades sobre las que no se hacen pruebas técnicas. A esto se añade que carece de toda relevancia el hecho de que el consentimiento firmado por los futuros padres se haya redactado bajo los criterios editados por la Sociedad Española de Fertilidad, porque ello no justifica su insuficiencia en los términos expuestos.

En atención al caso expuesto, puede concluirse que el riesgo en caso de transmisión de enfermedades ha de constar con claridad y precisión en el consentimiento informado que suscriben los padres involucrados en las técnicas de reproducción asistida; por su importancia, en la carta de consentimiento informado debe constar si tal información se consideró cumplida por meras manifestaciones verbales a la parte demandada, por el médico y el director del hospital, pues de ser así, estos últimos han vulnerado el derecho a la información de los receptores.

Se valoró, por último, el alegato relativo a la falta de legitimidad del padre con respecto al hijo. La solicitud de fecundación *in vitro* fue hecha por ambos padres. Tanto el consentimiento informado para la fecundación *in vitro* y la transferencia preembrionaria con donación de ovocitos, como el contrato sobre donación de ovocitos, fue suscrito por la mujer receptora y por el marido. La muestra de la legitimación del padre como del menor estriba en que en el propio documento de consentimiento informado, expresamente se indicó: “Ni el marido ni la mujer, cuando hayan prestado su consentimiento a una fecundación con contribución de donantes, podrá impugnar la filiación matrimonial del hijo nacido por tal fecundación”.⁴⁵

208

IX. BIOÉTICA, MATERNIDAD SUBROGADA, TABASCO Y EL MUNDO: UN LUGAR DE TURISMO REPRODUCTIVO

Los principios de autonomía, beneficencia, no maleficencia y justicia prevalecen en los estudios de bioética y sobre ellos existe una vasta bibliografía, de manera que al ser considerados doctrinalmente conocidos, no se abundará aquí sobre ellos, pero sí propondremos un ejercicio de ponderación a propósito del contrato de maternidad subrogada en tanto fenómeno que concierne a la sociedad global y que se está presentando también en México y en el estado de Tabasco. A partir de otro estudio ya citado, pudimos detectar la falta de criterios éticos con los que dichos contratos se emiten, y del abuso que sufren las mujeres que aceptan —por ignorancia de las consecuencias psicofísicas y legales que habrán de padecer— participar como donantes en estos procedimientos.⁴⁶

Desde 1997 aparece regulada la maternidad subrogada en el Código Civil de Tabasco. Ha sido la Suprema Corte de Justicia de la Nación la que ha delineado los principios que deben considerarse para salvaguardar los derechos humanos en cuanto a la niñez y la mujer gestante en

⁴⁵ SAP de Valencia, Sección 7a. de 30 de marzo de 2016, recurso núm. 764/2015.

⁴⁶ Cantoral Domínguez, Karla y Pérez Fuentes, Gisela María, *Maternidad subrogada... op. cit.*

los procedimientos de gestación por sustitución; si bien es un tema sensible, se requiere un cuidado de políticas públicas en el ámbito estatal y nacional.⁴⁷

Cabe mencionar que el 7 de junio de 2021 se resolvió la acción de inconstitucionalidad 16/2016,⁴⁸ donde se invalidan varias porciones del Decreto 265 de 2016 del Código Civil de Tabasco en donde se incorporaron ocho artículos sobre gestación por sustitución y se trata de solventar con esta acción las violaciones del Decreto antes señalado en cuanto a que: no reconoce las nuevas formas de familias; aborda competencias de la Ley de Salud; discriminación de la mujer con respecto a su autonomía reproductiva; violaciones para la mujer gestante que se detecta en los contratos, como por ejemplo, limitaciones en la alimentación, libertad de movimiento, relaciones con sus familiares; así como la fijación de edades para ser madre contratante y madre gestante.

En esta línea jurisdiccional, la Primera Sala de la Corte resolvió en diciembre de 2021, el amparo en revisión 516/2018 mediante el cual se centró en estudiar la constitucionalidad del Código Civil para el Estado de Tabasco, respecto a las condiciones de salud y la edad tanto de la madre contratante como la gestante.⁴⁹

209

¿UN TALLER DE REPARACIÓN DE MOTOCICLETAS A CAMBIO DE ALQUILAR EL VIENTRE? ENTRE LA LEGALIDAD Y LA BIOÉTICA

El caso que se presenta aquí es el de Mirna, quien por ser una madre divorciada carente de los medios económicos para sostenerse a sí misma y a sus hijos ha decidido alquilar su vientre para que una pareja de extranjeros pueda criar como propia a la niña que está gestando. Sobre esta etapa crucial en su vida da cuenta un documental producido por el Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE).⁵⁰

El escenario elegido para la entrevista es a campo abierto, lleno de una exuberante vegetación y cerca de un río de Tabasco, lugar de donde es oriunda la informante. El entrevistador y Mirna establecen un diálogo inicial, sentados en el pasto mientras entierran sus pies en el fango a la vera del camino, como un símil de la vulnerabilidad de la madre gestante. Mirna le hace ver al entrevistador, cuando un lancharo los cruza hacia la otra banda del río y le obsequia a éste unos pepinos, que el regalo obedece a una razón muy simple: “somos buenas personas”, quizá preconizando con esta frase su actitud solidaria; pero la madre gestante declara que no es una mujer rebelde sino una mujer valiente, y reitera en varias ocasiones que el alquiler de vientre es un asunto económico que le dará satisfactores y le cambiará la vida, aunque su exmarido, tal como había previsto, le quite la pensión para sus hijos. También dice sentirse feliz de apoyar a otras personas en su deseo de ser padres. Mirna declara que

47 Pérez Fuentes, Gisela María, La gestación por sustitución a partir de los nuevos criterios judiciales en México. En *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, número 17 bis, diciembre 2022, pp. 638-661.

48 Acción de inconstitucionalidad 16/2016, Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 7 de junio de 2021.

49 Amparo en revisión 516/2018, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 8 de diciembre de 2021.

50 Disponible en: <https://gire.org.mx/reproduccion-asistida/>

ha pasado hambre en su niñez y que no quiere que sus hijos padezcan lo mismo; así también refiere que con el dinero que le paguen pondrá un negocio de reparación de bicicletas y con ello podrá solventar la escuela de sus hijos, para que estudien por lo menos hasta la preparatoria, pues no avizora poder costearles la universidad. En el documental, que muestra otros dos casos más, cada uno con sus propias circunstancias, se insiste en que los niños de los que se desprenderán las madres de alquiler tendrán una buena vida en un hogar amoroso y económicamente estable.

A pregunta expresa del entrevistador acerca de los prejuicios de los que ella será objeto por su decisión, y en torno a las opciones que Mirna tiene, ella responde con soltura que podrá lidiar con las habladurías y que en el momento por el que está pasando la única opción que le queda para realizar sus proyectos es la de alquilar su vientre. El video testimonial concluye con la imagen de Mirna montada en una motocicleta, al parecer nueva, seguida por la algarrabía de unos niños que festejan el feliz acontecimiento, dando así la idea que la protagonista de esa historia ha cumplido sus deseos, que es como se llama el documental. Al finalizar la producción, se oye una voz en *off* que dice lo siguiente:

A la hora de legislar sobre gestación subrogada se debe escuchar a todas las partes involucradas en el proceso. El contacto con las personas es fundamental. Las historias no son todas iguales y las motivaciones son complejas. Sin duda, una familia se puede formar de diferentes maneras y el Estado no debe prohibir la práctica de la maternidad subrogada, sino regularla, sin discriminar a nadie y poniendo especialmente atención y protección a las mujeres gestantes.

210

Al concluir el documental aparece en letras blancas sobre fondo negro la siguiente leyenda:

Actualmente, existen personas que quedaron atrapadas en el limbo entre la vieja y la nueva legislación de Tabasco. Aunque firmaron sus contratos antes de enero de 2016, el gobierno les está aplicando retroactivamente la ley, negando el acceso de los niños a actas de nacimiento y amenazando a padres intencionales y mujeres gestantes por no cumplir los requisitos de la legislación actual, incluso con acusaciones de tráfico de menores.⁵¹

La asociación GIRE promueve la maternidad subrogada tomando como fundamento de sus acciones un concepto bastante laxo del principio de autonomía de la voluntad, en detrimento de la identidad de los menores y contraviniendo los principios de la bioética, pues la autonomía de la voluntad de una persona debe ser proporcional a su capacidad de tomar sus propias decisiones.⁵² Pero está claro, como ha evidenciado el caso de Mirna, que cuando la pobreza no da lugar a opción alguna, la capacidad de decisión es prácticamente nula y lo que prevalece es el deseo de unos que se sobrepone a la necesidad de otros. Es notable también, que en el debate sobre este polémico tema debe establecerse la marcada diferencia que hay

⁵¹ *Loc. cit.*

⁵² Gracia, Diego, *Procedimientos de decisión en ética clínica*, 2a. ed., Madrid, Triacastela, 2007, pp. 15-25.

entre deseos y derechos.⁵³ La mayor fuerza argumentativa está dada precisamente porque las necesidades presentan contornos más objetivables que los deseos, que son siempre más ambiguos y subjetivos. En el caso de las necesidades, se trata de situaciones o estados de cosas que no dependen de la intención de los sujetos. Esta distinción se complementa con un criterio que atiende el resultado: el beneficio, en el caso de los deseos; y evitar un daño o una privación, en el caso de las necesidades.⁵⁴

En este tipo de técnicas reproductivas los deseos individuales de la pareja para convertirse en padres, como se intitula el documental, se sobreponen a los derechos de la propia madre y del niño. El abuso de esta técnica en Tabasco, lejos de convertirse en una solución al derecho reproductivo en función de la protección a la salud, se convirtió en la mercantilización de la persona, turismo reproductivo y trata de personas.

Cuando una persona, en este caso Mirna, declara que no tiene otra opción de vida pues ella sola mantiene a sus hijos, y no dispone de recursos ni preparación para afrontar trabajos bien remunerados, el determinar que acepta un tratamiento de este tipo está limitado a sus condiciones socioeconómicas, carece también de autonomía de la voluntad, en el entendido no de hacer lo que la persona quiera sino lo que sea razonablemente válido para la realización de su personalidad.

Algunos autores consideran que la maternidad subrogada no presenta problema ético o moral, ya que son las personas mayores de edad quienes ejercen sus derechos como seres humanos libres y autónomos y quienes pactan este tipo de procedimiento sin perjudicarse ni perjudicar a terceros.

Esta posición es sin embargo utópica, porque los adultos no son siempre autónomos sino que están sujetos a sus condiciones económicas; por otra parte, a partir de esta técnica de reproducción los niños que nacerán serán producto de la libertad de decisión de seres humanos que no se sabe cómo reaccionarían si el neonato llegase a presentar malformaciones genéticas. Desde nuestro punto de vista, para evitar el abandono del recién nacido, en los casos de reproducción asistida, deberá disponerse de Normas Oficiales de Protección específicas, para otorgarles a los neonatos la máxima salvaguarda posible.

La propia Primera Sala de la Corte, al reconocer la vigencia de los derechos fundamentales ha sentenciado que, en las relaciones entre particulares, es indudable que exista una esfera de actuación puramente privada. A juicio de la Primera Sala de la Corte, hay tres factores que resultan útiles para verificar el cumplimiento de los derechos fundamentales: en primer lugar, la presencia de una relación asimétrica en la que una de las partes ostente una posición de clara superioridad frente a la otra. Cuanto mayor sea la desigualdad de facto entre los sujetos de la relación, menor será la libertad de la parte débil de la relación; y mayor será la necesidad de otorgarle protección.

53 Dobernig Gago, Mariana, Maternidad subrogada: su regulación. En Chan, Sarah, e Ibarra Palafox, Francisco et al., (Coords.). *Bioética y bioderecho, Reflexiones clásicas y nuevos desafíos*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018, pp. 251-294.

54 Añón Roig, María José, *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 31.

Siguiendo los objetivos de la bioética, para analizar la maternidad subrogada se debe partir de la Convención de Derechos Humanos y Biomedicina, en la que se enunciaron principios generales sobre la protección integral del ser humano:

- a) La primacía del ser humano sobre los intereses de la sociedad o de la ciencia (Artículo 2).
- b) La prohibición de la selección de sexo en las técnicas de procreación asistida (Artículo 14)
- c) La prohibición de la comercialización de productos del cuerpo humano (Artículos 21 y 22).⁵⁵

Estos principios deben ser respetados cuando se considere bioética y justicieramente en una norma, para proteger principalmente a los sujetos más vulnerables, como lo son la mujer y el niño que esté por nacer.

La maternidad subrogada se consideró como una técnica altruista para personas que no podían procrear; pero no se puede afectar por ello a los grupos vulnerables como las mujeres de bajos recursos económicos y sociales. Los excesos en el uso de esta técnica han generado que algunas organizaciones de la sociedad civil se refieran a la maternidad subrogada como un proceso con gran potencial de daño, es decir, como “una granja de fertilidad”.⁵⁶

212

El segundo factor por tomar en cuenta es la repercusión social de la discriminación. Cuando concurre esta circunstancia, la decisión discriminatoria deja de ser un asunto estrictamente privado y pasa a ser un asunto de relevancia pública.

El tercer factor consiste en valorar la posible afectación al núcleo esencial de la persona discriminada.⁵⁷

Ante esta aseveración de la Corte es difícil entender que las partes del contrato, por un lado Mirna y por otro la pareja de extranjeros, tuvieran igualdad de condiciones, pues si así fuera ¿cuál sería el motivo para viajar a Tabasco en busca de un vientre de alquiler cuando existen muchos estados de Norteamérica que permiten la maternidad subrogada? Y, por otra parte ¿en qué dignifica a la mujer tabasqueña en su persona, entorno social y trabajo, el acudir a esta práctica para encauzar la vida de sus propios hijos? Según lo observado, el principio de autonomía propio de la bioética está ausente en las decisiones de Mirna.

El segundo principio de la bioética, que es el de beneficencia, implica una dificultad, consistente en demostrar la obligación de actuar en beneficio del paciente por parte del médico, considerando que el médico beneficia y da prioridad a los deseos de la pareja contratante, aun cuando se le brinden las atenciones de salud correspondientes a la madre que alquila su vientre para gestar a favor de otros. Si se toman decisiones unilaterales que beneficien principalmente a una de las partes del contrato, se omite el principio de justicia.

55 Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con Respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina, conocido como Convenio de Oviedo, 4 de abril 1997. Disponible en: <http://www.bioeticanet.info/documentos/Oviedo1997.pdf>

56 Pérez Fuentes, Gisela María et. al., *La maternidad subrogada*, México, Tirant lo Blanch, 2017, p. 43.

57 Tesis: 1a. CDXXVI/2014, Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 13, diciembre de 2014, Tomo I, p. 243, bajo el rubro: principio de la autonomía de la voluntad. factores para medir la incidencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.

Por su parte, el principio de no maleficencia, en el que se sustenta la ética de los profesionales de la salud, se refiere a que en su actuación el personal que otorga los servicios sanitarios no debe perjudicar a los demás. Obviamente, como se ha revisado en estas líneas sobre la publicidad de las actividades del GIRE, que casi raya en la promoción del turismo con fines reproductivos, ya pueden verse los efectos adversos a posteriori de los niños nacidos bajo esta atípica forma y las madres que alquilan sus vientres con la esperanza de que ello les cambiará la vida. Pero no se han hecho estudios longitudinales que den cuenta de esto como para profundizar en alguna afirmación que no deje lugar a dudas.

En relación al último principio, el de justicia, en los casos expuestos la actuación de los médicos ha sido por demás omisa. Los distintos países que participan en la práctica de la maternidad subrogada transfronteriza debieran disponer sus recursos para invertir en la planeación de políticas públicas tendientes a reducir las desigualdades sociales, de tal modo que la maternidad subrogada sea cuestión de solidaridad y no un negocio que tiene como trasfondo las necesidades de unos y el deseo de otros.

El Comité para los Derechos de las Mujeres y la Equidad de Género del Parlamento Europeo, señaló en un informe del año 2013 que la maternidad subrogada constituye una objetivación tanto del cuerpo de las mujeres como de los niños, y representa una amenaza a la integridad corporal y a los derechos humanos de las mujeres,⁵⁸ es decir se considera una especie de trata de personas.

VIOLACIÓN A LOS PRINCIPIOS BIOÉTICOS Y AL DERECHO A LA SALUD: TURISMO REPRODUCTIVO

La expresión *turismo reproductivo* se asocia a la idea de industria turística, a la que recurren como una opción viable las personas, solteras o en pareja, que tienen capacidad económica para alquilar un vientre con fines de reproducción asistida; de ahí que las mujeres que viven en países con grandes carencias económicas, sean las más susceptibles de ser contratadas para estas transacciones, solicitadas sobre todo por personas en cuyo país de origen es ilegal o existen barreras jurídicas que dificultan la maternidad subrogada.

Entre los años 2013 a 2016, Tabasco se convirtió en lo que metafóricamente puede denominarse *paraíso reproductivo*, pero en la actualidad esta práctica si bien ha disminuido, no ha desaparecido por completo, debido a las reformas que se hicieron al Código Civil de Tabasco en enero de 2016, que mantuvieron sin embargo la figura jurídica del contrato, por lo que los niños que nacen mediante reproducción asistida siguen siendo las principales víctimas de una legislación que urge volver a revisar en sus fundamentos.⁵⁹

⁵⁸ Pérez Fuentes, Gisela María et al., *La maternidad...*, op. cit., p. 46.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 48.

X. CONCLUSIONES

Para algunos autores, es posible identificar las tres dimensiones mediante las que la bioética puede contribuir para generar normas jurídicas que incorporen la complejidad y pluralidad de valores que coexisten en sociedades abiertas y democráticas.

Esas dimensiones en las que el bioderecho puede contribuir para generar una normativa adecuada a contextos axiológicamente plurales como los de la práctica biomédica, son:

- a) El diseño legislativo,
- b) la técnica legislativa,⁶⁰ y
- c) el pluralismo institucional no jurisdiccional.⁶¹

Esta perspectiva es trascendente porque a veces ocurre que los tribunales responden a determinados intereses y no al sistema social real; de ahí nuestro interés por proponer una solución socio-jurídica a este complejo problema.

En este estudio se ha expresado la necesidad socio-jurídica de una regulación especial en la que se justifique el empleo de estas técnicas de reproducción humana asistida cuando constituyan un instrumento científico jurídico que garantice el derecho a la salud a través del sistema de salud nacional, que puede ser derivado a clínicas especializadas de carácter privado, pero siempre supervisadas por el sistema de salud del Estado.

En este contexto, la regulación debería ser específica en cuanto a los casos en los que la maternidad subrogada sea aceptable en el contexto de la protección a los derechos humanos. En estos casos, las técnicas de reproducción humana asistida se realizarían reconociendo que existen diferentes tipos de conformación de familias. Dicha regulación deberá tomar en consideración el consentimiento informado de la gestante y asegurarse de que los futuros padres no rechacen su compromiso legalmente pactado incluso si el neonato llegase a presentar malformaciones o problemas de salud.

En el instrumento de ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad de la Persona,⁶² se precisa la protección del ser humano en su dignidad e identidad sin discriminación alguna; y que dicha protección debe prevalecer sobre el interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia, por lo que todas las intervenciones en el ámbito de la salud, comprendida la investigación, deben apegarse al principio imperativo de la dignidad del ser humano.

60 Estas dos dimensiones hacen posible la coherencia del sistema de normas.

61 Valdés, Erick, ¿Hijos a la carta? Bioderecho, beneficencia procreativa y autonomía parental reproductiva en sociedades laicas y pluralistas. En Capdevielle, Pauline y Medina Arellano, María de Jesús (Coords.). *Bioética Laica. Vida, muerte, género, reproducción y familia*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018, pp. 177-200.

62 Publicado en el BOE, núm. 251, Madrid, 20 de octubre de 1999.

XI. REFERENCIAS DE INVESTIGACIÓN

- Abel Lluch, Xavier, El derecho a la información del paciente como presupuesto del consentimiento informado. Su régimen jurídico en la ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. En Abel Lluch, Xavier (Coord.) *El Juez civil ante la investigación biomédica*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.
- Acción de inconstitucionalidad 16/2016, Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 7 de junio de 2021.
- Amparo en revisión 516/2018, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 8 de diciembre de 2021.
- Añón Roig, María José, *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- Cantoral Domínguez, Karla y Pérez Fuentes, Gisela María, Maternidad subrogada. En Pérez Fuentes Gisela María et al., *La maternidad subrogada*, México, Tirant lo Blanch, 2017.
- Cantoral Domínguez, Karla, El derecho a la identidad del menor: el caso de México, en *Revista Boliviana de Derecho*, 2015, núm. 20.
- Convenio Europeo de Derechos Humanos. Modificado por los Protocolos núm. 11 y 14, STCE núm. 194 a partir de su entrada en vigor el 1 de Junio de 2010.
- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con Respecto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina, conocido como Convenio de Oviedo, 4 de abril 1997.
- Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad de la Persona, publicado en el BOE, núm. 251, Madrid, 20 de octubre de 1999.
- Corte IDH, caso Artavia Murillo y otros vs Costa Rica, resolución de 28 de noviembre de 2012.
- Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos.
- Dobernig Gago, Mariana, Maternidad subrogada: su regulación. En Chan, Sarah, e Ibarra Palafox, Francisco et al., (Coords.). En *Bioética y bioderecho, Reflexiones clásicas y nuevos desafíos*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018.
- Durán Ayago, Antonia, Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Mennesson c. France (núm. 65192/11) y caso Labasse c. France (núm. 65941/11) de 26 de junio de 2014. Interés superior del menor y gestación por sustitución, en *Reseñas de Jurisprudencia, Internacional Privado, Ars Iuris Salmanticensis*, Universidad de Salamanca, vol. 2, Diciembre 2014.
- Gracia, Diego, Prólogo. En Rodríguez Merino, José María (Coord.), *Ética y derechos humanos en la era biotecnológica*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, S.L, 2008 (Col. Religión y Derechos Humanos).
- Gracia, Diego, *Procedimientos de decisión en ética clínica*, 2a. ed., Madrid, Triacastela, 2007.
- Grupo CTO, *Manual CTO de medicina y cirugía, ginecología y obstetricia*, 8a. ed., Madrid, 2011.

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, BOE-A-2006-9292.

Ley General de Salud publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1984, última reforma publicada el 29 de mayo de 2023.

Lolas Stepke, Fernando, *Bioética. El diálogo moral en las Ciencias de la Vida*, Ed. Universitaria, Chila, 1998.

Oliva Gómez, Eduardo, *Derecho de familias*, Ed. Tirant lo Blanch, México, 2022.

OMS, *Glosario de terminología en técnicas de reproducción asistida*, 2009.

Parejo Guzmán, María José, *Consentimiento informado y autonomía del paciente: su aplicación en el ocaso de la vida en la España y Europa del Siglo XXI*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018.

Pérez Fuentes, Gisela María, La gestación por sustitución a partir de los nuevos criterios judiciales en México, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, número 17 bis, diciembre 2022.

Quicios Molina, Susana, Regulación por el ordenamiento español de la gestación por sustitución: dónde estamos y hasta dónde podemos llegar, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, Reus, núm. 1, enero-febrero 2019.

RAE, Diccionario esencial de la lengua española. Entrada 'bioética', Madrid, Espasa-Calpe, 2006.

Ruiz Martín, Anna María, El caso Campanelli y Paradiso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: El concepto de familia de facto y su aportación al debate de la gestación por sustitución, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2019, vol. 11, núm. 2.

Salinas, Hugo y Valdés Enrique et al., Screening genético antenatal para la detección de anuploidias, *Revista Chilena Obstetricia Ginecológica*, 2003.

SAP de Valencia, sección 7a. de 30 de marzo de 2016, recurso núm. 764/2015.

SAP de Valencia, Sección 7a. de 30 de marzo de 2016, recurso núm. 764/2015.

Serrano Ruiz-Calderón, José Miguel, *Retos jurídicos de la bioética*, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2005.

Simón Lorda, Pablo, El consentimiento informado. Historia, teoría y práctica, Madrid, Triacastela, 2000, p. 27.

Tapia Vega, Ricardo, *El juicio oral como mecanismo de garantía de derechos fundamentales*, Ed. Díkē – Universidad Santiago de Cali, Colombia, 2021.

TEDH, caso *Menesson vs. Francia*, núm. 65192/11 y caso *Labassee vs Francia*, núm. 65941/11 de 26 de junio de 2014.

TEDH, caso *Paradiso y Campanelli vs Italia*, de 24 de enero 2017, núm. 25358/12.

Tesis: 1a. CDXXVI/2014, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 13, diciembre de 2014, Tomo I, p. 243.

UNESCO, Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, 19 de octubre de 2005.

Valdés, Erick, ¿Hijos a la carta? Bioderecho, beneficencia procreativa y autonomía parental reproductiva en sociedades laicas y pluralistas. En Capdevielle, Pauline y Medina Arellano, María de Jesús (Coords.). *Bioética Laica. Vida, muerte, género, reproducción y familia*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018.

Vigo, Rodolfo Luis, Iusnaturalismo vs iuspositivismo. En Rabbi-Baldi Cabanillas (Coord.), *Las razones del derecho natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*, 2a. ed, Buenos Aires, 2008.

ANCESTRALIDAD, AUTONOMÍA E IDENTIDAD. UNA MIRADA DESDE LA SOCIOLOGÍA FEMINISTA DE LAS EXPERIENCIAS DE LAS MUJERES EN TOTORÓ CAUCA¹

Dra. Angélica María Anichiarico González²

Dra. Leidy Tatiana Jaimes Hernández³

Dra. Laura Isabel Pinzón Parra⁴

Resumen: La autonomía económica de las mujeres rurales bajo el panorama del desarrollo ocupa un lugar prioritario en agendas estatales internacionales, nacionales y locales al reconocerlas como agentes dinamizadoras de las actividades productivas e identitarias en espacios territoriales de ruralidad. Esto implica, la asociación de lo rural con las actividades más allá de lo económico que definen las relaciones de las mujeres con la naturaleza a partir de lo social, lo político y lo jurídico que permean los escenarios en los que se desenvuelven aquellas que viven y trabajan en el campo. Debido a esto, el municipio de Totoró, Cauca en cabeza de sus mujeres a pesar de contar dinámicas propias que surgen como mecanismos para avanzar hacia la igualdad de oportunidades en ámbitos rurales, son invisibilizadas al desligar lo comprendido como identidad con las actividades productivas que las harán autónomas económicamente. Es por ello por lo que este capítulo de investigación describe los resultados de investigación de un estudio de caso al resaltar la importancia que tiene interrelacionar lo identitario con la autonomía económica de las mujeres, con el fin de que se avance en la construcción de lo rural con una perspectiva desde y para las mujeres ya que se examinará cómo las mujeres rurales de Totoró enfrentan desafíos económicos particulares y cómo las teorías y prácticas de la economía feminista pueden contribuir a su empoderamiento económico y social.

Palabras Claves: Mujeres Rurales, Identidad, Economía Feminista, Autonomía Económica.

Abstract: The economic autonomy of rural women in the context of development occupies a priority place in international, national and local state agendas by recognizing them as dynamic agents of productive and identity activities in rural territorial spaces. This implies the association of the rural with activities beyond the economic that define women's relations with nature based on the social, political and legal aspects that permeate the scenarios in which those who live and work in the countryside develop. Because of this, the municipality

¹ Este capítulo de libro es producto de los proyectos *Repensando la categoría mujeres rurales en el Cauca bajo el enfoque ecofeminista y Fortalecimiento de la autonomía económica de las mujeres de las mujeres de totoró Cauca a partir de su identidad emprendedora rural*, 2023 de la Corporación Universitaria Autónoma del Cauca (Colombia).

² Abogada, Magíster y Doctora en Estudios Avanzados en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid, España. Correo electrónico: angelica.anichiarico.g@uniautonomo.edu.co

³ Estudiante de Derecho de la Corporación Universitaria Autónoma del Cauca. (Colombia). Correo electrónico: leidy.jaimes.h@uniautonomo.edu.co

⁴ Filósofa por la Universidad del Cauca (Colombia). Especialista en pedagogía de la Corporación Universitaria Autónoma del Cauca, Investigadora del Grupo de Investigación en Deporte y Movimiento Humano-GIDEMO. Correo electrónico: laura.pinzon.p@uniautonomo.edu.co

of Totoró, Cauca, in the head of its women, in spite of having its own dynamics that emerge as mechanisms to advance towards equal opportunities in rural areas, are invisibilized by separating what is understood as identity with the productive activities that will make them economically autonomous. This is the reason why this research chapter describes the research results of a project with rural women that highlights the importance of interrelating identity with women's economic autonomy, in order to advance in the construction of rural areas with a perspective from and for women, since it will examine how rural women in Totoró face particular economic challenges and how the theories and practices of feminist economics can contribute to their economic and social empowerment.

Keywords: Rural Women, Identity, Feminist Economy, Economic Autonomy.

I. INTRODUCCIÓN

Las distintas actividades de las mujeres en distintos ámbitos sociales, políticos y económicos, han ayudado a visibilizar cómo el orden político y económico históricamente ha rechazado a actores de la sociedad como el campesinado, a las comunidades afrodescendientes, a las comunidades indígenas y a las mujeres. Es por ello por lo que la identidad de las mujeres rurales en Colombia, en regiones como Totoró, ubicadas al sur del país, se encuentra estrechamente ligada a su relación con la tierra, la agricultura y las tradiciones culturales arraigadas en la comunidad y lo que implica ser una mujer rural e indígena.

Estas mujeres desempeñan un papel esencial en la producción de alimentos, el cuidado de la familia y la preservación de las prácticas ancestrales transmitidas de generación en generación. Sin embargo, la identidad ha sido históricamente limitada por roles de género estereotipados, por la falta de oportunidades para acceder a recursos que ha imposibilitado su autonomía al tomar decisiones económicas.

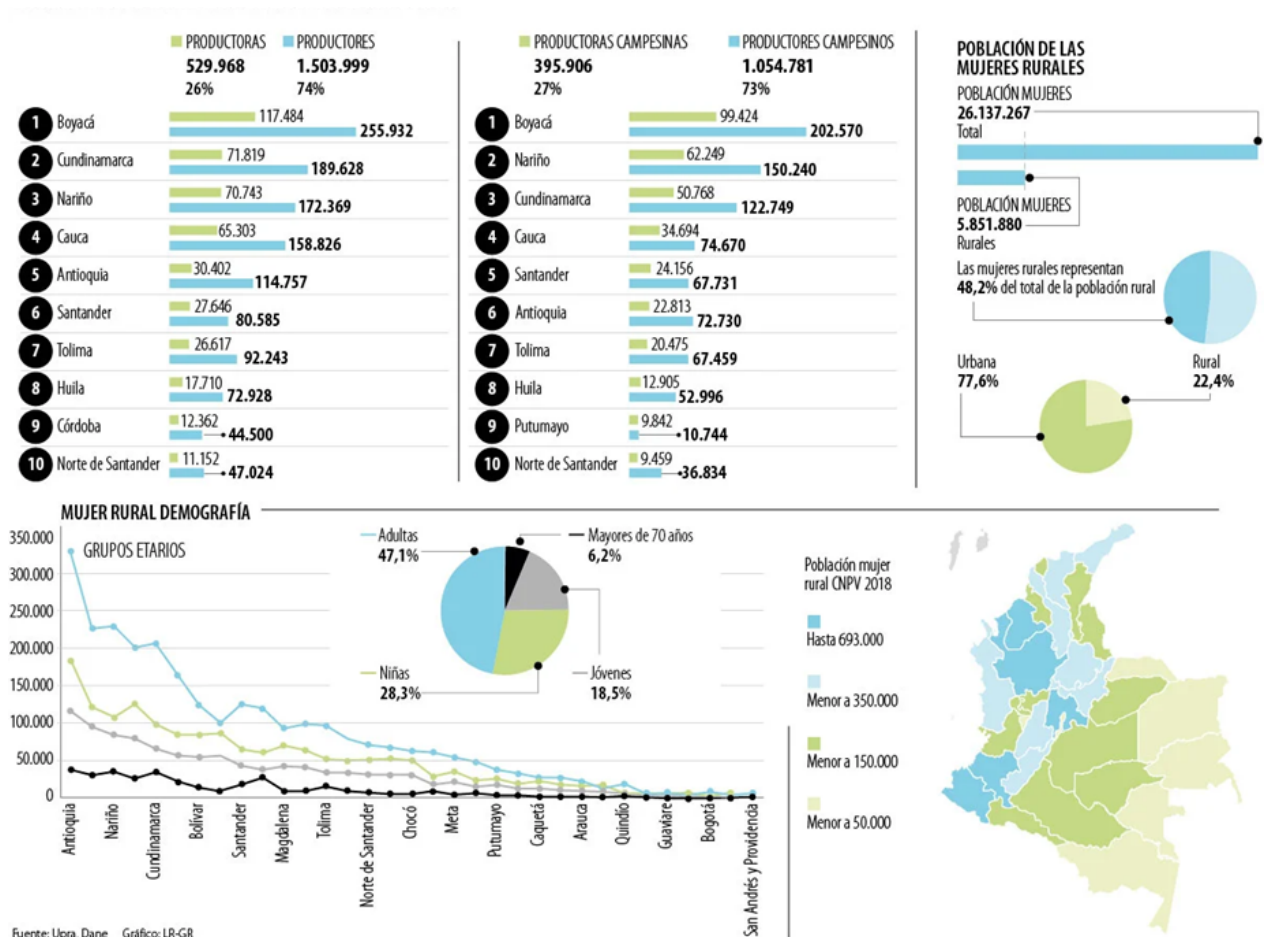
Bajo este entendido, la creación de herramientas de las mujeres son esenciales para generar conciencia de que vivimos en un sistema político económico y social patriarcal. Sin embargo, por la multiplicidad de conceptos y vivencias, lo que para unas significa feminismo o autonomía puede no serlo para otras, dificultando el entendimiento de las situaciones de violencia económica vivida por las mujeres rurales.

Lo anterior es importante ya que al no reconocer que se está ante estas situaciones se desconoce el papel de las mujeres más allá del crecimiento económico de un país. Esto puede apreciarse en Colombia debido a que el valor de las mujeres rurales es medido, entre otras, por las cifras de crecimiento del PIB el cual fue del 7% en el año 2021.⁵ Debido a lo anterior se observa que el 30% de la población total del país, es decir 5,8 millones de personas son caracterizadas como mujeres, dentro de las cuales de cada diez mujeres colombianas, tres son campesinas.⁶ El inconveniente de lo anterior es que los roles de las mujeres son medidos y estructurados a

⁵ Unidad de Planificación Rural Agropecuaria

⁶ *Ibidem*

partir de indicadores netamente económicos y sin perspectiva de género como lo podemos apreciar en lo descrito por el Ministerio de Agricultura colombiano en la Gráfica 1.



Gráfica 1. La Radiografía de la población campesina . Fuente: UPRA, DANE, 2023.

Lo que se encuentra en el gráfico referido es que es el departamento del Cauca, el que ocupa el cuarto puesto con mayor población de mujeres productoras campesinas. Sin embargo, respecto a la autonomía económica de las mujeres rurales en el municipio de Totoró, como se describe en este capítulo, se compone no solo por actividades productivas sino por labores de cuidado, por preservación de su unidad familiar, entre muchas más que no son parte de los indicadores analizados.

Es por ello, por lo que se visibiliza la generación de empleo, actividades para potenciar su bienestar individual y colectivo, su creatividad en sus saberes manuales y ancestrales, los cuales contribuyen de manera favorable al desarrollo sostenible de la comunidad en su totalidad. La realidad rural refleja las desventajas de clase y territorialidad para las mujeres donde, por ejemplo, un producto elaborado manualmente en una zona rural carece de valor frente a uno elaborado en lo urbano.

Estas diferencias que generan desigualdades llevan a que esta investigación cualitativa analizara las vivencias de las mujeres en Totoró, Cauca, sus dinámicas de autonomía económica y como desde la sociología feminista se promueve la participación de mujeres rurales como actoras sociales incidentes en sus proyectos de vida a través de herramientas y condiciones que sirvan para su desarrollo personal integral, fortalecer su autonomía económica y visibilizar categorías de desarrollo como la soberanía alimentaria. para las mujeres rurales que habitan el municipio de Totoró en el departamento del Cauca a través de procesos de desarrollo personal, organizacional y de provisión de conocimientos para la gestión de actividades productivas propias de tipo asociativo en aras de disminuir las brechas de género y los prejuicios asociados al mismo.

II. SOCIOLOGÍA FEMINISTA Y RURALIDAD

Dentro del panorama global de lo considerado ruralidad, se contempla que los sistemas asociados a lo agrario con connotaciones no solamente económicas sino culturales, familiares y políticas, permean lo que se conoce como identidad al establecer una integralidad para definirla. Este concepto abordado desde diversas corrientes sociológicas,⁷ termina por evidenciar que todas las personas como actoras sociales tienen atributos colectivos e individuales que permiten su interacción o comunicación con los demás.⁸ Es por ello que al evaluar cómo se definen las mujeres rurales se percibe que en sistemas occidentales existe una aparente identidad femenina común y una expresión masculina que constituye la base de la política de identidad.⁹

En ese sentido, las definiciones de la ruralidad están marcadas no solo por la ubicación y división geopolítica clásica entre lo urbano y lo que se considera periferia, sino también por roles sociales construidos a partir del trabajo con la tierra, su conexión con la naturaleza y su vida familiar.¹⁰ No considerarlo implicaría dejar de observar lo rural desde la transversalización de múltiples variables que lo componen tal como lo expresa Hidalgo en las siguientes palabras: “Se considera que la explicación del universo rural exclusivamente desde lo agrario, significa reducir el complejo entramado de relaciones que lo caracterizan”.¹¹

Siendo consecuentes con lo descrito, con frecuencia el trabajo de las mujeres rurales no se considera trabajo real ya que realizan múltiples tareas en cosas distintas al trabajo directo

7 Algunas autoras/es que hablan sobre los diversos conceptos son: Dubet, François y Zapata, Francisco. De la sociología de la identidad a la sociología del sujeto. *Estudios sociológicos*, 1989, vol. 7, no 21, p. 519-545; Mcdowell, Linda. *Género, identidad y lugar: un estudio de las geografías feministas*. Universitat de València, 2000; Zambrini, Laura y Iadevito, Paula. Feminismo filosófico y pensamiento post-estructuralista: teorías y reflexiones acerca de las nociones de sujeto e identidad femenina. *Sexualidad, Salud y Sociedad-Revista Latinoamericana*, 2009, no 2, p. 162-180.

8 Giménez, Gilberto. La identidad social o el retorno del sujeto en sociología. *Versión. Estudios de Comunicación y Política*, 2007, no 2, p. 183-205.

9 Brandth, B. On the relationship between feminism and farm women. *Agriculture and Human Values*, 2002, 19(2), 107. Disponible en <https://doi.org/10.1023/A:1016011527245>

10 González, Santiago; Pachón Ariza y Fabio, Alberto. Mujeres campesinas y Soberanía Alimentaria: propuestas para un vivir digno, la experiencia de Inzá, Cauca (Colombia). *Revista de Economía e Sociología Rural*, 2021, vol. 60.

11 López-Chávez, Vilma Hidalgo. Desigualdades, Ruralidad e Interseccionalidad. Colección Tensión y complicidad entre desigualdades y políticas sociales. *Análisis interseccional del contexto cubano 2008-2018*, Publicaciones Acuario, Centro Félix Varela, 2020, p.6.

de explotación de la tierra, las cuales consisten aparentemente en ayudar a los hombres en función de las necesidades ya que sus actividades se construyen a partir del sistema patriarcal persistente.¹²

Dado este panorama, es que la sociología feminista ha comenzado a explorar su incidencia, apartir de la apatia de las mujeres rurales a teorías feministas que no las representan por desconocer sus contextos, idiosincrasia y sus procesos identitarios.¹³ Esto es expuesto por autoras como Brandth, al referir que la sociología de las mujeres debe empezar por indagar en la vida de estas desde sus experiencias reales, subjetivas y locales, ya que estos factores las definen como actoras sociales.¹⁴

Lo anterior implica reconocer la creación de dinámicas desde y para las mujeres que impacten núcleos familiares y comunitarios. Esta identificación conlleva a considerar la superación de la percepción de que lo rural está ligado a lo carente de desarrollo porque lo que hace es enviar un mensaje invisibilizador que induce a aceptar que lo tradicional debe ser superado en vez de reconocido.

Sumado a esto, se aprecia que la imposición de conceptos sociológicos urbanos en la ruralidad genera una homogeneidad de actividades que definen los roles de las mujeres en estos espacios. Por lo anterior, feminismos populares denotan elementos de caracterización que influyen en la toma de decisiones en la ruralidad como por ejemplo, el estado familiar, el contexto, la raza, la etnia, el estrato socioeconómico, entre otros.¹⁵ Es así como se observa que la identidad varía según las interacciones que logren las mujeres dentro de su accionar por eso por ejemplo, la identificación de las mujeres rurales que son madres y víctima de un conflicto armado puede no coincidir con aquellas que son propietarias.

Siguiendo con este argumento, pensar en modernizar conceptos y procesos de las mujeres rurales se convierte en una tarea criticada por ellas, al ser interpretadas como dinámicas de desconocimiento e invisibilización de sus propias construcciones como actoras sociales. Es por eso que se ha ido reconociendo cada vez más que las identidades y las experiencias de las mujeres se expresan de muchas maneras diferentes, dando paso a la significación de las categorías propias como parte de las variaciones multiculturales que reconocen a la tierra y la familia como parte de su accionar en sus contextos.

Aunque lo que se busque es generar relaciones basadas en igualdad, la interseccionalidad aporta una visión para establecer que muchas variables influyen en la autodeterminación como mujeres.¹⁶ Esto puede significar un avance desde la sociología feminista, al denotar que si bien hay zonas rurales, estas están habitadas por diversidad de mujeres con experien-

12 Brandth, B. On the relationship between feminism and farm women. *Agriculture and Human Values*, 2002, 19(2), p. 108.

13 *Ibidem*, p. 109 y ss.

14 *Ibidem*, p.110 y ss.

15 Donoso, Francisca Victoria Rodó. Divergencias en la feminización del campo: Un análisis interseccional de las mujeres rurales en México y Chile. *Estudios rurales*, 2020, vol. 10, no 20.

16 García González, Mireia. Interseccionalitat i estudis de gènere en geografia rural: un estat de la qüestió (2008-2015). *Documents d'anàlisi geogràfica*, 2019, vol. 65, no 3, p. 0603-627.

cias propias y comunitarias únicas que invitan a la no generalización de sus particularidades expresadas en los ordenamientos jurídicos.

Bajo ese entendido, las construcciones de identidad/diferencia y los problemas con la representación colectiva de la identidad son enfrentados diariamente en el ámbito público y privado en la ruralidad debido a lo problemático que resulta una sola caracterización de las mujeres rurales. Es así como algunas autoras coinciden en argumentar que para caracterizar a las mujeres rurales se debe tener en consideración que las feministas pueden ver a las mujeres rurales como colaboradoras de su propia opresión cuando lo que están haciendo es simplemente establecer su propia agenda a la hora de abordar sus problemas.

En consecuencia, la sociología feminista invita a ponerse las gafas de la participación activa, ya que lo que se pretende es observar la identidad rural de las mujeres a partir de su visión. En ese sentido, se considera lo expresado por Kloppenburg, al establecer que la tarea reconstructiva consiste en crear visiones alternativas convincentes de futuros posibles para las personas desde sus propias vivencias.¹⁷

Aquí las investigaciones con estos enfoques muestran a las mujeres como sujetos locales de la investigación a las cuales llaman agentes, es decir, participantes activas en la teorización de su propia situación. Por consiguiente, los resultados de investigaciones que visibilizan la identidad de las mujeres rurales emplean metodologías sociales como el estudio de caso y la participación acción ya que el sujeto observado en las investigaciones es el mismo que construye las bases de la observación.

No obstante, para evitar caer en ejercicios rígidos y construcciones normativas que definen la ruralidad desde percepciones externas, este capítulo de libro expone los resultados de ejercicios participativos de la mano de mujeres rurales en un contexto donde habitan mujeres campesinas e indígenas que experimentan su conexión con la tierra desde sus actividades cotidianas de cuidado, familiares y productivas que dinamizan su autonomía económica.

III. EXPERIENCIA SIGNIFICATIVA DE CUIDADO Y AUTONOMÍA ECONÓMICA DE LAS MUJERES RURALES DE TOTORÓ

Carmen tiene 35 años, es la única hija mujer y la menor de 6 hermanos, vive en la cabecera municipal de Totoró Cauca con su esposo, sus tres hijos de 10, 7 y 3 años y su padre que sufre de diabetes, su día inicia muy temprano a las 4:30 de la mañana, pues antes de irse a trabajar a la plaza de mercado debe preparar el desayuno y el almuerzo, bañar y arreglar a su hija menor, lavar los platos, darle los medicamentos a su papá, empacar el almuerzo de su esposo, alimentar las gallinas, entre otras actividades del hogar y finalmente desplazarse a su lugar de trabajo, donde cumple una jornada de 8 horas.¹⁸ El tiempo que tiene Carmen para dedicarse a

¹⁷ Kloppenburg, Jack. Social Theory and the De/Reconstruction of Agricultural Science: Local Knowledge for an Alternative Agriculture. *Rural Sociology*, Núm, 56, Vol 4, 1991, p. 519.

¹⁸ Lo narrado es resultado de la observación participante en el taller con las mujeres de Totoró en la cabecera municipal en el año 2022.

sí misma es mínimo, salir a dar un paseo, visitar una amiga o hacer una actividad de descanso que particularmente le guste es escaso. Como Carmen, hay muchas mujeres en su comunidad que realizan trabajos de cuidado no remunerados y no reconocidos.

Según la Organización Internacional del Trabajo, el 76.2 % de quienes se encargan del cuidado son mujeres y niñas siendo consecuentes con los resultados en la Encuesta Nacional del Uso del Tiempo en los periodos del 2020-2021.¹⁹ Como se puede ver en la figura 1 a continuación, se menciona que adicional a la jornada laboral, las mujeres gastan el doble de horas en comparación con los hombres.²⁰

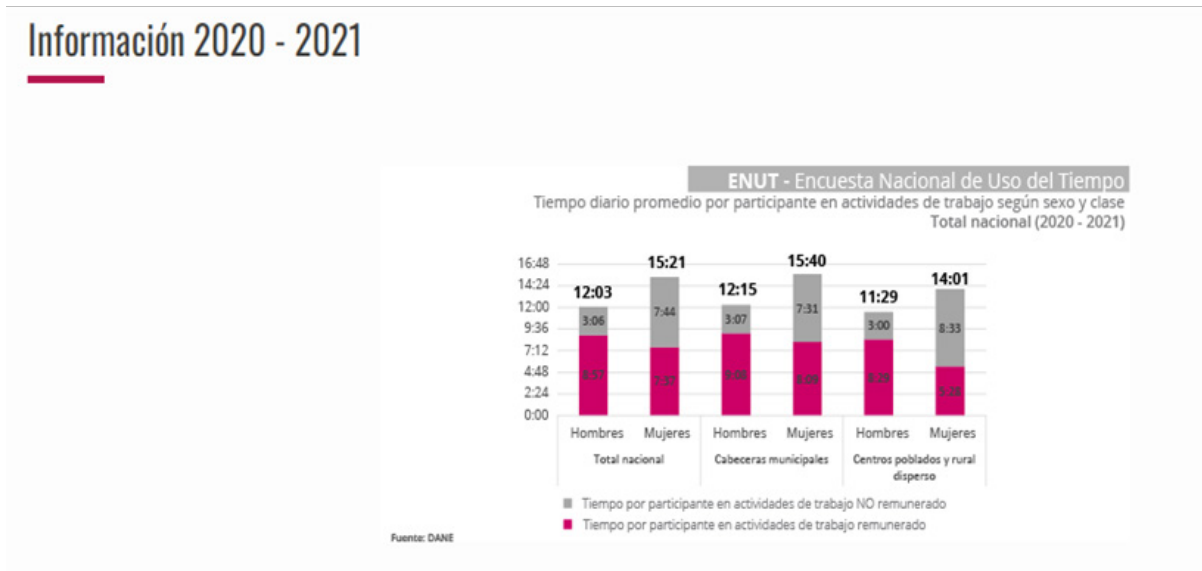


Figura 1. Encuesta Nacional de Uso del Tiempo 2020-2021. Fuente: Encuesta Nacional del Uso del Tiempo

Esto quiere decir que Carmen, como muchas otras mujeres y niñas en Colombia en promedio, dedican más tiempo y esfuerzo que los hombres a diversas responsabilidades, tanto remuneradas como no remuneradas, como las labores domésticas.

La economía del cuidado es un trabajo que atraviesa la cotidianidad y es el sostén de la sociedad y el sector productivo del país, esta economía se refiere a las actividades y relaciones que están destinadas a satisfacer las necesidades de cuidado de las personas. Estas tareas suelen recaer de manera desigual en las mujeres y las niñas, esto restringe su participación en el ámbito laboral y dificulta su acceso a oportunidades de emprendimiento, académicas y/o económicas, lo que conlleva a generar sobre la mayoría de las mujeres todo tipo de violencia.²¹

Tras lo relatado, en la zona de análisis, el papel económico de las mujeres que viven en este territorio es esencial para la comunidad local y en la producción social de sus comunidades (indígenas, rurales-campesinas). En la producción de alimentos en este territorio, las mujeres

¹⁹ Dane, 2022. Encuesta Nacional de Uso del Tiempo (ENUT) En DANE. Disponible en: <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/pobreza-y-condiciones-de-vida/encuesta-nacional-del-uso-del-tiempo-enut#:~:text=En%202020%2D2021%2C%20a%20nivel,horas%206%20minutos%20en%20promedio>. Consultado 5 de julio de 2023..

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Acker, Joan. Hierarchies, jobs, bodies: A theory of gendered organizations. *Gender & society*, 1990, vol. 4, no 2, p. 140 .

juegan un papel fundamental. Ellas son quienes se encargan de cultivar los alimentos necesarios para la subsistencia y el consumo familiar, además de participar en la crianza de animales y la elaboración de productos lácteos. Su labor indiscutiblemente ha contribuido a la seguridad alimentaria y nutrición de la comunidad, pues además de participar activamente del cultivo, producción y comercialización de alimentos, también se encargan de la preparación de comidas y la gestión de la alimentación familiar. Su conocimiento sobre dietas equilibradas y prácticas culinarias tradicionales aporta mayor equilibrio en las vidas de sus comunidades.

Para finalizar, las mujeres rurales de Totoró a menudo impulsan la innovación y la diversificación económica de sus hogares, pues al enfrentarse a desafíos económicos y limitaciones de recursos, buscan oportunidades para desarrollar nuevos productos y formas de mejorar su economía familiar. Su espíritu emprendedor ha fomentado la creación de mercados alternativos locales y en algunos casos ha sido posible la generación de empleo.

Sin embargo, y a pesar de todo lo mencionado, su trabajo, especialmente el trabajo de cuidado no remunerado, a menudo pasa desapercibido y no se tiene en cuenta adecuadamente. Esto tiene un impacto significativo en su autonomía económica, contribuyendo a la perpetuación de las desigualdades de género y las violencias existentes.

La Autonomía Económica se define como la habilidad de las mujeres para obtener, crear y gestionar recursos propios, ya sean de naturaleza organizativa, productiva, económica, tecnológica o de tiempo. Esta independencia ha llevado al análisis de la división del trabajo según el género y las desigualdades sociales que las mujeres enfrentan en relación con los roles asignados, especialmente en lo que respecta al cuidado y la toma de decisiones.

La carencia de reconocimiento y valoración del trabajo de cuidado realizado por las mujeres rurales, en el caso particular de las mujeres de Totoró Cauca, han limitado significativamente su autonomía económica. La falta de remuneración y reconocimiento de su trabajo del cuidado perpetúa las desigualdades de género y ha contribuido a la normalización de la opresión económica de las mujeres.²² Además, el trabajo de cuidado a menudo se considera natural y no se valora económicamente, lo que contribuye a su invisibilidad en el ámbito económico.²³

Es fundamental desarrollar estos temas que podrían ser cotidianos para nosotros, pero que tienen que ser abordados y racionalizados en conceptos de desarrollo, justicia social, y buen vivir. El trabajo de campo que se desarrolló en esta investigación y que se materializó en los talleres desde la economía feminista, tenían como objetivo contribuir en primera medida a que las mujeres Totoreñas tuvieran los conocimientos y la información adecuada que contribuyera a la transformación de los roles de género asignado, en cuanto a las actividades de cuidado que ellas realizan, así como en la toma de decisiones, también brindar las herramientas pertinentes para mejorar y cuidar sus ingresos, así como la posibilidad de potenciar sus emprendimientos. Visibilizar las labores de las mujeres Totoreña, trabajo ya valorado como una contribución vital para el bienestar y el desarrollo económico de sus hogares y su comunidad.

22 Fraser, Nancy. O feminismo, o capitalismo e a astúcia da história. En *Mediações-Revista de Ciências Sociais*, 2009, vol. 14, no 2, p. 11.

23 Sevenhuijsen, Selma. *Citizenship and the ethics of care: Feminist considerations on justice, morality, and politics*. Psychology Press, 1998, p. 9 y ss.

Por último, generar redes de apoyo y solidaridad que propiciaron un espacio para que las mujeres se conectarán entre sí, compartieran experiencias y establecieran redes de apoyo, estas redes son muy importantes, ya que promueven la solidaridad, el intercambio de conocimientos y la colaboración en iniciativas económicas conjuntas.

Al unir fuerzas, las mujeres rurales del municipio de Totoró pueden enfrentar mejor los desafíos económicos y sociales, fortaleciendo así su resiliencia y capacidad para superar obstáculos.

REFLEXIONES DE LOS TALLERES REALIZADOS CON LAS MUJERES RURALES EN TOTORÓ CAUCA

Para las mujeres participantes de los talleres de sensibilización fueron importantes las actividades donde tenían que reflexionar sus prácticas económicas, la mayoría desconocían los conceptos académicos que se refieren a la economía del cuidado, cuidado no remunerado, la economía feminista y feminismo, sin embargo sus practicas cotidianas daban cuenta de procesos propios de autonomía económica, que giraban al rededor de conceptos como la familia, la tierra y la agricultura.

Las reflexiones de las participantes giraron en torno a sus experiencias cotidianas donde podían evidenciar las desigualdades entre hombres y mujeres en sus hogares y su comunidad, hacer conciencia de estas lógicas les permitió pensar alternativas que las lleven al reconocimiento y el valor de su trabajo.

Dentro de las actividades, las mujeres también identificaron que diariamente desarrollan funciones que solo las tienen pensadas para los hombres en todos los aspectos, sociales, culturales, económicos y políticos. Es ahí en ese reconocimiento donde se pudo identificar un reto que tiende a visibilizar la importancia de los movimientos feministas campesinos y rurales debido a las alternativas políticas que ofrecen para lograr cambiar este tipo de prácticas y lógicas.

Las participantes de los talleres también incorporaron en sus reflexiones la importancia de las 3 R (reconocer, redistribuir y reducir)²⁴ los trabajos del cuidado, enfatizando la igualdad del hombre y la mujer en las tareas del hogar, estrategia que permite reflexionar y analizar diferentes situaciones de su vida cotidiana en el hogar, por ejemplo : “tu haces, yo hago, no todo la mujer ni todo el hombre esa es la finalidad de que en una pareja se distribuyan equitativamente los oficios domésticos”, menciona una de las participantes del taller.

Este reconocimiento implica valorar y visibilizar el inmenso aporte que realizan en el bienestar de las familias y comunidades. La redistribución del trabajo de cuidados busca equilibrar las responsabilidades entre hombres y mujeres, promoviendo una mayor corresponsabilidad en el cuidado de personas dependientes. Al mismo tiempo, es necesario reducir la carga glo-

²⁴ Valeria Esquivel explica brevemente los conceptos del marco de las 3R. Consulta: Esquivel, Valeria, 2013. El cuidado en los hogares y en las comunidades. En *International Labour Organization*. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/260186250_El_cuidado_en_los_hogares_y_en_las_comunidades

bal del trabajo de cuidados, fomentando la implementación de políticas y servicios que apoyen y faciliten esta labor.

Por último, para el grupo de mujeres con el que se trabajó fue muy importante reconocer que la familia juega un papel fundamental en la formación de los hijos e hijas, ya que por ser el primer sistema en el que se desarrollan las personas, es donde se aprende y desaprende los valores y hábitos “es en el hogar donde se logra cambiar generaciones haciendo conscientes a nuestros niños y niñas de lo que las mujeres somos capaces de lograr lo que se propongan y fortaleciendo su autoestima” mencionó otra de las participantes.

En resumen, la economía del cuidado y la autonomía económica de las mujeres rurales son temas de vital importancia en el contexto del municipio de Totoró, Cauca. Reconocer y valorar el trabajo de cuidado que realizan las mujeres de este territorio es fundamental para promover su autonomía económica. Así mismo, es necesario implementar políticas y programas que promuevan el acceso a recursos económicos y oportunidades, así como fomentar la educación y la formación para fortalecer las capacidades de las mujeres rurales. Al tomar estas medidas, se puede avanzar hacia una sociedad más equitativa, donde las mujeres rurales en Totoró tengan la oportunidad de desarrollar todo su potencial económico y disfrutar de una mayor autonomía y bienestar.

227

IV. MUJERES TOTOREÑAS RURALES

Ahora bien, comprendiendo el panorama de la autonomía del cuidado desde la sociología feminista se toma en consideración que existen diversos conceptos que aparentemente recogen la idea de ruralidad pero en la práctica son complejos en su asimilación comunitaria. Estos tienen que ver con categorías como: rural, campesina e indígena. En ese sentido, se aplica

la propuesta de Investigación Acción Participativa (IAP) que plantea una relación horizontal entre investigadoras/docentes/técnicas y las comunidades, una cuidadosa intervención en el territorio y en el vínculo con sus organizaciones o grupos de mujeres, una experiencia de crecimiento mutuo y aprendizaje colectivo.²⁵

Para llevarla a cabo y conocer el objetivo general de los proyectos al analizar lo identitario de las mujeres rurales de Totoró con su autonomía económica, se realizaron talleres participativos en Totoró, Cauca con el fin de identificar cómo se definen y así dar paso a análisis sobre la autonomía económica.

En ese conjunto de ejercicios, en este capítulo de libro solo se analizaron los resultados de 1 de los talleres participativos en la cabecera municipal de Totoró, Cauca, realizado con 20 mujeres de la zona caracterizadas por ser campesinas o indígenas. Por lo anterior, la multiculturalidad

²⁵ Cantieri Cagnone, Rossana; Rodríguez Lezica, Lorena. Miradas y andares colectivos. Experiencias de extensión rural e investigación-acción feminista en el este de Uruguay. Cruz Hernández, D., Bayón Jiménez, M. (Coords) *Cuerpos, Territorios y Feminismos. Compilación latinoamericana de teorías, metodologías y prácticas políticas*. Quito, México: Ediciones Abya Yala: Instituto de Estudios Ecológicos del Tercer Mundo: Bajo Tierra Ediciones: Libertad Bajo Palabra. p.238, 2020.

de la región Totoreña permite considerar tres categorías que las definen desde la ruralidad, desde su arraigo campesino y su pertenencia a alguna comunidad indígena.

En primer lugar, en Colombia se determina una conceptualización general que abarca todas las identidades posibles arraigadas a la tierra la cual es definida como mujer rural. Para ley 731 del 2002 expedida por el Congreso de la República de Colombia

mujer rural es toda aquella que sin distinción de ninguna naturaleza e independientemente del lugar donde viva, su actividad productiva está relacionada directamente con lo rural, incluso si dicha actividad no es reconocida por los sistemas de información y medición del Estado o no es remunerada.²⁶

En segundo lugar; las mujeres campesinas de acuerdo a la Declaración sobre los derechos de los campesinos y de otras personas que trabajan en las zonas rurales, establece que “son aquellas que tienen una estrecha relación con la tierra y la naturaleza a través de la producción de alimentos u otros productos agrícolas”.²⁷ Esta batalla jurídica y política para su reconocimiento en Colombia tuvo su auge en el 2023 al reconocerse al campesinado sujetos de derechos incluidas las mujeres campesinas, lo que implica garantizar su acceso a la justicia, promoviendo sistemas legales sensibles que se ajusten a las necesidades de las comunidades rurales.²⁸

228

Por último, las comunidades indígenas son reconocidas desde la constitución de 1991 reconociendo el respeto por la multiculturalidad y el pleno reconocimiento de la diversidad. Algunas características y consideraciones son tomadas en cuenta para definir su propia identidad cultural y derechos colectivos de las comunidades históricamente reconocidas.²⁹

Por todo lo descrito, al generar un espacio de reconocimiento colectivo e individual de las mujeres rurales a través de estas categorías, en este taller se realizó un árbol de identidades el cual consiste en encontrar mediante sus percepciones, agendas, planes y proyectos de vida personales, comunitarios y organizacionales las raíces de las nociones de la categoría mujer rural, así como su relación con el territorio. Es por eso que se generaron tabloneros para pegar Post-it con la pregunta ¿qué es ser una mujer rural? permitiendo escribir sus propias respuestas como se muestra en la Imagen 1.

26 Congreso de la República de Colombia. Ley 731 de 2002. Ley de Mujer rural, 14 de enero de 2002. Disponible en: <https://www.mincit.gov.co/getattachment/dff2f972-dae8-4c9a-a617-b43a1boea3fo/Ley-731-de-2002-Por-la-cual-se-dictan-normas-para.aspx> Consultado el 10 de marzo de 2023.

27 Organización de las Naciones Unidas. *Declaración sobre los derechos de los campesinos y de otras personas que trabajan en las zonas rurales*, 20 de junio de 2013. Disponible en: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGPleasants/A-HRC-WG-15-1-2_sp.pdf consultado el 5 de julio de 2023.

28 Congreso de la República de Colombia. Decreto 028 de 2023. 12 de enero de 2023. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=201383> consultado el 10 de marzo de 2023.

29 Blanco, Jacqueline. Tierra, autonomía y ancestralidad, una triada de poder al interior de la jurisdicción especial indígena en Colombia. *Prolegómenos*, 2011, vol. 14, no 28, p. 25

Pues yo entiendo
como mujer rural
que es estar al pendiente
de mi hijo trabajar
en la finca lavar
hacer oficio estar
al pendiente de mi
marido.

Imagen 1. Post it, ¿Qué es ser una mujer rural? Fuente: Elaboración de Mujer Totoreña. Taller Participativo, 2022.

Bajo ese panorama, como resultado de la observación realizada, se considera el significado de lo que es ser mujer en contextos diferentes a la urbanidad. Lo que inicialmente podría parecer una contradicción desde el feminismo convencional al arraigar su identidad a su relación interpersonal y a labores que pueden ser impuestas desde la opresión, para la interpretación de la mujer participante en esta zona, su identidad se define con su relación con la tierra, el cuidado, su familia y a sus lazos afectivos como pilar fundamental de la ruralidad. Lo anterior sirvió para codificar cada respuesta y analizarla como se muestra en el Gráfico 3. ¿Qué es ser mujer rural?.

229

¿QUE ES SER UNA MUJER RURAL?

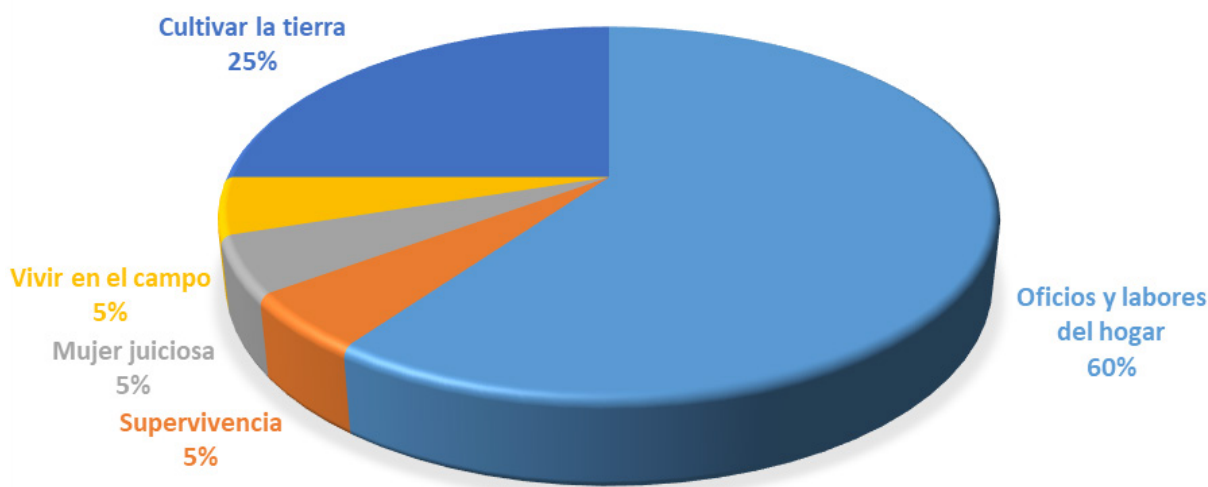


Gráfico 1. ¿Qué es ser mujer rural? Fuente: Elaboración propia, 2023.

Dentro de este abanico de respuestas, se puede inferir que las mujeres respondieron en su mayoría, que los oficios y labores del hogar hacen parte de lo que consideran ser mujeres rurales. Asimismo contrarrestando lo argumentado por las teorías de la sociología feminista, la ley y lo descrito por las mujeres de la muestra, se puede afirmar que la noción de la ruralidad no solo es anclada a la georeferenciación que las ubica en un espacio determinado definido por la tierra, sino que debe ser considerada desde sus múltiples vivencias.

Adicional a eso el 25% de las mujeres que participaron en el ejercicio resaltaron la importancia que tiene para ellas cultivar para identificarse con la ruralidad, dando una ventana de posibilidades para establecer su relación con sus dinámicas de autonomía económica. Sin embargo, el 5% de las mujeres refirió palabras para definirse como “mujer juiciosa” lo que implica detenerse a establecer cómo las dinámicas patriarcales conciben algunas actividades de las mujeres como propias de las mismas a través de esquemas de dominación para conseguir las como obedientes y buenas esposas. Es aquí donde los procesos contruidos por las mujeres totoreñas contruidos por sus experiencias y vivencias tienen interpretaciones de los esquemas de violencia y las construcciones patriarcales diversas a las convencionales por la forma de concebir su territorio y sus relaciones interpersonales.

En ese sentido, mediar entre lo impuesto y lo propio para lograr una apuesta a la economía de las mujeres con ejercicios de autonomía es el gran reto en la ruralidad ya que la ley aparentemente invisibiliza percepciones identitarias que podrían dar mejor claridad y representatividad de las mujeres en diversos espacios. Esto podrá ser profundizado en futuros talleres o análisis de contexto que den cuenta de realidades para hacer incidencia en la vida de las mujeres en la ruralidad.

230

V. CONCLUSIONES

La visión de la sociología feminista resulta una alternativa para comprender y abordar los contextos, vivencias y problemáticas de las mujeres rurales, campesinas e indígenas. Es por ello que resulta complejo tener una única definición de ruralidad debido a las múltiples identidades de las mujeres contruidas a través de sus experiencias y su accionar como actoras sociales.

En ese caso, para encontrar una relación entre la ruralidad y la autonomía económica es necesario el reconocimiento de procesos propios y el contraste con la normativa aplicable y la política sobre economía feminista. Al abordar las desigualdades de género en este ámbito se requiere que las mujeres rurales fortalezcan sus habilidades y los conocimientos para consolidar los caminos hacia la transformación social hacia un sistema más justo e incluyente. Consecuentemente, apoyar a las mujeres rurales en su búsqueda de una mayor autonomía económica y bienestar personal, implica considerar lo que hace parte de su identidad y darle prelación a sus núcleos sociales de base. Por ende, ampliar el espectro de visión con respecto a la ruralidad y no solo considerarla anclada a las actividades productivas o a la agricultura, es un inicio para hacer ajustes normativos y políticos que den cuenta de realidades en espacios rurales.

Por último, es fundamental seguir trabajando en la eliminación de las barreras estructurales puesto que, las mujeres ya sean campesinas, indígenas o mujeres rurales a menudo se enfrentan a actos de discriminación y exclusión social. Reconocer que el rol que desempeñan las mujeres es crucial para lograr el desarrollo que contribuye de manera significativa al bienestar de sus comunidades, es necesario, entre otras cosas, para fortalecer la participación y representación de estas mujeres en los procesos de toma de decisiones a nivel local, regional y nacional.

VI. REFERENCIAS DE INVESTIGACIÓN

- Acker, Joan. Hierarchies, jobs, bodies: A theory of gendered organizations. *Gender & society*, 1990, vol. 4, no 2, p. 140 y ss.
- Brandth, B. (2002). On the relationship between feminism and farm women. *Agriculture and Human Values*, 19(2), 107–117. <https://doi.org/10.1023/A:1016011527245>
- Blanco, Jacqueline Blanco. Tierra, autonomía y ancestralidad, una triada de poder al interior de la jurisdicción especial indígena en Colombia. *Prolegómenos*, 2011, vol. 14, no 28, p. 25-44.
- Cantieri Cagnone, Rossana; Rodríguez Lezica, Lorena. Miradas y andares colectivos. Experiencias de extensión rural e investigación-acción feminista en el este de Uruguay. Cruz Hernández, D., Bayón Jiménez, M.(Coords) *Cuerpos, Territorios y Feminismos. Compilación latinoamericana de teorías, metodologías y prácticas políticas*. Quito, México: Ediciones Abya Yala: Instituto de Estudios Ecologistas del Tercer Mundo: Bajo Tierra Ediciones: Libertad Bajo Palabra. pp. 237-255, 2020.
- Canto, S. (2016). *Mujeres, niñas y pobreza mundial: ¿Empoderamiento, igualdad o esencialismo?* Routledge.
- Congreso de la República de Colombia. Decreto 028 de 2023 [en línea]. 12 de enero de 2023 [consultado el 10 de marzo de 2023]. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=201383>
- Congreso de la República de Colombia. Ley 731 de 2002. Ley de Mujer rural [en línea]. 14 de enero de 2002. [Consultado el 10 de marzo de 2023]. Disponible en: <https://www.mincit.gov.co/getattachment/dff2f972-dae8-4c9a-a617-b43a1b0ea3fo/Ley-731-de-2002-Por-la-cual-se-dictan-normas-para.aspx>
- Declaración sobre los derechos de los campesinos y de otras personas que trabajan en las zonas rurales. Organización de las Naciones Unidas [en línea]. 20 de junio de 2013 [consultado el 5 de julio de 2023]. Disponible en: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGPleasants/A-HRC-WG-15-1-2_sp.pdf
- Donoso, Francisca Victoria Rodó. Divergencias en la feminización del campo: Un análisis interseccional de las mujeres rurales en México y Chile. *Estudios rurales*, 2020, vol. 10, no 20.
- Dubet, François y Zapata, Francisco. De la sociología de la identidad a la sociología del sujeto. *Estudios sociológicos*, 1989, vol. 7, no 21, p. 519 545.
- Fraser, Nancy. O feminismo, o capitalismo e a astúcia da história. *Mediações-Revista de Ciências Sociais*, 2009, vol. 14, no 2, p. 11-33.

- García González, Mireia. Interseccionalitat i estudis de gènere en geografia rural: un estat de la qüestió (2008-2015). *Documents d'anàlisi geogràfica*, 2019, vol. 65, no 3, p. 0603-627.
- Jiménez, Gilberto. La identidad social o el retorno del sujeto en sociología. *Versión. Estudios de Comunicación y Política*, 2007, no 2, p. 183-205.
- González, Santiago; Pachón Ariza y Fabio, Alberto. Mujeres campesinas y Soberanía Alimentaria: propuestas para un vivir digno, la experiencia de Inzá, Cauca (Colombia). *Revista de Economía e Sociología Rural*, 2021, vol. 60.
- Kloppenborg, J. (1991). Social Theory and the De/Reconstruction of Agricultural Science: Local Knowledge for an Alternative Agriculture. *Rural Sociology*, 56(4), 519–548. <https://doi.org/10.1111/j.1549-0831.1991.tb00445.x>
- López-Chávez, Vilma Hidalgo. *Desigualdades, Ruralidad e Interseccionalidad*. Colección Tensión y complicidad entre desigualdades y políticas sociales. Análisis interseccional del contexto cubano 2008-2018, Publicaciones Acuario, Centro Félix Varela, 2020, p.1-59.
- McDowell, Linda. *Género, identidad y lugar: un estudio de las geografías feministas*. Universitat de València, 2000.
- Sevenhuijsen, Selma. *Citizenship and the ethics of care: Feminist considerations on justice, morality, and politics*. Psychology Press, 1998, p. 9 y ss.
- Esquivel, Valeria, 2013. El cuidado en los hogares y en las comunidades. En: International Labour Organization [en línea]. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/260186250_El_cuidado_en_los_hogares_y_en_las_comunidades”
- Zambrini, Laura y Iadevito, Paula. Feminismo filosófico y pensamiento post-estructuralista: teorías y reflexiones acerca de las nociones de sujeto e identidad femenina. *Sexualidad, Salud y Sociedad-Revista Latinoamericana*, 2009, no 2, p. 162-180.

Temas actuales de derecho y sociología, se edito en la ciudad de Cuernavaca, Morelos en enero de 2024. Para su formación se usó la tipografía Candara.



TRIBUNAL DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA
DEL ESTADO DE MORELOS