

Revista de la Facultad de **DERECHO**



Universidad Veracruzana



ANIVERSARIO
Universidad Veracruzana
1944-2019

Publicación Semestral

ISSN En trámite

Abril 2019

No. 1

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	IV
LA PERTINENCIA DEL APRENDIZAJE DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA EN LA LICENCIATURA EN DERECHO DE LA UNIVERSIDAD VERACRUZANA	1
Erika Verónica Maldonado Méndez	1
EL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES A PARTIR DE LA REFORMA EN LA MATERIA	20
Jorge Martínez Martínez.....	20
TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA MUERTE DIGNA EN MÉXICO.....	40
Laura Celia Pérez Estrada	40
LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL SISTEMA ADVERSARIAL	77
Alejandro de la Fuente Alonso.....	77
ENSAYO DE IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS ONTOLÓGICOS Y PROCESALES DE LA REFORMA PENAL MEXICANA 2008	91
María Lilia Viveros Ramírez	91

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD VERACRUZANA

Número 1: Enero – Junio 2019

Coordinador

Dr. Jorge Martínez Martínez

Consejo Editorial

Dr. José Luis Cuevas Gayosso

Dra. Erika Verónica Maldonado Méndez

Dr. Jorge Martínez Martínez

DR © Universidad Veracruzana

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD VERACRUZANA, Año 1, Número 1, Enero – Abril 2019, Publicación Semestral de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana. Reserva de Derechos al uso Exclusivo No. 04-2018-050209552200-203, otorgado por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. ISSN: En trámite.

Publicación arbitrada por pares académicos en doble ciego.

Prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin el consentimiento expreso de la Universidad Veracruzana.

De las opiniones sustentadas en cada uno de los trabajos responden exclusivamente sus autores, no es el punto de vista de la revista, entidad académica o la Universidad Veracruzana.

PRESENTACIÓN

La Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana es la decana de las entidades académicas que conforman esta *alma mater*; como tal ha asumido la realización de las funciones sustantivas al igual que toda universidad que se precie de serlo; en virtud de que cumple con sus objetivos fundamentales, que son la docencia, la investigación y la extensión universitaria, sin las cuales el estudio de la ciencia jurídica se quedaría anquilosado e incluso carecería de pertinencia social.

Es por ello que la referida entidad académica ha hecho un enorme esfuerzo en la concreción de sus metas, las que en particular en la presente administración y conforme al Plan de Desarrollo Institucional, contemplan el retomar la edición de la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana* que ahora se presenta; en donde puede observarse de manera evidente el compromiso institucional universitario de los participantes que han elaborado sus artículos; los que, una vez sometidos a un proceso de arbitraje han quedado seleccionados para integrar el primer número de la presente edición.

Debe de considerarse también que de la misma manera en que la actividad docente se ha transformado en los últimos tiempos, también lo ha hecho la investigación en lo relativo a la utilización de las tecnologías de la información; todo lo cual conduce a que a partir del uso de éstas, la edición que se presenta será electrónica, lo cual además de ser acorde con esta transformación tecnológica irreversible, sin duda facilitará su consulta para todos los académicos, abogados, estudiantes y en general interesados en los diversos temas jurídicos de actualidad.

Hay que agregar que la investigación jurídica como cualquier otra labor del quehacer científico requiere de un esfuerzo constante, el cual se ve recompensado en el momento en que las ideas y propuestas ven la luz en una publicación como ésta, o de cualquier naturaleza, pues en caso contrario difícilmente puede concretarse la extensión universitaria, ni mucho menos la universalidad del conocimiento.

Por lo anterior es menester aprovechar este espacio para agradecer a todos los participantes de este primer número de la revista, así como también al Consejo

Editorial, y colaboradores de edición; ya que sin su intervención este logro hubiera sido imposible.

Finalmente se hace la invitación en general a todos los operadores jurídicos y cualquier profesionista interesado en la ciencia del Derecho, a participar en los números subsecuentes; ya que esta parcela del conocimiento, como muchas otras, se encuentra en constante transformación, lo que genera un campo nutrido para las aportaciones y reflexiones que entre otros, es posible hacer en este espacio. Enhorabuena.

Xalapa, Veracruz abril del año 2019

Jorge Martínez Martínez
Coordinador de la Revista

LA PERTINENCIA DEL APRENDIZAJE DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA EN LA LICENCIATURA EN DERECHO DE LA UNIVERSIDAD VERACRUZANA

Erika Verónica Maldonado Méndez*

SUMARIO: Introducción; I. Justificación de la competencia de la investigación en el Perfil de Egreso del Licenciado en Derecho; II. La investigación jurídica; III. El protocolo de investigación jurídica como integrador de saberes; IV. Áreas de trabajo y tareas de investigación del profesionalista del Derecho; Conclusiones; Fuentes.

Introducción

Es importante concientizar a los estudiantes y profesionales del Derecho que pueden contribuir a la eficacia del Derecho si asumen el rol de investigador de los problemas sociales, filosóficos, éticos, políticos, económicos, biológicos, tecnológicos, que inciden en lo que aquél debe regular. Existen un sinnúmero de temáticas y problemáticas dentro del Derecho, visto desde su dimensión normativa, sociológica o axiológica, que necesitan la intervención metódica de la ciencia jurídica para aportar conocimiento o proponer soluciones atinentes. Por ejemplo: ante fenómenos sociales actuales como el aborto, la eutanasia, la corrupción, surgen las preguntas ¿por qué ocurren? ¿Qué consecuencias sociales, políticas, económicas acarrearán? Desde la perspectiva jurídica ¿qué se puede hacer en el Derecho para solucionar dichos problemas? ¿Qué postura teórica se asume en su regulación? ¿Es el momento histórico el que determina una regulación de tal o cual tipo? La respuesta a cada una de las anteriores interrogantes debe lograrse a través del seguimiento de un proceso de investigación jurídica regido por reglas de la metodología de la investigación.

El objetivo del presente escrito es dejar planteada la relevancia de la investigación jurídica como experiencia educativa, asignatura o materia -una o varias, dependiendo de las necesidades y del contexto de cada institución de

* Doctora en Derecho Público, Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana.

educación superior- dentro del Plan de Estudios de la Licenciatura en Derecho, centrándonos en el propio de la Universidad Veracruzana, con la que se busca que el estudiante logre alcanzar la competencia genérica de la investigación y las subcompetencias básicas que lo apuntalen en su educación y en su práctica profesional, tales como: la comunicación verbal y escrita; el pensamiento crítico (evaluar, analizar, toma de decisiones, de consulta); de relación (interdisciplinaria, interpersonales), de función (de responsabilidad, planificar), así como de liderazgo (colaborar y planear).

Nos centraremos asimismo en el análisis del protocolo de investigación jurídica, a través de su ubicación en el proceso de investigación jurídica, su conceptualización y estructuración, como un documento indispensable de planeación de la investigación jurídica. La elaboración del protocolo de investigación es un sendero obligado para quien pretende realizar investigación sobre algún tema del Derecho, es el paso siguiente a la elección del tema, sin el cual no se puede actuar con rigor metodológico durante la travesía investigativa, es la guía del científico jurídico que le permite construir el conocimiento final a partir del pensar en el qué, el cómo, el dónde, el cuándo, el porqué de su investigación.

Se tomarán como base de análisis concretos a las experiencias educativas Metodología de la Investigación Jurídica y Protocolo de Investigación Jurídica del Plan de Estudios de la Licenciatura en Derecho de la Universidad Veracruzana vigente a partir de agosto del 2008, las cuales forman parte del núcleo de materias que otorgan a los estudiantes saberes teóricos, heurísticos y axiológicos (competencia) referentes al proceso de investigación jurídica. La diferencia entre ambas es que en la primera se abordan los saberes referentes a la investigación jurídica de una forma general (concepto, tipos, modelos, proceso, formalidades) donde las temáticas jurídicas diversas son medios para su aprendizaje; y en la segunda experiencia educativa dichos saberes se abordan ya particularizados a una investigación individual sobre un tema de interés del alumno en la disciplina jurídica.

Finamente se tratará de reflexionar sobre la oferta laboral general y especializada vinculada a la investigación jurídica para los egresados de la Licenciatura en Derecho.

I. Justificación de la competencia de la investigación en el perfil de egreso del licenciado en derecho.

Hoy en día la educación en cualquiera de sus niveles tiene la responsabilidad de proporcionar una formación integral que rebase el plano del conocer para arribar al plano del hacer y del ser. En particular la educación superior asume como objetivo la formación de los aprendientes en competencias para la vida profesional, subyaciendo el interés de que el profesionista sepa actuar de forma exitosa (sea competente) ante las situaciones que el mundo laboral le ponga enfrente, entendiendo a la competencia como el conjunto de conocimientos, herramientas, habilidades, actitudes, emociones, valores y destrezas que permiten al individuo tomar decisiones, resolver problemas específicos o enfrentarse a situaciones particulares del ámbito laboral de forma autónoma y responsable. Las competencias entendidas de tal forma, se adquieren por la práctica constante (acciones recursivas), se aplican de forma reflexiva y se pueden adecuar a diversos contextos.¹ Son formas de actuar frente a una situación concreta, donde es posible variar las especificidades pero el individuo al poseer una competencia idónea para enfrentarla, lo hace ajustando esos saberes teóricos, heurísticos y axiológicos integrados con los que cuenta al contexto específico para sacar adelante la tarea.

En este mismo sentido intencionado de formar en competencias, se toma como base de análisis el Perfil de Egreso del Licenciando en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana, enfocado a que:

El egresado del programa educativo de Derecho debe conocer las instituciones que fundamentan el sistema jurídico mexicano, y ser capaz de comprender y aplicar principios, promover procesos y utilizar técnicas y herramientas jurídicas ante la problemática social, haciendo suyos los valores que orientan el Derecho, actuando de manera justa, respetuosa del orden público, de la paz social y de la dignidad humana.²

Siendo importante las competencias específicas que el egresado debe alcanzar a través de su trayectoria en la licenciatura, a saber:

¹ Cfr. Sacristán, José Gimeno, *Educación por competencias ¿Qué hay de nuevo?*, España, Ediciones Morata, 2008.

² Universidad Veracruzana, Facultad de Derecho, *Perfil de Egreso*, <http://www.uv.mx/derecho/perfil-de-egreso/>

1. Capacidad de razonar y argumentar jurídicamente.
2. Actuar de manera leal, diligente y transparente en la defensa de intereses de las personas a las que representa.
3. Capacidad para proponer, conducir y concluir con seriedad las etapas procesales.
4. Conocer, interpretar y aplicar los principios generales del Derecho y del ordenamiento jurídico.
5. Ser consciente de la dimensión ética de la profesión jurídica y de la responsabilidad social graduado en Derecho y actuar en consecuencia.
6. Capacidad para tomar decisiones jurídicas razonadas.
7. Capacidad para analizar, interpretar y redactar textos técnico-jurídicos.
8. Capacidad para expresarse oralmente en un lenguaje fluido y técnico, usando términos jurídicos precisos y claros.³

Se puede notar que las competencias específicas enlistadas necesitan (se basan en) saberes teóricos, heurísticos y axiológicos atinentes a la investigación. Concretamente en el Plan de Estudios de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana, este aprendizaje de la investigación se aborda en la experiencia educativa⁴ Metodología de la Investigación Jurídica, la cual tiene como objetivo el desarrollo de la competencia de la investigación en el ámbito del Derecho o conocimiento jurídico, a través de las nociones teórico-conceptuales del proceso de investigación jurídica y su aplicación real en investigaciones particulares. Es una experiencia educativa que requiere que los alumnos conozcan saberes teóricos y conceptuales sobre la investigación (saber) pero sobre todo requiere que realicen investigación (saber hacer) por medio de conductas marcadas por la disciplina como son la responsabilidad, la honestidad y la autonomía (saber ser); es por ello que el papel del alumno en esta experiencia educativa es totalmente activo, dado que requiere de su disposición al trabajo indagatorio, sin el cual no se pueden aprender y aprehender los saberes implicados.

II. La investigación jurídica

Para justificar a la investigación jurídica como indispensable para la obtención de las competencias específicas recién mencionadas, debemos partir de analizar

³ *Ídem.*

⁴ "Término empleado para resignificar las nociones de materia o asignatura y busca trascender de la idea de salón de clases a escenarios diversos de aprendizajes." Universidad Veracruzana, Secretaría Académica, *Glosario. Aprobación del diseño o rediseño de un plan de estudios de TSU o licenciatura*, <http://www.uv.mx/secretariaacademica/planes-de-estudio/glosario/>

qué es la investigación como una competencia de la vida en general, y de la vida profesional del jurista en particular. De esta forma en primer término, definimos a la investigación como un proceso que mediante la aplicación de métodos científicos, procura obtener información relevante, fidedigna e imparcial, para extender, verificar, corregir o aplicar el conocimiento.⁵ Hernández Sampieri, Fernández y Baptista la definen como “un conjunto de procesos sistemáticos, críticos y empíricos que se aplican al estudio de un fenómeno.”⁶ Arellano García hace lo propio conceptualizándola como “...una elevada actividad intelectual humana que, a través de diversos métodos y técnicas, utiliza los conocimientos científicos o prácticos adquiridos para pretender escudriñar uno o varios aspectos generales o especializados de alguna materia determinada con el objeto de ampliar o detallar el conocimiento y si es posible realizar aportaciones.”⁷ Por consiguiente quien investiga sobre cualquier tema o problemática debe realizar de forma adecuada las siguientes acciones:

- Determinar con claridad el fenómeno, hecho o situación sobre el cual se desea investigar
- Plantear interrogantes ante la situación, el hecho o el fenómeno específico al cual se quiere dar una respuesta, o ante un objeto de estudio sobre el que se quiere aumentar el conocimiento.
- Concretar el problema, presentándolo mediante una o varias preguntas.
- Señalar los aspectos básicos, derivados de la pregunta que debe ser objeto de la investigación.
- Identificar las fuentes de información
- Seleccionar la forma más adecuada para recoger la información
- Aplicar las formas seleccionadas para recoger la información.
- Resumir e interpretar la información obtenida.
- Analizar la información recogida, organizándola de acuerdo con ciertos criterios, elaborando resúmenes, cuadros, esquemas, etcétera
- Presentar un informe final sobre la investigación, organizado en forma lógica y coherente.⁸

En cuanto a la investigación jurídica en particular, es definida como la:

⁵ Garza Mercado, Ario, *Manual de técnicas de investigación para estudiantes de ciencias sociales*, sexta edición, México, El Colegio de México, 2002, p. 1.

⁶ Hernández Sampieri, Roberto, *et al.*, *Metodología de la investigación*, 5ª. ed., México, McGraw Hill, 2010, p. 4.

⁷ Arellano García, Carlos, *Métodos y técnicas de la investigación jurídica. Elaboración de tesis de licenciatura, maestría y doctorado, tesinas y otros trabajos de investigación jurídica*, segunda edición, México, Porrúa, 2001, p. 26.

⁸ Cfr. Molina Bogantes, Zaida, *Planteamiento didáctico. Fundamentos, principios, estrategias y procedimientos para su desarrollo*, San José, Costa Rica, EUNED, 2006.

...actividad que pretende descubrir las soluciones más adecuadas para los problemas que plantea la vida social de nuestra época, cada vez más dinámica y cambiante, pues precisamente la investigación es la que tiene la posibilidad, al profundizar en esos problemas, de encontrar la forma de adecuar el ordenamiento jurídico a las transformaciones y cambios sociales, por anticuadas que parezcan las disposiciones normativas de carácter formal.⁹

De esta forma es un proceso cuya finalidad es la obtención de conocimientos puros o aplicados, a través de la aplicación de métodos y técnicas de investigación (diseño de la investigación) adecuados al tema que se explora, describe o explica, o al problema que se propone solucionar.

Tiene una metodología propia, la llamada metodología jurídica, que puede definirse como "...una forma de abordar, desde los puntos de vista gnoseológico, lógico y axiológico, las realidades y dimensiones jurídicas. Se trata del estudio de las propuestas que se dan para resolver problemas en el ámbito jurídico."¹⁰ Esto es, el conjunto de reglas científicas o procedimientos rigurosos que deben seguirse particularizados al objeto de la investigación jurídica. Dentro de la metodología jurídica podemos ubicar los métodos generales aplicables a todas las disciplinas (deductivo, inductivo, síntesis, análisis, por mencionar algunos) y los métodos jurídicos en particular (iusnaturalista, iuspositivista, por ejemplo).

Asimismo la investigación jurídica requiere tres condiciones para su existencia: la presencia de un investigador, que como señala Lara Sáenz¹¹ debe tener las cualidades de adquirir conocimientos científicos, actitud abierta y comprensiva, disposición para analizar todas las alternativas posibles en su labor de investigación, disciplina e imparcialidad. Asimismo debe contar con un objeto de estudio y con condiciones materiales para realizar su trabajo de investigación.

Como se afirmó la investigación jurídica implica un proceso, entendido éste como una serie de etapas o fases concatenadas, que tiene como finalidad la obtención de conocimiento sobre el Derecho. Si bien existen diversos autores que

⁹ Fix-Zamudio, Héctor, *Metodología, docencia e investigación jurídica*, 15ª. ed., México, 2009, Porrúa, p. 240.

¹⁰ Rodríguez Cepeda, Bartolo Pablo, *Metodología jurídica*, 2ª. ed., México, Oxford, 2003, p. 44.

¹¹ Lara Sáenz, Leoncio, *Procesos de investigación jurídica*, sexta edición, México, Porrúa - UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, Serie J: Enseñanza del derecho y material didáctico, núm. 10 bis, pp. 46-47.

señalan las diferentes etapas o fases de la investigación jurídica¹² no existe unanimidad en su denominación; sin embargo sí pueden distinguirse actividades cualitativamente diferentes que permiten hablar de etapas del proceso, tales como la selección del tema, la planeación de la investigación, la búsqueda de fuentes, el acopio de la información, la interpretación de la información recabada y la comunicación de resultados. Es en la segunda etapa en la que debe ubicarse la preparación del protocolo de investigación, sobre el que nos detendremos en las siguientes líneas.

III. El protocolo de investigación jurídica como integrador de saberes.

El término protocolo viene de *proto*, que significa primero, denotando con ello que es el primer documento de la investigación, definido por María del Pilar Hernández como el “instrumento técnico metodológico de control institucional y personal, a través del cual se formaliza la investigación”.¹³ Técnico porque utiliza técnicas de investigación documental para su elaboración, es metodológico porque el investigador que lo elabora debe realizarlo rigiéndose por métodos como la síntesis-análisis, deducción-inducción, comparación, entre otros. Es de control institucional y personal porque la investigación está regida por plazos o términos institucionales, siendo que este escrito permite al investigador llevar una vigilancia de ellos.

En la doctrina de los metodólogos de la ciencia jurídica el protocolo de investigación se ha definido como: “*El primer acercamiento metodológico a un tema a través de un esquema provisional que estructura ideas, emociones, intuiciones,*

¹² Sergio T. Azua Reyes señala las etapas aporética, heurística, de construcción y formal. *Metodología y técnicas de la investigación jurídica*, 8ª. ed., México, Porrúa, 2010. Leoncio Lara Sáenz, señala como etapas: la de información o fenomenológica, de planteamiento o aporética, de construcción o teórica. *op. cit.*, pp. 57 y ss. Luis Ponce de León Armenta señala como etapas: definición del objeto de la investigación; precisión de los fines. Programación y determinación de contenidos y medios. Realización y desarrollo de la tarea indagadora. Presentación, registro y clasificación de contenido. Revisión final, armonización de los elementos y aplicación de los resultados. *Metodología del derecho*, octava edición, México, Porrúa, 2004, pp. 29 y ss.

¹³ Hernández, María del Pilar, “El protocolo con instrumento de formalización del trabajo de investigación”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXX, núm. 90, septiembre-diciembre 1997, p. 1105.

organizando mental y temporalmente, de manera breve, clara y rigurosa, el desarrollo de una investigación.” [Las cursivas son del original]¹⁴

Leoncio Lara lo llama también plan de trabajo definiéndolo como “la carta geográfica sobre la cual, con el conocimiento general de las vías, los obstáculos y las necesidades, el investigador determina una manera de realizar las cosas y los medios de conseguir los objetivos de su investigación”.¹⁵

También se le llama proyecto de investigación, definiendo como tal al “conjunto de elementos que auxilian al investigador a identificar los límites de su tema de investigación, o en otras palabras, a una serie de partes organizadas metodológicamente que permiten reconocer el camino a seguir durante la misma.”¹⁶ Corina Schemelkes y Nora Elizondo Schemelkes¹⁷ hacen una diferencia entre lo que llaman el anteproyecto que se vuelve proyecto cuando es aprobado por la autoridad correspondiente. Estas mismas autoras señalan que este proyecto constituye un plan de acción y un compromiso por escrito sobre la investigación que se realizará.

El protocolo de investigación jurídica es pues el documento de planeación de la investigación jurídica, es un sendero obligado para quien pretende realizar investigación sobre algún tema del Derecho, siendo el paso siguiente a la elección del tema o problema,¹⁸ sin el cual no se puede actuar con rigor metodológico durante la travesía investigativa, es la guía del científico jurídico que le permite construir el conocimiento final a partir del pensar en el qué, el cómo, el dónde, el cuándo, el porqué de su investigación.

En cuanto a su estructuración, si bien no existe un modelo único en el Derecho sí existen elementos comunes a varios modelos de reconocidos metodólogos de la

¹⁴ González Galván, Jorge Alberto, *La construcción del derecho. Métodos y técnicas de investigación*, segunda edición, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, Serie J: Enseñanza del derecho y material didáctico, núm. 18, p. 43.

¹⁵ Lara Sáenz, Leoncio, *op. cit.*, p. 61.

¹⁶ Zúñiga Ortega, Alejandra Verónica, “Protocolo o proyecto de investigación”, en Castro Paredes, María Isabel, *et al.* (coords.), *Metodología de la investigación jurídica*, segunda edición, Xalapa, Veracruz, Facultad de Derecho, Universidad Veracruzana, 2011, p. 153.

¹⁷ Schemelkes, Corina y Elizondo Schemelkes, Nora, *Manual para la presentación de anteproyectos e informes de investigación (tesis)*, tercera edición, México, Oxford University Press, 2010, pp. 1-2.

¹⁸ Hernández Estévez, Sara Luz y López Duran, Rosalío, *Técnicas de investigación jurídica*, décimo segunda edición, México, Oxford University Press, 2009, pp. 66-67.

ciencia jurídica, mismos que se conocerán a continuación. Previo a ello es importante dejar claro el contenido de los mismos variará dependiendo del tema, del tipo de investigación que se proyecte, a saber, de su alcance, enfoque, temporalidad, fines y métodos utilizados en cada investigación concreta.

1. Título de la investigación

Es la denominación que le asigna a la investigación, el título que debe cumplir con ser breve y concreto, lo que implica al investigador hacer un esfuerzo por sintetizar el tema de investigación delimitándolo espacial, temporal y en sujetos de la investigación, para que quien lo lea se forme una idea real sobre la investigación y el contenido de la misma. Se recomienda que el título no exceda de quince palabras.

2. Justificación

Consiste en explicar la importancia de realizar la investigación en el ámbito social, académico y personal. Es muy valioso considerar los tres ámbitos, ya que justificar socialmente la investigación valida que el tema seleccionado cumple con el criterio de ser útil socialmente, piénsese siempre que la ciencia debe ser en beneficio social, de lo contrario carecería de legitimación. Asimismo la justificación académica, es valiosa ya que el investigador, sea estudiante o profesionalista, está inmerso ya en los temas o problemas que esta disciplina enfrenta a nivel teórico o práctico en el momento actual. Finalmente motivar de forma personal la investigación conlleva a recordar que el tema seleccionado debió ser elegido atendiendo al criterio de ser derivado de una genuina curiosidad del investigador que le llevó a accionar el proceso indagatorio de la ciencia jurídica.

De una forma didáctica Corina Schemelkes y Nora Elizondo Schemelkes¹⁹ señalan que la justificación debe responder a las preguntas siguientes: ¿cuáles son los beneficios que este trabajo aportará y por qué? ¿Quiénes serán los beneficiados y por qué? ¿Qué se prevé cambiar con la investigación? ¿Cuál es su utilidad? ¿Por qué es significativa la investigación? ¿Que aportará este trabajo?

¹⁹ Corina Schemelkes y Elizondo Schemelkes, Nora, *op. cit.*, p. 47.

3. Objeto de investigación

En todas las investigaciones debe plantearse al menos una pregunta de investigación la cual permite enfocarse en lo que interesa investigar. Cuando realizamos una pregunta clara y precisa es fácilmente identificable el objetivo que se desea alcanzar, es un ejercicio mental que debe realizarse en aras de la delimitación de la investigación. Ahora bien, es importante diferenciar entre pregunta de investigación y problema de investigación.

En este último sentido Azua Reyes señala que cuando alguien encuentra que cierto conocimiento no concuerda con otro u otros está precisamente con un problema y si este problema lo hace objeto de sus preocupaciones, habrá iniciado el proceso de investigación; agrega que en el campo del Derecho las contradicciones que nos plantean problemas las podemos encontrar en diversos casos:

1. Cuando una norma jurídica no concuerda con una necesidad, según la valoración que hacemos de ella.
2. Cuando dos o más normas jurídicas o cuerpos legales son incompatibles entre sí.
3. Cuando ha incompatibilidad entre dos o más posturas de la doctrina.²⁰

Se puede agregar a los anteriores:

- Lagunas jurídicas
- Dificultades u obstáculos en la práctica del derecho
- Normas jurídicas no actualizadas a las necesidades sociales
- Insuficiencias en las explicaciones teóricas

Corina Schemelkes y Nora Elizondo Schemelkes²¹ precisan que el problema surge de una idea, una inquietud, discrepancia, necesidad, duda o pregunta que se materializa en un problema tentativo de investigación. Sugieren plantear el problema como una aseveración o pregunta, siendo más claro si se formula como pregunta.

Puede haber varias preguntas de investigación, pero es una la pregunta principal y las demás, son las preguntas secundarias que pueden aportar

²⁰ Azua Reyes, Sergio T., *op. cit.*, pp. 7-8.

²¹ Corina Schemelkes y Elizondo Schemelkes, Nora, *op. cit.*, pp. 39-40.

información complementaria para el abordaje del tema o para la resolución del problema. Es importante notar entonces que todas las investigaciones deben formular al menos una pregunta central, pero que no toda pregunta implica una problemática sin solución actual. Lo decimos así: todo planteamiento de investigación es una pregunta de investigación pero no toda pregunta de investigación encierra un problema de investigación.

4. Objetivos

Establecen las acciones a realizar con el fin de responder a las preguntas de investigación. Rojas Soriano afirma que “*son los puntos de referencia o señalamientos que guían el desarrollo de una investigación y a cuyo logro se dirigen todos los esfuerzos*” [las cursivas son del original].²² Al ser acciones deben iniciar con verbos en infinitivo, mismos que deben ser los adecuados para la acción que se pretende realizar²³ asimismo deben ser objetivos propios del ámbito investigativo, esto es, susceptibles de alcanzarse dentro del proceso de investigación.

El mismo Rojas Soriano²⁴ señala que los objetivos se dividen por su temporalidad en mediatos e inmediatos; por su alcance en específicos y generales, y por su orientación en prácticos o teóricos.

5. Marco teórico-conceptual

En este elemento se exponen y analizan las teorías y doctrinas que existen, con el fin de establecer un correcto encuadre del objeto en estudio, dentro del mismo se definen los conceptos relevantes contenidos en el planteamiento de la investigación o del problema de investigación, principalmente las variables y las unidades de análisis.

La elaboración del marco teórico-conceptual implica la revisión de la literatura existente en torno al tema que se investiga, así como la organización y

²² Rojas Soriano, Raúl, *Guía para realizar investigaciones sociales*, primera trigésima séptima edición, México, Plaza y Valdés Editores, 2009, p. 81.

²³ Se sugiere revisar la taxonomía de Bloom sobre los niveles cognitivos.

²⁴ Rojas Soriano, Raúl, *op. cit.*, p. 82.

sistematización de la misma, con la intención de determinar o hacer explícita la posición teórica que adopta o construye el autor para el desarrollo de la investigación. La importancia de contar con un marco teórico es que ubica el problema de investigación dentro del cuerpo de conocimientos existente.

Para construirlo, Hernández Sampieri, Fernández Collado y Baptista Lucio²⁵ sugieren el método de mapeo (mapa conceptual) o por índices. En el primer caso, los conceptos claves del mapa permanecen o se desglosan por subtemas. El segundo método consiste en desarrollar, en primer lugar, un índice tentativo global o general, e irlo afinando hasta que sea sumamente específico, para posteriormente colocar la información (referencias) en el lugar correspondiente dentro del esquema.

Es substancial que el marco teórico-conceptual sea resultado de un profundo trabajo de lecturas de comprensión y análisis de las mismas, tomando forma de un documento que articule los resultados, cumpliendo con normas de redacción y consistencia interna. Asimismo requiere el manejo correcto de un aparato crítico.

6. Metodología

La palabra metodología puede entenderse en al menos dos sentidos: como parte de la lógica que estudia, describe, explica y justifica los métodos de investigación; o como el conjunto de aspectos operativos del proceso de investigación. Es en este segundo sentido en que se utiliza en la planeación de una investigación. Por lo que el apartado correspondiente del protocolo de investigación debe indicar y explicar la tipología de la investigación a realizar, esto es, por su enfoque, alcance, métodos, diseño, temporalidad y finalidad; de tal forma que quede descrito el procedimiento que se prevé para la recolección, análisis y organización de la información necesaria para lograr los objetivos de la investigación.

Asimismo consiste en la indicación del método o los métodos de investigación a utilizar para el desarrollo de la investigación. Dado que método deriva de las raíces griegas *meta* y *odos*, la primera significa “de acuerdo con, por medio de, hacia, el medio, el modo de, a lo largo de”, y la segunda significa “camino, vía o ruta”²⁶ este

²⁵ Hernández Sampieri, Roberto, *et al.*, *op. cit.*, pp. 66-69.

²⁶ Rodríguez Cepeda, Bartolo Pablo, *op. cit.*, p. 1.

vocablo se refiere a un proceso que se sigue para obtener un fin, que en el caso es el de un producto de investigación.

En esta parte deben anotarse los métodos generales aplicables a varias ciencias, incluidas la jurídica, hasta los que son específicos de las investigaciones jurídicas (métodos jurídicos). La elección de los mismos, como se dijo, está directamente vinculada al diseño metodológico idóneo para responder a la pregunta de investigación. Por su parte las técnicas de investigación son los procedimientos prácticos que permiten la ejecución de los métodos, se dividen en documentales y de campo o empíricas; la elección de ellas se encuentra condicionada por el o los métodos que ayudarán a aplicar.

7. Esquema provisional

Es el listado lógico y jerarquizado de las partes del desarrollo del trabajo de investigación o propuesta de capitulado (incluidos temas y subtemas). Arellano García²⁷ señala que el contenido del anteproyecto de capitulado, también llamado plan de trabajo o anteproyecto de índice debe ser producto de un buen desarrollo lógico. Su importancia radica en que es una guía permanente para el acopio de la información, aunque como su nombre lo dice es provisional o tentativo, por lo que puede modificarse a lo largo del proceso de investigación. En esta parte es significativo mencionar que debe existir una formalidad que permita visualizar la jerarquización de temas y subtemas, ya sea por medio del sistema decimal, alfanumérico o por formatos de encabezado.

8. Cronograma

Consiste en la organización en el tiempo de las actividades de investigación. Ya se dijo, al conceptualizar el protocolo, que éste es un documento de control institucional y personal, relacionándolo con los tiempos que deben cumplirse forzosamente, por lo que este elemento del protocolo tiene la utilidad de planear el manejo adecuado del tiempo para lograr la finalización de la investigación.

²⁷ Arellano García, Carlos, *op. cit.*, p. 216.

9. Fuentes de consulta

En este apartado deben enlistarse las fuentes documentales que sirvieron para la elaboración del protocolo y las que se proyectarán para la realización de la investigación. En la investigación jurídica se cuenta con fuentes documentales tales como la bibliografía, hemerografía, legisgrafía, jurisprudencia, normas jurídicas individualizadas (expedientes, sentencias, tramites); el uso de cada tipo anterior depende del diseño de la investigación, sin embargo ya se vio que las fuentes doctrinales (biblio-hemerográficas) son indispensables para ubicar el problema de investigación en el cuerpo de conocimientos existentes -concretamente en la elaboración del marco teórico-conceptual-, asimismo en el área jurídica es forzoso el uso de fuentes legales en los diversos ámbitos (nacional e internacional), e incluso de la jurisprudencia como criterio de interpretación de la legislación. Finalmente las normas jurídicas individualizadas proporcionan información de la aplicación de la norma jurídica a casos concretos, siendo importante para conocer su efectividad. Esto es, debe procurarse incluir el mayor número y tipos de fuentes posibles, no de una forma indiscriminada, sino selectiva a las necesidades de los objetivos de cada investigación.

Existen varios sistemas de presentación de fuentes (y aparato crítico) tales como APA (*American Psychological Association*), Harvard, Chicago, europeo-continental, entre otros, es importante que elegido uno se cumpla a cabalidad con sus reglas.

Hasta aquí se han dejado anotados brevemente los elementos básicos de un protocolo de investigación jurídica. Volviendo al punto de la pertinencia del aprendizaje de la investigación, la experiencia educativa Protocolo de Investigación Jurídica pertenece al Área de Formación Terminal (AFT) del Plan de Estudios de la Licenciatura en Derecho vigente a partir de agosto del 2008. El propósito central del AFT, como parte del Modelo Educativo Integral y Flexible (MEIF), es promover la integración de los saberes adquiridos a través de la trayectoria académica de formación de la Licenciatura, con la intención de afianzarlos para el ejercicio profesional y permitir la conclusión satisfactoria del proceso de aprendizaje del estudiante. Es de tal forma, el eslabón de la formación universitaria con el

desempeño de su vida profesional, esto es, tiene por objeto la profesionalización y especialización del estudiante.

Concretamente la experiencia educativa Protocolo de Investigación Jurídica se adhiere a esos propósitos de integración y afianzamiento de los saberes obtenidos en la formación universitaria y requeridos en la vida profesional, centrados en el desarrollo de las competencias que permitan al estudiante aplicar los conocimientos teóricos y metodológicos adquiridos en su trayectoria escolar (eje teórico), a través de procedimientos, métodos y técnicas de investigación jurídica (eje heurístico), actuando siempre con valores como la honestidad intelectual, responsabilidad, compromiso, respeto y tolerancia (eje axiológico). Con ese mismo propósito se vincula con la Experiencia Recepcional (también perteneciente al AFT) ya que proporciona el documento de planeación para el trabajo escrito, para quienes deseen acreditarla con tal modalidad, que a lo largo de la vigencia del MEIF a partir de agosto de 2008, ha demostrado ser la opción más efectiva para hacerlo.

Para que la experiencia educativa Protocolo de Investigación Jurídica sea un verdadero factor de transición de la vida escolar a la profesional, como se instituye al formar parte del AFT, es importante que al cursarla el estudiante elija, para elaborar su proyecto de investigación, temas vinculados al lugar donde realiza su servicio social, al área donde esté interesado en trabajar o a las disciplinas jurídicas en que pretenda cursar un posgrado, para que de esta manera intencionalmente busque especializarse y profesionalizarse en un área de interés, que le proporcione un perfil académico y laboral determinado, como candidato ideal en ámbitos laborales determinados. Es relevante que en la búsqueda de esas temáticas de su elección se vincule con académicos en funciones de docencia o investigación que integren Cuerpos Académicos con Líneas de Generación y Aplicación Innovadora del Conocimiento (LGAC) del interés de cada estudiante para tener una asesoría adecuada y los incorporen en proyectos de investigación.

Finalmente es importante hacer notar que al cursar Protocolo de Investigación Jurídica el estudiante planea con rigor metodológico una investigación jurídica de un tema de su elección, la cual puede desarrollar en la Experiencia Recepcional al realizar un trabajo escrito; asimismo cuenta con un documento que le servirá de

base para desarrollar una tesis de posgrado, situación que no sólo impacta favorablemente una de las posibles líneas de desarrollo profesional del egresado (investigación), sino también su preparación para la continuación de su formación a través de estudios de posgrado.

IV. Áreas de trabajo y tareas de investigación del profesionista de derecho.

Surge la pregunta ¿cuáles serían las situaciones de la vida profesional en las que un profesional del Derecho requiere hacer uso de los saberes teóricos, prácticos y axiológicos que involucra la investigación jurídica? es decir ¿cuándo el Licenciado o Licenciada en Derecho debe ser competente para investigar en temas jurídicos? La respuesta es que la competencia de realizar investigaciones con rigor metodológico es necesaria en todos los campos en los que un egresado o egresada en Derecho puede desempeñarse: el que litiga requiere revisar fuentes de información e interpretarla, para presentar sus escritos fundados y motivados, el que quiere cursar un posgrado debe saber hacer un protocolo de investigación, el que se dedica a la docencia debe investigar sobre sus temas jurídicos.

En cuanto a la oferta laboral de un Licenciado o Licenciada en Derecho que quiera dedicarse a la investigación jurídica, existen Institutos de Investigación de instituciones de educación superior, públicas o privadas, en el primer caso como los propios de la Universidad Veracruzana y del Universidad Nacional Autónoma de México. Asimismo existen otros Institutos de investigación dependientes de entidades gubernamentales como los pertenecientes a los órganos legislativos federales o locales que son opciones a los que están interesados en laborar como investigadores en el área jurídica, desarrollando cuestiones legislativas, que no son ajenas a la formación del Licenciado en Derecho, por ejemplo, el Instituto Belisario Domínguez del Senado de la República.

Conclusiones

- Para alcanzar las competencias específicas del Perfil de Egreso de la Licenciatura en Derecho, se debe formar en las competencias genéricas, una de

ellas es la investigación jurídica, siendo la misma base de la práctica exitosa de las competencias específicas que se esperan del egresado cuando se enfrenta ante situaciones del mundo laboral.

- La investigación jurídica es un proceso cuya finalidad es la obtención de conocimientos puros o aplicados, a través de la aplicación de métodos y técnicas de investigación (diseño de la investigación) adecuados al tema que se explora, describe o explica, o al problema que se pretende solucionar.

- El protocolo de investigación es el primer documento metodológico que formaliza la investigación, parte del proceso de investigación jurídica siendo su función la de planear o proyectar la investigación que se construirá con base en él.

- La pertinencia de las experiencias educativas Metodología de la Investigación Jurídica y Protocolo de Investigación Jurídica en la formación de los estudiantes de la Licenciatura en Derecho se justifica porque les proporcionan la competencia de la investigación, asimismo les profesionaliza y especializa en la línea temática de su elección vinculada a sus intereses laborales y académicos.

- Existe una oferta laboral especializada en la investigación jurídica para los egresados de la Licenciatura en Derecho como investigadores en instituciones públicas o privadas, sosteniendo sin embargo que la competencia de la investigación y subcompetencias insertas se aplican a todas las situaciones de su vida profesional, por lo cual es importante la formación del estudiante en la investigación jurídica.

Fuentes Bibliografía

ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Métodos y técnicas de la investigación jurídica. Elaboración de tesis de licenciatura, maestría y doctorado, tesinas y otros trabajos de investigación jurídica*, segunda edición, México, Porrúa, 2001.

AZUA REYES, Sergio T., *Metodología y técnicas de la investigación jurídica*, octava edición, México, Porrúa, 2010.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Metodología, docencia e investigación jurídica*, 15ª. ed., edición, México, 2009, Porrúa.

GARZA MERCADO, Ario, *Manual de técnicas de investigación para estudiantes de ciencias sociales*, 6ª. ed., México, El Colegio de México, 2002, Biblioteca Daniel Cosío Villegas.

GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge Alberto, *La construcción del derecho. Métodos y técnicas de investigación*, segunda edición, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, Serie J: Enseñanza del derecho y material didáctico, núm. 18.

HERNÁNDEZ, María del Pilar, "El protocolo con instrumento de formalización del trabajo de investigación", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXX, núm. 90, septiembre-diciembre de 1997.

HERNÁNDEZ ESTÉVEZ, Sara Luz y LÓPEZ DURAN, Rosalío, *Técnicas de investigación jurídica*, segunda edición, México, Oxford University Press, 2009, Colección Textos Jurídicos Universitarios.

HERNÁNDEZ SAMPIERI, Roberto *et al.*, *Metodología de la investigación*, quinta edición, México, McGraw Hill, 2010.

LARA SÁENZ, Leoncio, *Procesos de investigación jurídica*, sexta edición, México, Porrúa, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, Serie J: Enseñanza del derecho y material didáctico, núm. 10 bis.

MOLINA BOGANTES, Zaida, *Planteamiento didáctico. Fundamentos, principios, estrategias y procedimientos para su desarrollo*, San José, Costa Rica, EUNED, 2006.

PONCE DE LEÓN ARMENTA, Luis, *Metodología del derecho*, 8ª. ed., México, Porrúa, 2004.

RODRÍGUEZ CEPEDA, Bartolo Pablo, *Metodología jurídica*, 2ª. ed., México, Editorial Oxford, 2003.

ROJAS SORIANO, Raúl, *Guía para realizar investigaciones sociales*, 31ª. ed., México, Plaza y Valdés Editores, 2009.

SACRISTÁN, José Gimeno, *Educación por competencias ¿qué hay de nuevo?*, España, Ediciones Morata, 2008.

SCHEMELKES, Corina y ELIZONDO SCHEMELKES, Nora, *Manual para la presentación de anteproyectos e informes de investigación (tesis)*, 3ª. ed., México, Oxford University Press, 2010.

ZÚÑIGA ORTEGA, Alejandra Verónica, "Protocolo o proyecto de investigación", en CASTRO PAREDES, María Isabel, *et al.* (coords.), *Metodología de la investigación jurídica*, 2ª. ed., Xalapa, Veracruz, Facultad de Derecho, Universidad Veracruzana, 2011.

Direcciones electrónicas

UNIVERSIDAD VERACRUZANA, FACULTAD DE DERECHO, *Perfil de Egreso*,
<http://www.uv.mx/derecho/perfil-de-egreso/>

UNIVERSIDAD VERACRUZANA, SECRETARÍA ACADÉMICA, *Glosario. Aprobación del diseño o rediseño de un plan de estudios de TSU o licenciatura*,
<http://www.uv.mx/secretariaacademica/planes-de-estudio/glosario/>

EL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES A PARTIR DE LA REFORMA EN LA MATERIA

Jorge Martínez Martínez*

SUMARIO: Introducción; I. El acceso a las tecnologías de la información; II. El servicio público de telecomunicaciones; III. Naturaleza jurídica del acceso a las tecnologías de la información y comunicación; IV. La reforma constitucional; V. Ejes del Plan Nacional de Desarrollo relativos a las telecomunicaciones; VI. El Instituto Federal de Telecomunicaciones; Conclusiones; Fuentes.

Introducción

Dentro del diseño institucional del Estado mexicano, se ha evidenciado a lo largo del tiempo que cada una de las gestiones de la Administración Pública obedece a distintos intereses que se pretenden materializar en principio mediante reformas que permiten la reestructura del Estado.

El titular del Poder Ejecutivo, anunció desde el momento en que tomó posesión del cargo que era necesario realizar una serie de reformas a las que el mismo calificó de “estructurales” para poder llevar a cabo la transformación que requiere el país, en concordancia desde luego con el Plan Nacional de Desarrollo.

Es en virtud de ello que con fecha 11 de junio del año 2013, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de los artículos 6o., 7o., 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de telecomunicaciones.

La citada reforma permitió la inclusión en la norma fundamental el denominado derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, en donde se comprende el uso del internet.

Lo anterior fue en principio una de las promesas de campaña del titular del Poder Ejecutivo, que pretendía por una parte ganar simpatizantes que le

* Doctor en Derecho Público, Académico de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana, Candidato a Investigador Nacional del Sistema Nacional de Investigadores del CONACyT.

favorecieran con su voto, aunque por la otra le permitiría un mayor control de las telecomunicaciones y las correspondientes restricciones al uso de la tecnología; a partir de lo cual se aprecia un trasfondo con la finalidad de mantener el *statu quo* obtenido una vez que se ha arribado al poder.

La denominada *reforma de telecomunicaciones*, puede considerarse un avance respecto a la sistematización de la materia, debido a que con antelación coexistían la Ley Federal de Telecomunicaciones y la Ley Federal de Radio y Televisión; ordenamientos abrogados en virtud de lo dispuesto en el artículo segundo transitorio del Decreto por medio del cual se expiden la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, y la Ley del Sistema Público de Radiodifusión del Estado Mexicano; y se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones en materia de telecomunicaciones y radiodifusión, publicado en el Diario Oficial de la Federación en fecha 14 de julio de 2014.²⁸

I. El acceso a las tecnologías de la información.

La denominada sociedad de la información y del conocimiento desde luego requiere de una mayor difusión informativa, que permita a la población contar con los conocimientos necesarios tanto para llevar a cabo sus planes individuales, como los que tengan que ver con su inserción dentro de la sociedad, justificable dentro del actual esquema de gobernanza.

La construcción de aquella permite que exista aumento de interacción con la sociedad política, pero también que haya una ciudadanía mayormente responsable, lo que implica la mejora de algún modo de la tutela de los derechos humanos, que redundan en beneficio de la sociedad y de la democracia.

A esto hay que agregar que uno de los indicadores o variables que permiten establecer el grado de desarrollo que ha alcanzado un país, es su nivel de preparación o instrucción, que puede englobarse dentro de lo que denominamos

²⁸ Decreto por el que se expiden la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, y la Ley del Sistema Público de Radiodifusión del Estado Mexicano; y se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones en materia de telecomunicaciones y radiodifusión, publicado en el Diario Oficial de la Federación en fecha 14 de julio de 2014.

cultura; a lo cual contribuye el mencionado acceso a las tecnologías de la información y comunicación.

En virtud de que el día de hoy nos encontramos viviendo el paradigma constitucional de los derechos humanos, es que resulta necesario determinar la naturaleza de lo que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos refiere como derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, para establecer si se trata o no de un derecho humano, así como la relación que guarda con los demás derechos de naturaleza análoga.

A lo largo del tiempo se ha podido apreciar en el Estado mexicano la evolución que ha tenido la libertad de expresión como derecho humano y su tutela efectiva, ya que hasta la fecha no se han logrado eliminar las restricciones que de facto se imponen por encima de lo establecido por nuestra constitución, y que materializan en la censura, que llevada al extremo incide en la integridad personal sobre todo de los individuos que se dedican a las actividades periodísticas.

La reforma al artículo 6 de la norma fundamental establece que el Estado garantizará el acceso a las tecnologías de la información y comunicación, pero también a los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, en donde se incluye el acceso a la banda ancha y al internet.

Igualmente el ahora apartado "B" del artículo 6° constitucional, establece la base de una política pública de inclusión digital universal, con metas tanto anuales como sexenales; de lo que se desprende el hecho de que aquella debe contar con los instrumentos adecuados que permitan materializarla, pero también con operadores de la misma, en donde se encuentran desde luego a los servidores públicos de los organismos encargados de la materia, pero también por ejemplo a los concesionarios de radio, televisión y en general telecomunicaciones, que permiten al Estado el cumplimiento de los objetivos contenidos en su planeación, en conformidad con el Plan Nacional de Desarrollo. Lo que resulta congruente con el actual esquema de gobernanza; aunque sin duda los organismos gubernamentales desempeñan un papel fundamental en la concreción de este tipo de políticas; como es el caso de reciente Instituto Federal de Telecomunicaciones.

II. El servicio público de telecomunicaciones.

Las telecomunicaciones y radiodifusión corresponden de inicio realizarlas al Estado por tratarse de servicios públicos, lo que se desprende no sólo a partir de la propia ley de la materia en su artículo 1º, sino también en concordancia a lo que la doctrina ha definido como tal.

Para efectos del presente capítulo se considera pertinente referirse al concepto de Jorge Fernández Ruiz:

Servicio público es toda actividad técnica destinada a satisfacer una necesidad de carácter general, cuyo cumplimiento uniforme y continuo debe ser permanentemente asegurado, regulado y controlado por los gobernantes, con sujeción a un mutable régimen jurídico exorbitante de derecho privado, ya por medio de la administración pública, o bien mediante particulares facultados para ello por autoridad competente, en beneficio indiscriminado de toda persona.²⁹

Cabe destacar que un servicio público puede considerarse como tal a partir de diversos criterios que atiende por ejemplo a la forma en que se organiza el mismo, a la naturaleza de las funciones que se desempeñan o bien porque simplemente lo establece la ley, lo que se conoce como la clasificación orgánica, funcional o legal.

Para no incurrir en abundamiento innecesario del tema, es factible sostener que tanto las telecomunicaciones como la radiodifusión se encuentran organizadas como servicios públicos a partir de la configuración que presentan las autoridades que intervienen en el mismo, así como su propio rediseño, sin menoscabo de acudir al criterio legal, en virtud de así definirlo el artículo 2º de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión:

Artículo 2. Las telecomunicaciones y la radiodifusión son servicios públicos de interés general.

En la prestación de dichos servicios estará prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

El Estado, al ejercer la rectoría en la materia, protegerá la seguridad y la soberanía de la Nación y garantizará la eficiente prestación de los servicios públicos de interés general de telecomunicaciones y radiodifusión, y para tales efectos establecerá condiciones de competencia efectiva en la prestación de dichos servicios.³⁰

²⁹ Fernández Ruiz, Jorge, *Servicios públicos municipales*, México, IAP – IJ UNAM, 2002, p. 121.

³⁰ *Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión*, publicada en el Diario Oficial de la Federación en fecha 14 de julio de 2014.

De lo anterior también se observa la relación que la ley establece respecto a que la competencia efectiva con la rectoría en la materia; lo que obedece a que el Estado rector puede monopolizar lo que por su naturaleza lo amerita, como es el caso de las áreas estratégicas, pero debe impedir las prácticas monopólicas en caso de que intervengan agentes económicos privados, ya que el permitirlo implicaría que dejara de ser rector de tales actividades y desde luego generaría repercusiones que no solamente impactan en los servicios con relación a la calidad que deben brindar, sino que también produce consecuencias económicas.

III. Naturaleza jurídica del acceso a las tecnologías de la información y comunicación.

En cuanto a la naturaleza del acceso a las tecnologías de la información y comunicación, resulta discutible la pretensión de ser catalogados como derechos humanos, sobre todo porque éstos, son con los que cuenta el ser humano por el simple hecho de serlo.

Pero en el caso del referido derecho resulta evidente considerar que no se trata de un derecho humano en virtud de que desde el origen mismo de la humanidad y de la vida en sociedad, que es cuando el individuo se percata de sus derechos, o si se quiere considerar positivístamente, a partir del primigenio reconocimiento que se da a partir de la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*; no existían aun las telecomunicaciones tal como hoy las conocemos y por ende tampoco el derecho de acceso a las mismas, o como lo ha denominado el titular del Poder Ejecutivo Federal en turno, el “derecho de acceso al internet”. A menos que se trate de un derecho humano de reciente creación, y derivado de la propia evolución de la sociedad, la que ha conducido también al despliegue actual de las tecnologías relativas a las telecomunicaciones.

Y el hecho de que el contexto actual favorezca la utilización de la tecnología con relación a las telecomunicaciones no puede transformar su naturaleza jurídica, a pesar de que la cotidianeidad probablemente haya creado una nueva necesidad sobre todo de comunicarse de manera diferente:

En la actualidad las telecomunicaciones nos son más familiares, no porque la dispersión de la infraestructura y los servicios en este rubro hayan alcanzado mejores

niveles de calidad en México, o porque la mayoría de las familias tengan la posibilidad de tener una línea telefónica fija en casa, sino más bien por el fenómeno global de la telefonía móvil celular [...]»³¹

El fenómeno mencionado ha sido aprovechado por empresas dedicadas a este sector de servicios y ello ha producido a lo largo del tiempo constantes abusos que provienen de una regulación insuficiente (a pesar de la gran cantidad de normas jurídicas dispersas) en materia económica; que precisamente a partir de la reforma se pretende transformar.

Aunado a lo anterior, los derechos humanos tienen principios generales, que de acuerdo con la expresada naturaleza, en su caso deben de cumplir con ser universales, evidentes e inmutables, enseguida se explicará cómo deben entenderse las mismas.

La universalidad debe ser entendida como la validez que encuentran en todo tiempo y lugar, de manera que no pueden relativizarse por cuestiones geográficas, o de pertenencia a determinado sistema jurídico.

La característica siguiente, es decir ser evidentes, implica que su entendimiento sobresale sin requerir un acto de intelección complejo, lo que además los hace comprensibles para todos, de manera que no es necesario tampoco realizar interpretación.

Asimismo son inmutables, porque permanecen incólumes a través del tiempo, de manera que es imposible que sufran transformaciones, característica que tiene relación directa con la universalidad.

Por lo que al no actualizarse las expresadas características con relación al derecho de acceso a internet, es posible concluir que no se trata de un derecho humano, a pesar de que a partir del acceso tecnológico pueden derivadamente tutelarse otros de éstos derechos.

³¹ López Olvera, Miguel Alejandro, “Las concesiones en materia de telecomunicaciones en México”, en Fernández Ruiz, Jorge y Rivera Hernández, Juan (Coords.) *La Concesión de las Telecomunicaciones*, México, IJ – UNAM, 2011, p. 230.

IV. La reforma constitucional.

También es necesario destacar que fueron adicionados los párrafos décimo tercero al trigésimo al artículo 28 constitucional, y el décimo noveno en su fracción IV, el cual establece que:

La Comisión Federal de Competencia Económica y el Instituto Federal de Telecomunicaciones, serán independientes en sus decisiones y funcionamiento, profesionales en su desempeño e imparciales en sus actuaciones, y se regirán conforme a lo siguiente:

[...]

IV. Podrán emitir disposiciones administrativas de carácter general exclusivamente para el cumplimiento de su función regulatoria en el sector de su competencia;³²

Y que las referidas disposiciones administrativas, al ser de carácter general, materialmente se asemejan a las que el Ejecutivo Federal emite con fundamento en el artículo 89, fracción I de la norma fundamental, es decir a las reglamentarias, lo que ciertamente ocasiona que exista especialización en la regulación de la materia, pero también que haya que observar muchas más normas jurídicas en estos casos, lo que en vez de simplificar el funcionamiento de las telecomunicaciones, lo puede llegar a complicar.

La reforma en la materia comprendió en el apartado “B”, fracción IV una limitación importante en materia de libertad de expresión al prohibir la transmisión de propaganda o publicidad que se presente como información periodística o noticiosa:

Art. 6 [...]

B. En materia de radiodifusión y telecomunicaciones:

[...]

IV. Se prohíbe la transmisión de publicidad o propaganda presentada como información periodística o noticiosa; se establecerán las condiciones que deben regir los contenidos y la contratación de los servicios para su transmisión al público, incluidas aquellas relativas a la responsabilidad de los concesionarios respecto de la información transmitida por cuenta de terceros, sin afectar la libertad de expresión y de difusión.³³

A pesar de que el párrafo trasunto hace referencia expresa a que no se afecte la libertad de expresión, lo cierto es que la transmisión de la publicidad no debe

³² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación en fecha 5 de febrero de 1917.

³³ *Ídem.*

encontrar mayores limitaciones que la afectación a otros derechos humanos con los cuales pudiera colisionar, como es el caso del derecho a la vida privada y a la intimidad, o bien con los derechos del consumidor, pues en muchos de los casos se maximizan las cualidades de los productos anunciados mediante la publicidad, dándoles un tratamiento de noticia, cuando en realidad no lo son.

No obstante las limitaciones a la publicidad deben ser objeto de una regulación inferior, al enunciar la propia norma fundamental el establecimiento de las condiciones para regir los contenidos y su contratación al público.

Además la referida limitante se contrapone a lo que señala la fracción V del mismo precepto, en donde se alude a la posibilidad de expresar la diversidad y pluralidad de ideas y opiniones, lo que fortalece desde luego la democracia; puesto que la regulación actual de la libertad de expresión ha enfrentado numerosos obstáculos a lo largo del tiempo, que se han tenido que vencer, si se le considera desde luego a partir de su reconocimiento constitucional.

Es por ello que la propia norma fundamental debe ser acorde con la tutela de la libertad de expresión, ya que la publicidad disfrazada de información periodística, aun cuando puede causar ciertos problemas a los consumidores, lo cierto es que debe permitirse la pluralidad de ideas en una sociedad democrática; en donde cada uno de los destinatarios de esa publicidad tome sus decisiones, porque tal y como lo manifestó el titular del ejecutivo al expresar las razones de la reforma en materia de telecomunicaciones, el espacio que hoy se habita se encuentra inserto en la sociedad del conocimiento, que supone la suficiente información y conciencia para realizar los juicios de valor adecuados y la correspondiente toma de decisiones.

De tal manera es injustificable que el Estado mexicano continúe ejerciendo hoy en día una especie de censura previa, que le permita determinar lo que considera como publicidad o propaganda presentada como información noticiosa o periodística, y más aún, que ello tenga fundamento constitucional, ya que esto constituye un retroceso a la libertad de expresión; máxime que el organismo creado *ex profeso* para proveer los servicios de telecomunicaciones debe permitir la diversidad y pluralidad señaladas.

V. Ejes del Plan Nacional de Desarrollo relativos a las telecomunicaciones.

La reforma en la materia se inserta dentro de la planeación, pues está incluida en el Plan Nacional de Desarrollo, el cual se estructura a partir de cinco metas nacionales que pretende concretar a partir de objetivos, estrategias y líneas de acción, así como tres ejes transversales que deben impactar a cada una de las metas.

Es dentro de la cuarta meta denominada *México Próspero*, que según expresa, se busca impulsar el desarrollo por medio de una regulación adecuada que posibilite la competitividad de las empresas, así como la innovación y crecimiento de los sectores estratégicos.

Es ahí en donde se ubica el acceso a servicios de telecomunicaciones, para lo cual se citan los siguientes datos que pretendieron en su momento justificar la reforma de la materia:

Sin embargo, el acceso a servicios de telecomunicaciones en México aún es limitado para gran parte de la población. La penetración de la telefonía móvil en el país es de 86 líneas por cada 100 habitantes contra 112 en países como España. Además, México se encuentra en los últimos lugares en penetración de banda ancha entre los países de la OCDE: este tipo de banda tiene una penetración del 11.4% en telefonía fija y 9.6% en telefonía móvil, con una velocidad promedio de 5.3 Mb en 2012, mientras que el equivalente en Chile fue de 19 Mb. Además, existen retos de cobertura y competencia en el sector: existen sólo 17 líneas de teléfono fijas por cada 100 habitantes; la televisión de paga cubre alrededor del 10% de la población; la televisión abierta tiene 465 estaciones concesionadas y el 95% de éstas se concentran en dos empresas. Lo anterior impacta los precios de los servicios de telecomunicaciones que enfrentan las empresas y la población en general. Una consecuencia es que, de acuerdo con el Informe Mundial sobre la Tecnología de la Información 2013 del Foro Económico Mundial, México ocupa la posición 63, de un total de 144 países, según el Índice de Tecnologías de la Información.³⁴

Y es que las referidas cifras deben mejorar en la búsqueda del progreso, para lo cual el documento establece como objetivo el democratizar el acceso a los servicios de telecomunicaciones, el que conducirá a la eliminación de las trabas que limitan el potencial productivo del país, según se señala en el propio Plan:

Por su parte, para democratizar el acceso a servicios de telecomunicaciones, la Reforma al Sector tiene como base tres pilares denominados como el ABC de las

³⁴ Plan Nacional de Desarrollo, <http://pnd.gob.mx/wp-content/uploads/2013/05/PND.pdf>

Telecomunicaciones: i) Asegurar la cobertura universal de servicios de televisión, radio, telefonía y datos para todo el país; ii) Buenos precios para que todos los niveles socioeconómicos tengan acceso a los servicios de telecomunicaciones mediante la promoción de la competencia en el sector; y iii) Calidad en el servicio y en los contenidos de tal manera que se cuente con servicios más rápidos, confiables y diversos. Asimismo, la Reforma de Telecomunicaciones establece el derecho al libre acceso a información plural y oportuna, así como a buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole por cualquier medio de expresión.³⁵

La cobertura mencionada debe considerar también que las cifras se impactan no sólo debido a la infraestructura y regulación normativa de las telecomunicaciones, sino también al contexto nacional de México, pues no es posible contar con mayor acceso a la telefonía móvil por ejemplo por falta de cobertura, sino ante el limitado poder adquisitivo de los habitantes, que aunque los servicios se han abaratado a lo largo del tiempo y los avances tecnológicos, siguen resultado inaccesibles para algunos sectores de la población, al igual que sucede con la internet.

De acuerdo al sustento de la reforma pretende lograr la cobertura universal de las telecomunicaciones, lo que sin duda mejorará el ranking en el que se ubica México con relación a los países del mundo y a los miembros de la OCDE³⁶, además de constituir un indicador de bienestar o variable del desarrollo, que además hasta el momento se ha relacionado con algunos de los puntos ya reformados en el actual sexenio, como lo es la reforma educativa.

La calidad de los servicios si es un aspecto a mejorar de manera urgente ya que las deficiencias en buena parte se originan por la falta de competitividad ante los agentes económicos preponderantes, quienes en ocasiones y dependiendo de las zonas de cobertura del país, al ser los únicos no se ocupan de brindar un buen servicio.

A pesar de lo anterior, existen algunas cuestiones que desde luego no cuentan con justificación suficiente, ya que no incidirán directamente en la mejora de la calidad de vida o por ejemplo en el crecimiento económico, como lo han sido los programas sociales que buscan cumplir con algunas disposiciones de la reforma en

³⁵ *Ídem*, p. 86.

³⁶ Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico.

la materia a través de dotar a las familias de televisiones digitales para superar lo que se ha denominado como el *apagón analógico*.

VI. El Instituto Federal de Telecomunicaciones.

En cuanto a la autoridad en la materia, a través del tiempo se ha hecho necesario el contar con los denominados órganos reguladores, como lo fue por ejemplo la Comisión Federal de Telecomunicaciones³⁷, que dejó de ser tal para convertirse en el Instituto Federal de Telecomunicaciones a partir de la mencionada reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de fecha 11 de junio del año 2013.

Según lo dispuesto por la fracción V del artículo 6 constitucional a partir de la reforma, la naturaleza jurídica de lo que nuestra Carta Magna denomina como organismo encargado de la radiodifusión es de descentralizado, con autonomía técnica, operativa, de decisión y de gestión, cuyo objeto es el de proveer el servicio de radiodifusión sin fines de lucro.

Es de hacerse notar también el tinte que se pretende de imparcialidad y democratización, al establecer la norma fundamental que el organismo cuenta con un Consejo Ciudadano, para asegurar de este modo su independencia y una política editorial imparcial y objetiva.

Se destaca que también la reforma constitucional adicionó al artículo 28 de la norma fundamental algunos párrafos, y el que nos atañe con relación a las telecomunicaciones, es el que determina que el Instituto es un órgano autónomo, que tiene por objeto el desarrollo eficiente de la radiodifusión y las telecomunicaciones; sin embargo esta forma de organización administrativa; aunque ciertamente le permite tomar decisiones sin dependencia formal de otra autoridad, no impide de facto que se encuentre subordinado al ejecutivo, pues finalmente también intervine de manera atemperada.

Las funciones del IFT establecidas constitucionalmente son las de:

³⁷ Asimismo se citan como ejemplos la Comisión Federal de Competencia (1993), Comisión Reguladora de Energía y Comisión Nacional Bancaria y de valores (1995), Comisión Federal de Mejora Regulatoria (2000). Sin menoscabo de que se han creado otras comisiones y/o se siguen reestructurando.

- Regulación, promoción y supervisión del uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico y las redes;
- La prestación de los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones,
- El acceso a infraestructura activa, pasiva y otros insumos esenciales

El citado Instituto también cuenta con facultades en materia económica que como lo menciona la doctrina de derecho administrativo, más que concurrentes deben denominarse coincidentes, pues son llevadas a cabo por éste y no por la Comisión Federal de Competencia Económica.

Estas facultades en materia económica son entre otras:

- Garantizar la libre competencia y concurrencia,
- Prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados;
- Ordenar medidas para eliminar las barreras a la competencia y la libre concurrencia;
- Regular el acceso a insumos esenciales,
- Ordenar la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones de los agentes económicos.³⁸

La mencionada autonomía del actual órgano intenta conseguirse además mediante el nombramiento de los comisionados que integran su órgano de gobierno, que en términos del artículo 28, párrafo décimo noveno adicionado, fracción XII párrafo segundo de la Constitución, se realiza a propuesta del Ejecutivo, con ratificación del Senado; y el nombramiento del Presidente se hace por mayoría calificada de las dos terceras partes del Senado, según lo dispone el párrafo tercero de la citada fracción.

De la misma forma la duración del encargo es de nueve años, lo que garantiza la imparcialidad.

La libre concurrencia es una característica de los mercados de todo tipo establecida por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que en términos generales corresponde a la Comisión Federal de Competencia Económica

³⁸ Artículo 6° de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, *op. cit.*

mediante la vigilancia de las actividades económicas para hacer posible la materialización de la misma.

Ahora bien, la reforma de telecomunicaciones ha impactado en el tema, al permitirle al Instituto Federal de Telecomunicaciones atribuciones específicas sobre el particular, ya que para que el Instituto pueda establecer si existe un agente económico preponderante, debe determinar primeramente si el mismo cuenta con poder sustancial en el mercado relevante, tal como lo dispone el artículo 131 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión:

Artículo 131. Cuando el Instituto considere que existen condiciones de competencia efectiva en el sector de las telecomunicaciones, determinará los criterios conforme a los cuales los concesionarios de redes públicas de telecomunicaciones, fijas y móviles, celebrarán de manera obligatoria acuerdos de compensación recíproca de tráfico, sin cargo alguno por terminación, incluyendo llamadas y mensajes cortos.

[...]

El Instituto, previo a determinar que un agente económico preponderante ya no cuenta con dicho carácter o dejó de tener la participación a la que se refiere el párrafo segundo de este artículo, deberá determinar si dicho agente cuenta con poder sustancial en el mercado relevante de terminación de llamadas y mensajes cortos. En caso que el agente cuente con poder sustancial en el mercado referido, el Instituto resolverá si éste continúa en el régimen asimétrico establecido en el inciso a) del párrafo segundo de este artículo o bien, si le fija una tarifa asimétrica conforme a la metodología prevista en los párrafos segundo, tercero y cuarto del inciso b) de este artículo.³⁹

Esto es porque la normatividad en la materia, comenzando desde luego por la norma fundamental, persigue que haya condiciones de competencia efectiva en el sector de las telecomunicaciones; lo que obedece a que desde años atrás, existió no sólo un monopolio del Estado, sino un agente económico preponderante que al acaparar el mercado, impedía la libre competencia, causando con ello no sólo perjuicios a los demás agentes, sino a los propios particulares como usuarios; lo que resulta evidente porque a partir de las modificaciones a las tarifas por los servicios de telecomunicaciones se produjo una reducción que impacta en los consumidores y en las condiciones de los contratos que se celebran con tal motivo.

Además de que las normas de referencia señalan que la preponderancia se determina a partir de una participación nacional mayor al cincuenta por ciento en el

³⁹ *Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, op. cit.*

sector de las telecomunicaciones, medido a partir del número de usuarios, suscriptores, el tráfico en sus redes o la capacidad utilizada en las mismas. Lo cual puso de manifiesto que la reforma estaba dirigida prácticamente a un destinatario específico, con la pretensión de imponerle lo que la ley denomina como tarifa asimétrica; además de que el mismo artículo 131 de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión determina que los agentes económicos preponderantes no cobrarán por el tráfico que termina en su red.

Al respecto también es necesario precisar que la determinación del mercado relevante debe hacerse en conformidad a lo dispuesto por la Ley Federal de Competencia Económica, que en su artículo 58 señala los criterios que se deben seguir:

Artículo 58. Para la determinación del mercado relevante, deberán considerarse los siguientes criterios:

I. Las posibilidades de sustituir el bien o servicio de que se trate por otros, tanto de origen nacional como extranjero, considerando las posibilidades tecnológicas, en qué medida los consumidores cuentan con sustitutos y el tiempo requerido para tal sustitución;

II. Los costos de distribución del bien mismo; de sus insumos relevantes; de sus complementos y de sustitutos desde otras regiones y del extranjero, teniendo en cuenta fletes, seguros, aranceles y restricciones no arancelarias, las restricciones impuestas por los agentes económicos o por sus asociaciones y el tiempo requerido para abastecer el mercado desde esas regiones;

III. Los costos y las probabilidades que tienen los usuarios o consumidores para acudir a otros mercados;

IV. Las restricciones normativas de carácter federal, local o internacional que limiten el acceso de usuarios o consumidores a fuentes de abasto alternativas, o el acceso de los proveedores a clientes alternativos;

V. Los demás que se establezcan en las Disposiciones Regulatorias, así como los criterios técnicos que para tal efecto emita la Comisión.⁴⁰

Y es que la propia Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, a pesar de ser omisa en señalar dentro del listado de leyes supletorias a la Ley Federal de Competencia Económica, la materia y el objeto de regulación de ambas son los mismos, aunque en el caso de aquella se trata específicamente del sector de las telecomunicaciones, y en el segundo párrafo del artículo 6° de la Ley Federal de Competencia Económica se refiere a la tramitación específica de los asuntos

⁴⁰ *Ley Federal de Competencia Económica*, publicada en el Diario Oficial de la Federación en fecha 23 de mayo del 2014.

conforme a ésta o aquella, además de que la fracción V del artículo trasunto se refiere a los criterios técnicos que establezca la Comisión Federal de Competencia Económica, por lo que a partir de ahí se desprende la operatividad de la supletoriedad.

La misma Ley Federal de Competencia Económica establece respecto a la determinación del poder sustancial que:

Artículo 59. Para determinar si uno o varios Agentes Económicos tienen poder sustancial en el mercado relevante, o bien, para resolver sobre condiciones de competencia, competencia efectiva, existencia de poder sustancial en el mercado relevante u otras cuestiones relativas al proceso de competencia o libre concurrencia a que hacen referencia ésta u otras Leyes, reglamentos o disposiciones administrativas, deberán considerarse los siguientes elementos:

I. Su participación en dicho mercado y si pueden fijar precios o restringir el abasto en el mercado relevante por sí mismos, sin que los agentes competidores puedan, actual o potencialmente, contrarrestar dicho poder.

Para determinar la participación de mercado, la Comisión podrá tener en cuenta indicadores de ventas, número de clientes, capacidad productiva, así como cualquier otro factor que considere pertinente;

II. La existencia de barreras a la entrada y los elementos que previsiblemente puedan alterar tanto dichas barreras como la oferta de otros competidores;

III. La existencia y poder de sus competidores;

IV. Las posibilidades de acceso del o de los Agentes Económicos y sus competidores a fuentes de insumos;

V. El comportamiento reciente del o los Agentes Económicos que participan en dicho mercado, y

VI. Los demás que se establezcan en las Disposiciones Regulatorias, así como los criterios técnicos que para tal efecto emita la Comisión.⁴¹

Tal como ya se ha expresado la competencia efectiva es un elemento fundamental que debe considerarse en la evolución del Estado y su adaptación al contexto actual internacional, ya que de ésta depende la información que se brinde y por lo tanto se encuentra relacionado con los derechos humanos como la libertad de pensamiento, conciencia, expresión, autodeterminación informativa, a la información y el acceso a la información, e incluso con el derecho a la participación política; entre otros, ya que resulta claro que una sociedad democrática requiere de que la información circule y no sólo por una única fuente, que es lo que sucede con

⁴¹ *Ídem.*

los agentes económicos preponderantes y de acuerdo a los conceptos que se han precisado con antelación.

Pero también debe considerarse que el encargado de las telecomunicaciones y de los servicios relacionados con las mismas es el propio Estado, y que lo hace mediante el auxilio de los particulares, a través de la regulación de instituciones jurídicas propias del derecho administrativo, como lo es la concesión, la cual se inserta dentro del esquema de gobernanza.

A pesar de la multiplicidad de conceptos de ésta, para efectos del tema que se trata, es necesario precisar que:

[...] los conceptos de gobernanza varían conforme a la prioridad que se le da a sus componentes (actores, políticas y regulaciones básicamente) o al proceso en sí mismo, pudiendo referir, por ejemplo al proceso implicado en la administración pública o a la forma en que el Estado enfrenta los temas prioritarios de su agenda en correlación con actores privados, esto es, gobernanza como gestión pública o como gobernanza en red.⁴²

Si bien la mencionada gobernanza requiere de la intervención activa de los otros sectores además del público de manera corresponsable, es difícil de lograr una materialización justa de la misma, debido a que los monopolios estatales de antaño se han transformado prácticamente a monopolios privados, en donde ciertamente el Estado es auxiliado en sus actividades, produciendo con ello un beneficio a la población; no obstante por otra parte los que pudieran obtener los concesionarios participantes, se ven severamente limitados por la preponderancia de agentes que bajo el marco constitucional y legal vigentes, han obtenido una ventaja excesiva y han hecho nugatoria la libre concurrencia en la materia.

Y es que las telecomunicaciones también se insertan dentro de los denominados servicios públicos, cuya prestación de inicio corresponde al Estado, pero que en el referido marco de gobernanza y ante la imposibilidad de brindarlos, éste le ha permitido a los particulares hacerlo, y los beneficios excesivos también se han debido a las propias particularidades de las telecomunicaciones, en donde los usuarios finales aceptan las condiciones que le son impuestas por los agentes

⁴² Ocman Azueta, Claudia, *et al.*, "Gobernanza: acercamientos teórico conceptuales", en Zenteno Trejo, Blanca Yaquelín y Osorno Sánchez, Armando (Coords.). *Gobernanza, derechos humanos y grupos vulnerables*, México, Juan Pablos Editor, 2015, p. 29.

económicos sin ningún tipo de protesta, y pagan por el servicio de que se trate, lo que no sucede en el caso de los demás servicios públicos que otorga el Estado, con independencia de que se presten de manera directa o sean concesionados.

Se han citado con antelación y de manera general las atribuciones que corresponden al Instituto Federal de Telecomunicaciones a partir de lo dispuesto por la norma fundamental; sin embargo y para efectos del presente artículo, es necesario hacer énfasis en las relativas a las que tiene en materia de concesiones y de “mercados relevantes” y “poder sustancial”:

Artículo 15. Para el ejercicio de sus atribuciones corresponde al Instituto:

[...]

V. Otorgar las concesiones previstas en esta Ley y resolver sobre su prórroga, modificación o terminación por revocación, rescate o quiebra, así como autorizar cesiones o cambios de control accionario, titularidad u operación de sociedades relacionadas con concesiones;

[...]

VIII. Fijar tanto el monto de las contraprestaciones por el otorgamiento de las concesiones, así como por la autorización de servicios adicionales vinculados a éstas, previa opinión no vinculante de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público;

[...]

XVIII. Ejercer las facultades en materia de competencia económica en telecomunicaciones y radiodifusión, en términos del artículo 28 de la Constitución, esta Ley, la Ley Federal de Competencia Económica y demás disposiciones aplicables;

[...]

XX. Determinar la existencia de agentes económicos con poder sustancial en los mercados relevantes que correspondan, así como agentes económicos preponderantes en los sectores de radiodifusión y de telecomunicaciones; e imponer las medidas necesarias para evitar que se afecte la competencia y la libre concurrencia en los mercados materia de esta Ley;

XXI. Declarar la existencia o inexistencia de condiciones de competencia efectiva en el sector de que se trate y, en su caso, la extinción de las obligaciones impuestas a los agentes económicos preponderantes o con poder sustancial;

XXII. Establecer las medidas e imponer las obligaciones específicas que permitan la desagregación efectiva de la red local del agente económico preponderante en el sector de las telecomunicaciones o del agente que a nivel nacional tenga poder sustancial en el mercado relevante de servicios de acceso al usuario final, de manera que otros concesionarios puedan acceder a los medios físicos, técnicos y lógicos de conexión entre cualquier punto terminal de la red pública de telecomunicaciones y el

punto de acceso a la red local pertenecientes a dichos agentes, entre otros elementos;⁴³

Asimismo en cuanto a las concesiones, el Instituto es el encargado de vigilar el cumplimiento de la propia normatividad, para en caso de que se incumpla, pueda proceder a la revocación de la misma, lo que no ha sucedido en virtud de los intereses que se protegen y de la permisividad del Estado, ya que éste puede influir en los ciudadanos a partir del manejo de la información; sin menoscabo que el Instituto también puede ejercer una especie de censura al imponer límites a la información y publicidad, a la cual la ley se refiere como suspensión precautoria, así como imponer sanciones, sin perjuicio de las que las Secretarías de Salud y de Gobernación también pueden imponer.

A final de cuentas las atribuciones del Instituto Federal de Telecomunicaciones comparativamente con la regulación anterior, en sustitución de la Comisión Federal de Telecomunicaciones hacen que el nuevo órgano tenga mayores facultades en la materia, las que aunque no dependen necesariamente de su autonomía constitucional, pretenden ser notoriamente más eficaces, como es el caso del ya comentado poder de regulación asimétrica a los agentes económicos preponderantes, la imposición de mayores sanciones, el contar con facultades en materia de competencia económica; justificación que se sustenta en la especialidad de la materia y el poder de otorgar concesiones en atención a criterios no necesariamente económicos; lo que convierte al Instituto en un órgano que puede cumplir con sus fines de una manera más eficaz que la regulación anterior; sin menoscabo de que en alguna medida la reforma en la materia encuentra justificación en las tendencias y/o presiones mundiales.

Ojalá en lo relativo a la tutela de los derechos humanos, en donde se incluye (si así se le quiere considerar el acceso a internet), la creación de la red pública compartida de telecomunicaciones constituya el vehículo o instrumento idóneo para hacerlo realidad, ya que la consulta o utilización de la red no asegura un beneficio para la población, pues la cultura del uso de las tecnologías de la información y comunicación se ha convertido también en un problema social, que constituye un

⁴³ *Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, op. cit.*

distractor o induce a la pérdida de tiempo en actividades mayormente productivas; lo que en el caso del derecho económico, al ser un medio de regulación de los agentes económicos, parece ser un contrasentido.

Conclusiones:

- La reforma constitucional en telecomunicaciones ha sido un buen comienzo para consolidar o hacer más efectiva la libre competencia en la materia y fomentar con ello una competencia económica real en beneficio de los usuarios, pero también del propio Estado.

- El rediseño institucional de las telecomunicaciones en nuestro país tiende a posibilitar la cobertura a una mayor parte de la población, tal como se establece en el Plan Nacional de Desarrollo y según se aprecia en la legislación secundaria.

- De lo anterior se desprende que la reforma en telecomunicaciones ha constituido un buen inicio en lo que respecta a la reestructura y organización del sector; cuyos resultados serán apreciables en los próximos años y dependerán en gran medida de la observancia de las nuevas disposiciones, sin olvidar que el Derecho Económico al igual que las demás ramas del mismo requieren de una transformación y en su caso adaptación constante, acorde a las exigencias y circunstancias que constituyen su contexto. Se espera que al momento de evaluar los resultados, éstos sean favorables en beneficio del país y de la sociedad que lo conforma.

Fuentes

Bibliografía

FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge y RIVERA HERNÁNDEZ, Juan (Coords.) *La Concesión de las telecomunicaciones*, México, IIJ – UNAM, 2011.

FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. *Servicios públicos municipales*, México, IAP – IIJ UNAM, 2002.

ZENTENO TREJO, Blanca Yaquelín y OSORNO SÁNCHEZ, Armando (Coords.).
Gobernanza, derechos humanos y grupos vulnerables, México, Juan Pablos
Editor, 2015.

Legisgrafía

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación en fecha 5 de febrero de 1917.

Decreto por el que se expiden la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, y la Ley del Sistema Público de Radiodifusión del Estado Mexicano; y se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones en materia de telecomunicaciones y radiodifusión, publicado en el Diario Oficial de la Federación en fecha 14 de julio de 2014.

Ley Federal de Competencia Económica, publicada en el Diario Oficial de la Federación en fecha 23 de mayo del 2014.

Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, publicada en el Diario Oficial de la Federación en fecha 14 de julio de 2014.

Direcciones Electrónicas

<http://pnd.gob.mx/wp-content/uploads/2013/05/PND.pdf>.

TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA MUERTE DIGNA EN MÉXICO

Laura Celia Pérez Estrada*

SUMARIO: Introducción; I. Concepciones sobre la muerte; II. Cronología histórica-jurídica de los procesos de muerte; III. La eutanasia y otros conceptos; IV. La voluntad anticipada: concepto y legislación en México; Conclusiones; Fuentes.

Introducción

La vida de la persona humana se ha visto significada por el cuerpo y el espíritu, posee una dignidad que la hace diferente al resto de los seres vivos; Kant, refería que "...Vivir no es algo necesario, pero sí de manera digna..."; la dignidad humana es un derecho fundamental, inherente a toda persona, desde el nacimiento hasta la muerte; no se trata de un simple paradigma ético o moral, sino que debe ser protegida y garantizada por el Estado.

La muerte es un evento concebido desde una multiplicidad de perspectivas como la biológica, médica, cultural, filosófica, jurídica, entre otras, que tratan de dar respuestas sobre el ciclo de vida de una persona; pero este tema escinde en quienes sustentan que la muerte o la pérdida de la vida en un enfermo que padezca una enfermedad incurable e irreversible, no puede estar a su libre albedrío. El avance de la medicina ha permeado en el proceso de muerte, toda vez que los procedimientos médicos enfocados a salvar la vida, someten en algunas ocasiones a mantenerla de manera artificial a un enfermo cuyo padecimiento es reconocido e irreversible, impidiéndole el derecho a un proceso de muerte digna. Lo anterior obliga a entrar en estudio de conceptos como ortotanasia, eutanasia, cuidados paliativos, suicidio asistido y testamento vital.

En este sistema jurídico-social complejo del Estado mexicano, aún guarda reservas sobre el reconocimiento de la muerte digna, empero está tratándola a través de leyes sobre la voluntad anticipada o testamento vital; hasta el momento

* Doctora en Derecho Procesal, Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana.

once entidades federativas cuentan con ellas; Veracruz, tiene esa asignatura pendiente.

La muerte con dignidad resulta de los temas más discutidos para el campo jurídico, reconocerlo como un derecho a morir, no necesariamente implica un deseo por la muerte, sino la autonomía de la voluntad para que un enfermo, sus representantes legales o familiares, tomen la decisión de seguir o interrumpir un tratamiento médico que conlleve a extinguir la vida de la persona.

I. Concepciones sobre la muerte.

Desde tiempos remotos, el tema ha sido tan discutido como la vida misma, Marco Aurelio escribió “Que una de las funciones más notables de la razón es la de saber cuándo ha llegado el momento de abandonar este mundo”. El devenir del ser humano trae consigo que nadie puede escapar a la muerte, es un destino cierto – hasta ahora-, sin embargo, resulta importante la actitud que se asume frente a ella para que conduzca a una medida jurídica a todos aquellos que encontrándose en una situación medicamente decretada como incurable, el Estado les otorgue una protección para una muerte digna, sustentadas a través de prácticas, derechos o leyes dotadas de humanismo; de tal manera que evite menoscabos económicos, familiares, éticos, morales, psicológicos, entre otros.

Dentro de la concepción ética, el Filósofo Español José Luis Aranguren⁴⁴, clasificó cinco actitudes ante la muerte; a la primera le denomina la muerte eludida, entendiéndola como aquella en la que el ser humano no se plantea en ningún momento el hecho de una muerte futura, la elimina de sus preocupaciones toda vez que *per se* es imposible desaparecerla. La segunda actitud es la muerte negada, refiere que hacemos de la muerte una simple apariencia, negamos su presencia y solo se asume como el umbral hacia otra vida; Platón consideraba la supervivencia del alma después de la muerte.

La tercera actitud es la muerte apropiada, en donde los seres humanos somos dueños de la propia muerte, convirtiéndola en el último y supremo acto de la existencia humana. Los mejores representantes de esta actitud serían Heidegger y

⁴⁴ López Aranguren José Luis, *Ética*, vol. 2, España, Trotta, 1994.

Rilke. La cuarta, es la muerte buscada, referenciado a Freud, en donde la persona en un impulso tanático, busca ansiosamente la muerte, deseando regresar al estado inorgánico de su origen; y por último, cita a la muerte absurda, siendo Jean Paul Sartre su máximo expositor, quien sustenta que se puede preverla pero no esperarla, toda vez que sorprende por su contingencia y por su azarosidad.

La muerte desde el punto de vista biológico, se entiende como el cese de la vida, como la pérdida o destrucción del organismo, por tanto, se tiene que valer de la ciencia médica, para determinar causas biológicas que indujeron a la muerte.

En este mismo sentido, Klarsfeld y Revah⁴⁵, citan a dos científicos destacados para explicar la muerte y su relación con las ciencias de la vida, el primero de ellos Claude Bernad (1813-1878), Biólogo teórico y Médico Francés; sustenta que los organismos viven en su entorno y contra él, éste es su oportunidad de desarrollo pero a la vez su amenaza, la existencia es una constante alternancia de vida y muerte, de composición y descomposición. No hay vida sin muerte, ni muerte sin vida. El segundo es August Weismann (1834-1914), Biólogo Alemán; distingue entre las causas externas e internas de muerte, la edad es el factor determinante para producir en los tejidos del cuerpo y su debido funcionamiento, entre más edad existe menos tejidos, conduciéndolo a la llamada muerte natural o normal.

Ahora bien, desde el punto de vista cultural, conformado de creencias y prácticas de los pueblos, mayoritariamente asume la idea de que los seres humanos poseen un alma que sobrevive a la muerte; cada cultura la asume según sus usos y costumbres, a verbigracia, se cita la visión de los indígenas *tzotziles*, quienes sostienen que la muerte es sólo un paso para la reencarnación, es decir, para volver a vivir, se necesita morir y en ese sentido refieren:

El alma innata se ubica en el corazón y consta de 13 partes. Si bien es divisible en forma temporal, se le considera eterna e indestructible. Con la muerte abandona el cuerpo y se le asocia con su tumba durante varios años; pasado un tiempo ingresa al grupo de almas innatas cuidadas por los dioses ancestrales, que la implantarán de nuevo en un embrión humano y de manera simultánea instalarán la misma alma

⁴⁵ Klarsfeld, André, y Revah, Frederic, *Biología de la muerte*, España, Complutense, 2002, pp. 17-36.

innata en el embrión de un animal. Esta alma abandona el cuerpo para volver a recorrer el curso de su vida, al juntar todas sus piezas de carne, cabello y uñas.⁴⁶

Por cuanto hace a la concepción médica, el marco conceptual-legal se fundamenta en la Ley General de Salud, Título Décimo Cuarto, Capítulo IV, artículo 343, que señala a la muerte como la pérdida de la vida, la cual se presenta con la muerte encefálica o el paro cardíaco irreversible:

Artículo 343. Para efectos de este Título, la pérdida de la vida ocurre cuando se presentan la muerte encefálica o el paro cardíaco irreversible.

La muerte encefálica se determina cuando se verifican los siguientes signos:

- I. Ausencia completa y permanente de conciencia;
- II. Ausencia permanente de respiración espontánea, y
- III. Ausencia de los reflejos del tallo cerebral, manifestado por arreflexia pupilar, ausencia de movimientos oculares en pruebas vestibulares y ausencia de respuesta a estímulos nociceptivos.

Se deberá descartar que dichos signos sean producto de intoxicación aguda por narcóticos, sedantes, barbitúricos o sustancias neurotrópicas⁴⁷.

Por tanto, afirma que la muerte de una persona se presenta cuando hay cesación de estos sistemas funcionales, tanto de signos vitales como de actividad cerebral.

Más que una conceptualización jurídica de la muerte, se enuncian consideraciones sobre ésta; es conocido por todos los estudiosos del derecho que la muerte es tratada por legislaciones de la ciencia penal, el bioderecho, el derecho social, el derecho civil, entre otras tantas; y en último punto los derechos y obligaciones civiles, no cesan con la muerte, según los postulados del derecho sucesorio *mortis causa*.

Partiendo del reconocimiento de la persona física como sujeto de derechos y obligaciones, su muerte trae consecuencias de derecho; la sucesión *mortis causa* se genera por el conjunto de bienes, derechos y obligaciones en el momento en que la persona que es su titular, fallece, pero estos no se extinguen, sino que deben ser sucedidos o transmitidos bien por la vía testamentaria o por la vía legítima.

El juicio sucesorio es el procedimiento por el cual se determina la calidad de heredero, se establecen los bienes que forman el activo de la herencia, se comprueban las

⁴⁶ Noguez, Austria y González, Liliana, *Las entidades anímicas y la muerte en la etnografía de los Altos de Chiapas*, Vita Brevis, Revista electrónica de estudio de la muerte, año 3, núm. 4, enero-junio de 2014, p. 41, <https://revistas.inah.gob.mx/index.php/vitabrevis/article/view/3234/3117>.

⁴⁷ *Ley General de Salud*, publicada en el Diario Oficial de la Federación en fecha 7 de febrero de 1984.

deudas que constituyen el pasivo, y, luego de procederse a su pago, se reparte el saldo entre los herederos de acuerdo con el testamento, o a falta de éste, de acuerdo con las disposiciones del Código Civil⁴⁸

Sin el ánimo de profundizar en el Derecho Sucesorio, se precisa que la denuncia de estos juicios sucesorios pueden tramitarse ante los juzgados civiles o familiares o bien ante un Notario Público (según lo estipule la ley); constan de cuatro secciones: de sucesión, de inventarios, de administración y de partición.

De lege lata, se afirma que el objeto del proceso sucesorio es la distribución de los bienes del *de cuius* y no la determinación de los sucesores o *accipens*; por ello el juicio sucesorio *ab intestato* previo a la distribución de los bienes se identifica a los herederos, y en el juicio sucesorio testamentario se aprueba formalmente el testamento.

Para culminar este apartado, toma el turno la muerte digna o bien el proceso de muerte digna, precisando en primera instancia que la dignidad humana reconocida como un derecho fundamental, inherente a toda persona, establecido en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud del cual se reconoce una calidad única y excepcional a todo ser humano por el simple hecho de serlo, debiendo ser respetada y protegida de manera integral y sin excepciones. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, da el fundamento en la siguiente tesis aislada de la novena época: cuyo rubro es:

DIGNIDAD HUMANA. EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO LA RECONOCE COMO CONDICIÓN Y BASE DE LOS DEMÁS DERECHOS FUNDAMENTALES, señala que el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todas las personas son iguales ante la ley, ... [reconocen el valor superior de la dignidad humana, es decir, que en el ser humano hay una dignidad que debe ser respetada en todo caso, constituyéndose como un derecho absolutamente fundamental, base y condición de todos los demás, el derecho a ser reconocido y a vivir en y con la dignidad de la persona humana, y del cual se desprenden todos los demás derechos...]⁴⁹

DIGNIDAD HUMANA. CONSTITUYE UNA NORMA JURÍDICA QUE CONSAGRA UN DERECHO FUNDAMENTAL A FAVOR DE LAS PERSONAS Y NO UNA SIMPLE DECLARACIÓN ÉTICA.

⁴⁸ Alsina Hugo, *Derecho Procesal. Juicios especiales*, Tomo VI, Buenos Aires, Ediar, 1971, p. 642.

⁴⁹ Tesis: P. LXV/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXX, diciembre de 2009.

La dignidad humana no se identifica ni se confunde con un precepto meramente moral, sino que se proyecta en nuestro ordenamiento como un bien jurídico circunstancial al ser humano, merecedor de la más amplia protección jurídica, reconocido actualmente en los artículos 1o., último párrafo; 2o., apartado A, fracción II; 3o., fracción II, inciso c); y 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En efecto, el Pleno de esta Suprema Corte ha sostenido que la dignidad humana funge como un principio jurídico que permea en todo el ordenamiento, pero también como un derecho fundamental que debe ser respetado en todo caso, cuya importancia resalta al ser la base y condición para el disfrute de los demás derechos y el desarrollo integral de la personalidad. Así las cosas, la dignidad humana no es una simple declaración ética, sino que se trata de una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de la persona y por el cual se establece el mandato constitucional a todas las autoridades, e incluso particulares, de respetar y proteger la dignidad de todo individuo, entendida ésta -en su núcleo más esencial- como el interés inherente a toda persona, por el mero hecho de serlo, a ser tratada como tal y no como un objeto, a no ser humillada, degradada, envilecida o cosificada.⁵⁰

En tal tesitura, si hay vida digna, también debe ser protegida y respetada la decisión a una muerte digna o una buena muerte; cuando se reúnan circunstancias de salud graves, irreversibles y certificadas médicamente, para evitar que las instituciones de salud o sanitarias, no trasgredan tal derecho y pretendan prologar una vida que no da para más; en consecuencia se debe priorizar el derecho a quien nadie debe ser obligado a vivir en tales condiciones si no es su deseo. De tal suerte, que la muerte digna se entenderá la supresión o impedimento de procesos médicos que degradan o deshumanizan el fin de la vida de manera digna.

Dentro de las páginas del libro *Manifiesto de una muerte digna*, Arthur Koestler punteaba sobre la eutanasia de la siguiente manera: “la eutanasia como la obstetricia, es una manera de superar el hándicap biológico”⁵¹

En aras de perfeccionar la postura que antecede, la muerte digna debe allegarse de determinados derechos humanos como lo son:

- a) Derecho a la salud; a los servicios de salud, como son medicinas, atención médica y hospitalaria, a los tratamientos o cuidados paliativos, consistentes en “el cuidado activo y total de aquéllas enfermedades que no responden a

⁵⁰ Tesis: 1a./J. 37/2016 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo II, Agosto 2016, Materia(s): Constitucional.

⁵¹ Pániker Salvador, *et. al.*, *Prologo de manifiesto de una muerte digna*, España, Kairós, 1993, p. 467.

tratamiento curativo. El control del dolor, y de otros síntomas, así como la atención de aspectos psicológicos, sociales y espirituales”⁵²

- b) Derecho a la intimidad; a que el paciente en estado terminal⁵³, le sean proporcionados espacios físicos o pabellones por parte de los servicios de salud, para una privacidad adecuada e íntima, así también para sus familiares.
- c) Derecho a la compañía familiar en el proceso de muerte; permitirle a que en todo momento su familia se encuentre en contacto con el paciente en fase terminal.
- d) Derecho a ser informado; tanto en los tratamiento médicos y terapéuticos consecuencias, plazo de vida, así como de otros métodos y técnicas científicas para su deceso; sin soslayar el marco jurídico que lo protege.
- e) Derecho a no ser objeto de experimentación; es decir, que por su condición se le indiquen tratamientos experimentales en su cuerpo, sin estar claros en las consecuencias físicas que contraigan.

En otras palabras, la muerte digna preconiza una serie conductas, intereses, derechos, obligaciones, en virtud del cual, el enfermo o interpósita persona facultada legalmente, ejecute actos que lo lleven a finalizar su vida. El hecho de pensar en la muerte, nos limita, nos irrita, no puede ser mitigada, no puede resolverse; del tal manera que se vuelve un ejercicio de conciencia personal, partiendo de la idea de cómo la persona haya desarrollado su vida, se asumirá la muerte con resignación, con paz interior, con conciencia.

II. Cronología histórica- jurídica de los procesos de muerte.

El abordaje del tema de la muerte de un ser humano, puede darse según la disciplina científica, cultura, usos y costumbres; antiguamente el deceso de las personas era frecuente porque la esperanza de vida era mínima, ya que al no contar

⁵² Artículo 166 Bis 1 fracción III, *Ley General de Salud*, publicada en el Diario Oficial de la Federación en fecha 7 de febrero de 1984.

⁵³ Enfermedad en estado terminal. A todo padecimiento reconocido, irreversible, progresivo e incurable que se encuentra en estado avanzado y cuyo pronóstico de vida para el paciente sea menor a 6 meses. Artículo 166 Bis 1 fracción I, *Ley General de Salud*, *op. cit.*

con los recursos medicinales y terapéuticos como ahora, ergo, el avance de los tratamientos médicos, han traído como consecuencia que los enfermos en etapa terminal, puedan ampliar su tiempo de vida, pero también ha dado origen a que pueda tomar la decisión de manera informada y oportuna, acerca de su proceso de muerte.

Como antecedente remoto se cita el siglo III. a.C. en donde el Estado ateniense daba a sus ciudadanos enfermos o desahuciados, la oportunidad de una muerte segura, les proveía de cicuta a quien lo solicitara, misma que era resuelta por los Magistrados;⁵⁴ de ahí que se encuentre con la figura de la eutanasia activa.

En la Grecia clásica, tradicionalmente se considera a Hipócrates de Cos (S. V a.C.) el "Padre de la Medicina", a quien se le atribuye la autoría del llamado Juramento hipocrático, en el cual se afirma que el médico no dará medicamento mortal por más que le sea solicitado, lo que permitió a la medicina proteger a la vida del paciente, aun en condiciones vulnerables de salud. No obstante, la historia señala que posiblemente los griegos fueron los primeros en consentir el suicidio bajo ciertas condiciones, ya que como lo señalan los textos que recogen los pensamientos de Sócrates y Platón una enfermedad dolorosa era una buena razón para dejar de vivir. Es así como, en La República, Platón (427-337 a.C.) condena al médico Herodito por "fomentar las enfermedades... e inventar la forma de prolongar la muerte". El mejor indicio de que en Grecia se cometía el suicidio, como una forma de Eutanasia, reside en el hecho de que otros grupos representados por los pitagóricos, aristotélicos y epicúreos condenaban esta práctica.⁵⁵

En los siglos posteriores a Cristo las opiniones relacionadas con la muerte tenían un sostén ético, por una parte se defendía la vida permitiendo el uso soportes vitales que prolongaban la agonía y el sufrimiento de los enfermos y familiares; y por otro lado, se consideraba necesario acortar el sufrimiento facilitando así la muerte.

Para el XV, se da al concepto de eutanasia un sentido de detener la muerte o como lo utilizaba Francis Bacon "atajar el dolor con la muerte" e insistía que el oficio del médico no solo es en la recuperación de la salud, también se trata de mitigar los sufrimientos que traiga una enfermedad, llevarlo a la buena convalecencia, pero

⁵⁴ Ortiz Quesada, Federico, *Eutanasia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 102, <http://www.eutanasia.ws/hemeroteca/t275.pdf>

⁵⁵ Bont Maribel, Dorta Katherine, *et. al., Eutanasia: una visión histórico – hermenéutica*, Comunidad y Salud, vol.5, no.2, Maracay, 2007, p. 36, http://scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1690-32932007000200005.

cuando no sea posible, procurarle una muerte apacible. A finales del siglo XIX, el filósofo alemán Friedrich Nietzsche cuyos postulados filosóficos fueron fundamento del nazismo, señala que la sociedad debe liberarse de todas las personas inválidas e incapaces⁵⁶.

A manera de línea del tiempo se enuncian brevemente algunos datos sobre los procesos legales de la muerte suscitados en el siglo pasado y presente:

1932. En Inglaterra, se exigió la legalización de la *mercy killing* promovido por la *Society Medical of Heat*.

1938. EEUU: se funda la *Euthanasia Society of América*, más tarde se llamó *Society for the Righth to Die*.

1939. Alemania Nazi; Adolfo Hitler so pretexto de su raza superior, estableció la eutanasia como política de Estado, ordenando la eliminación física de personas epilépticas, débiles mentales, personas con deformidades, niños recién nacidos con defectos físicos y otros; evidentemente era el camino al Holocausto.

1976. Estados Unidos de Norteamérica, California; se aprueba la primera ley Testamento de vida.

1995. España, se instauró la “*Ley de Autonomía del Paciente*” así como el testamento vital, documento que reconocía la autonomía de la voluntad sobre la toma de decisiones respecto a su vida.

1996. Australia, se convierte en el primer país que practica la eutanasia a través de las inyecciones letales.

1997. Colombia, ejerciendo la acción pública de inconstitucionalidad, el ciudadano José Eurípides Parra, presenta demanda contra el artículo 326 del Código Penal por considerar que dicha disposición viola un gran número de artículos de la Constitución. El texto del artículo 326 del Código Penal es el siguiente: “Homicidio por piedad. El que matare a otro por piedad para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave o incurable incurrirá en prisión de seis meses a tres años”⁵⁷.

⁵⁶ Jiménez, José Luis, *Eutanasia, distanasia y suicidio asistido*. CD-ROM, La Habana, Centro de Bioética Juan Pablo II, 2007.

⁵⁷ Bont Maribel y Dorta Katherine *et. al., op. cit.*, p. 38.

2001. Holanda; se despenaliza la eutanasia.

2016. Francia; permite la *“ley de final de la vida”* su función es respetar la voluntad de la persona enferma para que le sean retirados los medicamentos.

Tal y como lo deduce la historia, los procesos de muerte ha sido un dilema resuelto de manera paulatina en un número creciente de países, convergiendo en la legalización de la eutanasia como una práctica médica que conlleva a una muerte digna.

III. La eutanasia y otros conceptos.

Los conceptos de eutanasia, distanasia, adistanasia, cuidados paliativos, ortotanasia, entre otros, dicha terminología *per se*, no contravienen el Juramento Hipocrático que es guía deontológica de los médicos a pesar del paso del tiempo; la Organización Mundial de la Salud –OMS- señala que este Código establece la relación médico-enfermo y su relación con otras disciplinas científicas como la ética y el derecho. La Declaración de Ginebra de la Asociación Médica Mundial, adoptada por la OMS, retoma las máximas hipocráticas de “preservar la vida humana”.⁵⁸

La muerte vista desde la autonomía del paciente o enfermo terminal, es un derecho que no puede ser soslayado; como se ha sostenido, la persona decide su vida y por ende puede decidir cómo morir; los conceptos que a continuación se describirán, se consideran procesos de humanización, de asistencia para la buena muerte en enfermos terminales.

El término eutanasia deriva de las voces griega "EU", que significa dulce, suave; y de "TANATOS", muerte, es por tanto la muerte "suave" y con este concepto se maneja en la actualidad⁵⁹.

La eutanasia dentro del abordaje penal que señala Jiménez de Asúa, la explica como una muerte tranquila, con la finalidad de liberar al enfermo de padecimientos

⁵⁸ Declaración de Ginebra de la Asociación Médica Mundial, [http://hist.library.paho.org/Spanish/BOL/v108n\(5-6\)p621.pdf](http://hist.library.paho.org/Spanish/BOL/v108n(5-6)p621.pdf)

⁵⁹ Padovani Cantón, Antonio Manuel, y Clemente Rodríguez, María Elisa, “Eutanasia y legislación”, *Revista Ciencias Médicas de Pinar del Río*, Cuba, Agosto 2008, <http://scielo.sld.cu/pdf/rpr/v12n2/rpr15208.pdf>

intolerables y sin remedio y que previo diagnóstico médico, el sujeto lo solicita por ser insostenible su situación de vida.⁶⁰

Algunos tratadistas como Ramón Maciá Gómez, señala que eutanasia:

Deriva del griego: "eu" (bien) y "thánatos" (muerte). Es todo acto u omisión cuya responsabilidad recae en personal médico o en individuos cercanos al enfermo, y que ocasiona la muerte inmediata de éste con el fin de evitarle sufrimientos insoportables o la prolongación artificial de su vida. Cabe inicialmente destacar dos datos relevantes: para que la eutanasia sea considerada como tal, el enfermo ha de padecer, necesariamente, una enfermedad terminal o incurable, y en segundo lugar, el personal sanitario ha de contar expresamente con el consentimiento del enfermo.⁶¹

La Organización Mundial de la Salud ha definido a la eutanasia como acción ejercitada por un médico que provoca deliberadamente la muerte del paciente. Ergo, se traduce como la acción deliberada que tiene por finalidad retirar la vida del ser humano que se encuentra enfermo y sin perspectiva de cura; se clasifica de diversas formas:

- Eutanasia Activa, Positiva o Directa: aquella que, mediante una acción o intervención positiva se provoca la muerte de la persona, ésta a su vez puede ser voluntaria, la cual se lleve a cabo con el consentimiento de la persona y la involuntaria o Cacotanasia, que es sin el consentimiento del enfermo.
- Eutanasia Pasiva, Negativa o Indirecta: procura aliviar al enfermo de sus dolores aunque se corra el riesgo de acortar su vida, suspender deliberadamente el tratamiento del paciente, por tanto hay intención de causar la muerte.
- Eutanasia suicida; también conocido como suicidio Asistido o Voluntario; que consiste en ayudar a una persona enferma en etapa terminal a terminar con su vida; se reconocen dos formas: Eutanasia por piedad; tiene el propósito de liberar a la persona de una senectud angustiosa o de las consecuencias de una enfermedad que lo priva de una certeza de vida digna y la Eutanasia eugenésica; también conocida como eugenesia económica o social, ya que con ella se eliminan a las personas con deficiencias o defectos físicos, que le provocarían al Estado altos

⁶⁰ Jiménez de Asúa Luis, *Libertad de amar y derecho a morir. Ensayos de un criminalista sobre Eugenesia Eutanasia Endocrinología*, 3ª ed., Historia Nueva, Aldus S.A de Artes Gráficas Santander, 1929.

⁶¹ Gómez Maciá, Ramón, *Eutanasia Concepto Legal*, 2008, p. 2, <http://www.eutanasia.ws/hemeroteca/z14.pdf>

costos económicos, recordemos que fue utilizada en tiempos de Hitler para purificar la raza aria.

Lo dicho hasta aquí, supone que dichas acciones se dan en el contexto de una atención médica cuando se han agotado las alternativas terapéuticas o de cura para el enfermo.

Países en que no se permite la eutanasia:

España	No está regulada y el apoyo al suicidio está penado. Sólo se cuenta con el llamado testamento vital. En ningún caso se contempla la eutanasia activa.
Alemania	No está permitida la eutanasia.
Reino Unido	En la Gran Bretaña la eutanasia está prohibida y se castiga con hasta 14 años de prisión. Sólo escapa a esta prohibición la decisión. La eutanasia activa es ilegal.
Grecia y Rumanía	La eutanasia o asistencia al suicidio pueden penarse hasta con 7 años de prisión.
Polonia	Se castiga con penas de entre 3 y 5 años de cárcel aunque, en casos excepcionales, el tribunal puede aplicar una atenuante a la pena, incluso anularla.
Portugal	No se permite la eutanasia activa ni la pasiva. Suspender el tratamiento sólo está permitido en casos excepcionales.
Irlanda	Toda forma de asistencia a la muerte o al suicidio es ilegal. Es condenable hasta con 14 años de prisión.
Suecia	Aprobó la eutanasia pasiva en 2010, aunque mantiene la criminalización de cualquier forma de suicidio asistido.
Austria	Actualmente, es ilegal, como también el suicidio asistido.
México	Está penada, aunque en el Código Penal Federal no está definida como tal. Sólo se menciona en el artículo 312 que "quien prestare auxilio o indujere a otro para que se suicide, será castigado, con la pena de 1 a 5 años de prisión; si se lo prestare hasta el punto de ejecutar el mismo la muerte, la prisión será de 4 a 12 años". En enero de 2017, el Constituyente de la Ciudad de México, dictamina reconocer a la Eutanasia en su Constitución; misma que a la fecha de la redacción de este artículo no ha sido publicado en el Diario Oficial de la Federación. ⁶²

⁶² El 04 de enero de 2017, el pleno de la Asamblea Constituyente aprobó incluir en la Constitución de la Ciudad de México "el derecho a tener una muerte digna" o eutanasia; la propuesta del diputado del PRD Jesús Ortega se aprobó con 56 votos a favor, 27 en contra y una abstención. La cual una modificación al artículo 11 en el inciso primero, que a la letra establecía el dictamen que "toda persona tiene derecho a la autodeterminación y al libre desarrollo de su personalidad". Ortega pidió que se agregara "el derecho a una muerte digna"; y refiere: "Este derecho humano fundamental deberá posibilitar que todas las personas puedan ejercer plenamente sus capacidades para vivir con

Australia	En 1995, se legalizó la eutanasia voluntaria en el territorio del norte de Australia con la Ley de los Derechos de los Enfermos Terminales. Duró nueve meses y posteriormente fue declarada ilegal por el senado australiano.
Noruega	El artículo 235 del Código Penal noruego establece que quien, con su consentimiento, causa a otro la muerte o una lesión grave o que, por piedad, causa la muerte a un enfermo incurable o le ayuda a suicidarse, podrá ser sancionado con pena menor al mínimo previsto o con la conmutación de la pena por servicio a la comunidad.
Dinamarca	El Código Penal danés de 1930, en su artículo 239, regula el homicidio consentido sancionándolo con prisión de hasta 3 años pero, si existen motivaciones piadosas, detención con una duración de mínimo 60 días. Si la muerte es consentida y operan los móviles de piedad, equivale al perdón judicial.

Países en que se permite la eutanasia⁶³:

Francia	En marzo de 2015 aprobó una Ley de Consenso para la Sedación Terminal, para que se tenga el derecho a realizar tratamientos y contar con sedación paliativa mientras se aguarda la muerte.
Reino Unido	La eutanasia activa es ilegal en Gran Bretaña. Únicamente se permite la eutanasia pasiva y la sedación paliativa y terminal.
Irlanda	La eutanasia pasiva está permitida. La eutanasia activa y el suicidio asistido están penados con hasta 14 años de prisión.
Dinamarca	La eutanasia pasiva es legal, así como los testamentos vitales.
Finlandia	El suicidio asistido es más o menos permitido, siempre que se haga con discreción y en círculos cerrados. En teoría, los médicos no pueden aplicar la eutanasia activa de forma abierta.
Alemania	El suicidio asistido no está penado en Alemania.
Italia	El suicidio activo asistido se considera en la misma categoría que el homicidio involuntario. La eutanasia pasiva se permite en contados casos, con tribunales de por medio.
Noruega	La eutanasia pasiva es legal. El suicidio asistido no, pero se considera un atenuante para aquellos que presten ayuda a enfermos terminales que den su consentimiento.
Suecia	Aprobó la eutanasia pasiva en 2010, aunque criminaliza al suicidio asistido.

dignidad. La vida digna contiene implícitamente el derecho a una muerte digna”, http://www.milenio.com/politica/derecho_a_eutanasia_cdmx-asamblea_constituyente-legalizacion_mariguana-milenio_0_878912116.html

⁶³ http://www.eutanasia.ws/eutanasia_mundo.html.

Holanda	Holanda fue el primer país que permitió, en 1993, la práctica de la eutanasia, además de tener la legislación más clara de todas.
Bélgica	En mayo de 2002, despenalizó la eutanasia. A diferencia de Holanda, la ley belga no menciona el suicidio asistido que se considera una práctica eutanásica.
Luxemburgo	En febrero de 2008 se convirtió en el tercer país del mundo en despenalizar la eutanasia, aprobando la ley sobre el derecho a una muerte digna.
Suiza	La eutanasia es auxilio al suicidio, no tiene que contar con la asistencia del médico, quien es necesario únicamente para la prescripción del fármaco letal. Así, queda en manos de organizaciones no gubernamentales. Hay dos organizaciones sin ánimo de lucro que lo hacen, <i>Dignitas</i> y <i>Exit</i> . El interesado envía su documentación, la cual revisan un abogado y un médico; tienen una entrevista con el paciente y éste debe acudir a Zúrich para morir. Allí se le ofrece un vaso con un cóctel de medicamentos, pero ha de ser el interesado el que coja el recipiente (o aspire el contenido por una pajita), sin ayuda.
España	En España el debate social sobre la eutanasia se encuentra pendiente de resolver.
Oregón, Washington, Montana y Vermont	<p>Oregón: en 1994 se aprobó por referéndum, con 51% de los votos. La <i>Oregon Death with Dignity Act</i> (odda), que legalizaba el suicidio asistido, en 1995, fue declarada inconstitucional, pero en 1997 se aprobó nuevamente; esta vez, con 60% de votos.</p> <p>Washington: en 2008, el electorado votó a favor de la Iniciativa 1000 para legalizar el suicidio asistido en el Estado, aprobando la <i>Washington Death with Dignity Act</i>.</p> <p>Estado de Montana: el 5 de diciembre de 2008, un juez dictaminó que los enfermos terminales tienen el derecho a la libre administración de dosis letales de medicamentos recetados por un médico, sin que pueda haber sanción legal contra los profesionales.</p> <p>En mayo de 2013, el estado de Vermont se convirtió en el tercero del país en permitir el suicidio asistido por médicos. Esto habilita a los pacientes terminales para solicitar medicación letal. ²</p>
Quebec	El 5 de junio de 2014 la Asamblea Nacional de Quebec aprobó la ley de la ayuda médica al final de la vida. El principio fundamental de la ley es "asegurar cuidados a las personas al final de la vida, respetando su dignidad y su autonomía". El derecho a morir con dignidad aparece en la ley como la expresión de un derecho fundamental.
Argentina	Se aprobó la Ley de Muerte Digna en mayo de 2012. Permite a los pacientes con enfermedades terminales rechazar procedimientos para prolongar artificialmente sus vidas, en caso de sufrimiento.
Chile	El derecho penal chileno no considera la eutanasia; por tanto, cualquiera de sus tipos será considerado como homicidio.

Brasil	La resolución adoptada por el Consejo Federal de Medicina (CFM) permite a los médicos desconectar los aparatos que mantienen vivos de forma artificial a pacientes sin posibilidad de cura en estado terminal.
Japón	El 11 de junio de 1996, se legalizó la eutanasia.
Colombia	El único país del mundo que reconoce a la eutanasia como un derecho fundamental por el Tribunal Constitucional. Una sentencia de 1998 entiende que la eutanasia activa constituye un derecho de los enfermos directamente derivado del reconocimiento constitucional de la dignidad y la libertad individuales. Sin embargo, el nuevo Código Penal de 2000 hace caso omiso del alto tribunal y penaliza la eutanasia.

Siguiendo con esta línea tendiente a agotar los recursos médicos para retardar el deceso de un enfermo, se cita primeramente el glosario contenido en el Título Octavo Bis, De los Cuidados Paliativos a los Enfermos en Situación Terminal, Capítulo I, artículo 166 Bis. 1; los cuales se deben tipificar o encuadrar en la salud de un paciente para tomar las medidas conducentes médico-legales:

Artículo 166 Bis 1. Para los efectos de este Título, se entenderá por:

- I. Enfermedad en estado terminal. A todo padecimiento reconocido, irreversible, progresivo e incurable que se encuentra en estado avanzado y cuyo pronóstico de vida para el paciente sea menor a 6 meses;
- II. Cuidados básicos. La higiene, alimentación e hidratación, y en su caso el manejo de la vía aérea permeable;
- III. Cuidados Paliativos. Es el cuidado activo y total de aquéllas enfermedades que no responden a tratamiento curativo. El control del dolor, y de otros síntomas, así como la atención de aspectos psicológicos, sociales y espirituales;
- IV. Enfermo en situación terminal. Es la persona que tiene una enfermedad incurable e irreversible y que tiene un pronóstico de vida inferior a seis meses;
- V. Obstinación terapéutica. La adopción de medidas desproporcionadas o inútiles con el objeto de alargar la vida en situación de agonía;
- VI. Medios extraordinarios. Los que constituyen una carga demasiado grave para el enfermo y cuyo perjuicio es mayor que los beneficios; en cuyo caso, se podrán valorar estos medios en comparación al tipo de terapia, el grado de dificultad y de riesgo que comporta, los gastos necesarios y las posibilidades de aplicación respecto del resultado que se puede esperar de todo ello;
- VII. Medios ordinarios. Los que son útiles para conservar la vida del enfermo en situación terminal o para curarlo y que no constituyen, para él una carga grave o desproporcionada a los beneficios que se pueden obtener;
- VIII. Muerte natural. El proceso de fallecimiento natural de un enfermo en situación terminal, contando con asistencia física, psicológica y en su caso, espiritual; y

IX. Tratamiento del dolor. Todas aquellas medidas proporcionadas por profesionales de la salud, orientadas a reducir los sufrimientos físicos y emocional producto de una enfermedad terminal, destinadas a mejorar la calidad de vida⁶⁴.

En ese mismo sentido se encuentra el término distanasia, entendido como el tratamiento fútil o inútil, proporcionado a un paciente en su fase terminal; su fin es prolongar el proceso de muerte que en ocasiones puede estar acompañado de dolor y agonía; por tanto, los profesionales de la ciencia médica deben hacer un ejercicio de ponderación entre insistir en curar lo incurable o terminar con la vida sin transgredir la dignidad de la persona.

Etimológicamente la palabra distanasia viene del griego dis (dificultad o anomalía) y thánatos (muerte); consiste en retrasar la muerte de un paciente infligiendo al moribundo dolor o sufrimientos adicionales, secundarios a los efectos adversos de las terapias que se aplican, producto de una lucha desmesurada contra la muerte. También se conoce como ensañamiento o encarnizamiento terapéutico y obstinación terapéutica.⁶⁵

El encarnizamiento terapéutico o distanasia es sinónimo de tratamiento fútil o inútil sin beneficio para el paciente en su fase terminal. Es el proceso por el cual se prolonga solamente el proceso de morir, y no la vida propiamente dicha, teniendo como consecuencia una muerte prolongada, lenta y, con frecuencia, acompañada de sufrimiento, dolor y agonía.⁶⁶

Generalmente este tipo de pacientes en condiciones graves, se encuentran ubicados en espacios hospitalarios de nominados: unidad de cuidados intensivos, rodeados de equipo médico sofisticado y fármacos que en determinado momento serán inocuos y darán lugar a la inminente muerte. El argumento en este sentido no es estar en contra de tales medidas, por el contrario, que la aplicación de las mismas aminore el dolor, costo y sufrimiento del paciente imperando ante todo su muerte digna, a este proceso se le llama adistanasia, evita precisamente el encarnizamiento terapéutico y que la aplicación de dichas medidas terapéuticas puedan ser proporcionadas aún en el domicilio del paciente.

“Los Cuidados Paliativos (CP) constituyen un enfoque que mejora la calidad de vida de pacientes que afrontan enfermedades que amenazan la vida (y sus

⁶⁴ Artículo 166 Bis 1, *Ley General de Salud*, op. cit.

⁶⁵ Giraldo- Cadavid, Luis Fernando, Muerte, “Eutanasia y Cuidados Paliativos”, *Persona y Bioética*, vol. 12, número 2, julio-diciembre, 2008, pp. 164-165, <http://www.redalyc.org/pdf/832/83211487007.pdf>

⁶⁶ Vera Carrasco, Óscar, “Dilemas bioéticos en la unidades de cuidados intensivos”, *Revista Médica La Paz*, núm. 16, 2010, p. 52.

familias) a través de la prevención y el alivio del sufrimiento mediante la identificación temprana y la evaluación de excelencia, así como el tratamiento del dolor y otros problemas físicos, psicosociales y espirituales”.⁶⁷

Ortotanasia, resulta ser el término más aceptado social, jurídica y médicamente, es definido como llevar el final de la vida en las mejores condiciones, se le conoce también como el arte de morir bien, sin que el paciente victimado, preservando en todo momento la dignidad de la persona en ese proceso final, basándose en cuatro principios: autonomía del paciente, justicia, reflexión y actitud profesional y por último la beneficencia y no maleficencia.

La ortotanasia designaría la actuación correcta frente a la muerte: ayudar al enfermo y a su familia a enfrentarla, mediante el alivio del dolor, del sufrimiento y de las demás molestias que tenga el paciente con una enfermedad terminal, acompañándolo de cerca y apoyándolo durante sus últimos días. Esta conducta respeta plenamente la dignidad de la persona humana, ayudándole a afrontar el crucial momento de la muerte.⁶⁸

La mistanasia, lo traducen con el siguiente ejemplo: “El paciente terminal enfrenta al médico con su propia frustración y desencanto ya que no le es posible lograr su curación y, muchas veces, con el rechazo y la culpabilización desde un entorno social que no soporta la presencia del sufrimiento y de la muerte. La tecnología permite la prolongación artificial de la vida aun en contra los deseos del enfermo y con consecuencias que pueden ser terribles cuando se debe morir solo, rodeado de máquinas y alejado de los afectos. La mistanasia, la muerte por abandono, puede aparecer, irónicamente, en escenarios hiperespecializados junto al derroche de preciosos recursos sanitarios. Dice José Alberto Mainetti que la tecnomedicina ha expropiado la muerte, la ha alejado del hogar y de la familia, restándonos sabiduría para la dura aceptación de nuestra fragilidad y de nuestra mortalidad.”⁶⁹

Existe también, la “limitación del esfuerzo terapéutico” conocido por sus siglas LET; surge con el sustento de la muerte medicalizada de la medicina intensiva, justificada por la certeza médica de que un paciente ya no tiene posibilidades de vivir por medio de cuidados terapéuticos.

La limitación del esfuerzo terapéutico consiste en retirar (en inglés, “withdraw”) o no iniciar (en inglés, “withhold”) medidas terapéuticas, en supuestos en que el profesional sanitario estima, atendida la situación concreta del paciente, que éstas son inútiles o fútiles, ya que tan sólo consiguen prolongarle la vida biológica, pero sin posibilidad de proporcionarle una recuperación funcional con una calidad de vida mínima. La

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ Giraldo Cadavid, Luis Fernando, *op. cit*, p. 165.

⁶⁹ Maris Martínez Stella, *Relación clínica con el paciente : Responsabilidad ética frente al enfermo terminal*, Universitat Ramon Llull, 2011, <http://www.bioetica-debat.org/modules/news/article.php?storyid=396>.

limitación del esfuerzo terapéutico no constituye eutanasia, pues no implica una acción destinada a provocar la muerte del paciente o acelerar su avenida, sino más bien, la cesación de uno o más tratamientos que trae como consecuencia la muerte natural del paciente que se encuentra en estado terminal.⁷⁰

Luego entonces, una vez analizada médicamente la situación del paciente, afirmando que no tendrá posibilidades de mejoría en su salud, ante una muerte inminente, el médico a su juicio retira o no implementa los procesos terapéuticos, por respeto a la misma naturaleza humana; "...la medicina intensiva planteó algunos de los principales problemas que dieron origen a la bioética y, por lo mismo, el enfoque ético de la clínica brinda la oportunidad de enriquecer y entregar herramientas para el proceso de toma de decisiones en el final de la vida"⁷¹

Uno de los términos de mayor relevancia es la autonomía vital, consistente en la libertad de la persona humana que tiene un padecimiento irremediable, para conocer y decidir sobre los alcances del tratamiento médico aplicado o que le van aplicar; así pues comprende: la supresión de un tratamiento y la terminación voluntaria o asistida de la vida.

IV. La voluntad anticipada: concepto y legislación en México.

El término Voluntad Anticipada, se ha traducido como el documento por el cual una persona con plena capacidad y que de manera anticipada e informada, expresa su voluntad para que se sean limitados los tratamientos médicos, cuando no sea capaz de comunicarse personalmente; es decir, desear o no desear que le sean aplicados tratamientos sea por una enfermedad grave e irreversible o por un accidente que lo deje es un estado crítico de salud que sea determinada su futura próxima muerte, lo anterior con fines de salvaguardar su dignidad humana ante la insistencia de la ciencia médica.

Como dato remoto, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 1976 emitió una Recomendación relativa a los Derechos de los enfermos y los moribundos (trece puntos); señalando en sus puntos 4 y 5:

⁷⁰ *Ibidem.*

⁷¹ Paredes Escobar María Cristina, "Limitación del esfuerzo terapéutico en la práctica clínica. Percepciones de profesionales médicos y de enfermería de unidades de pacientes críticos de un hospital público de adultos en la Región Metropolitana", *Acta Bioeth*, vol. 18, núm. 2, Santiago de Chile, noviembre 2012, <http://www.scielo.cl/pdf/abioeth/v18n2/art04.pdf>

4. Considerando que se está de acuerdo en reconocer desde algún tiempo que los médicos deben ante todo respetar la voluntad del interesado en lo que concierne al tratamiento a aplicar”,

5. Convencida de que la profesión médica está al servicio del hombre, para la protección de la salud, para el tratamiento de las enfermedades y de las heridas, para el alivio de los sufrimientos, en el respeto de la vida humana y de la persona humana, y convencida de que la prolongación de la vida no debe ser en sí el propósito exclusivo de la práctica médica, que debe apuntar igualmente en aliviar los sufrimientos.

A dicha recomendación le siguieron otras tales como la Declaración de Sídney, Postulados Sobre la Muerte; La Declaración de Venecia sobre la Enfermedad Terminal, 35ª Asamblea Médica Mundial 1983; la Declaración de la Asociación Médica Mundial sobre la Atención de Pacientes con Fuertes Dolores Crónicos en las Enfermedades Terminales adoptada por la 42ª Asamblea Médica Mundial, en EEUU, octubre de 1990; Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Recomendación 1418 en 1999 sobre la Protección de los Enfermos en la Etapa Final de su Vida a fin de preservar los derechos de éstos en su apartado B) fracción XV dice: “Asegurar que se respetará el rechazo a un tratamiento específico recogido en las directivas avanzadas o testamento vital de un enfermo terminal o persona moribunda serán respetadas...”⁷².

“El 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 del Consejo de Europa de 1997, es el referente jurídico internacional sobre voluntades anticipadas”.⁷³

De igual forma, *La Conferencia General*, de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura –UNESCO-, en el año 2005, adopta la Declaración universal sobre Bioética y Derechos Humanos, reconociendo que todo ser humano posee la capacidad para reflexionar sobre su propia existencia, y en tal tesitura suscribe:

Reconociendo que, gracias a la libertad de la ciencia y la investigación, los adelantos científicos y tecnológicos han reportado, y pueden reportar, grandes beneficios a la

⁷² Recomendación 1418 (1999) Protección de los derechos humanos y la dignidad de los enfermos terminales y moribundos, [En línea], disponible en: <http://www.unav.es/cdb/acoerec99-1418.html>.

⁷³ Casado, María, *et al.*, “Sobre las voluntades anticipadas: aspectos bioéticos, jurídicos y sociales”, *Revista española de medicina legal*, núm. 39, 2013, p. 27, <http://www.elsevier.es/es-revista-revista-espanola-medicina-legal-285-articulo-sobre-las-voluntades-anticipadas-aspectos-S0377473212000594?redirectNew=true>.

especie humana, por ejemplo aumentando la esperanza de vida y mejorando la calidad de vida, y destacando que esos adelantos deben procurar siempre promover el bienestar de cada individuo, familia, grupo o comunidad y de la especie humana en su conjunto, en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana y en el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales, Reconociendo que la salud no depende únicamente de los progresos de la investigación científica y tecnológica sino también de factores psicosociales y culturales,

Reconociendo asimismo que las decisiones relativas a las cuestiones éticas relacionadas con la medicina, las ciencias de la vida y las tecnologías conexas pueden tener repercusiones en los individuos, familias, grupos o comunidades y en la especie humana en su conjunto,

Teniendo presente que la diversidad cultural, fuente de intercambios, innovación y creatividad, es necesaria para la especie humana y, en este sentido, constituye un patrimonio común de la humanidad, pero destacando a la vez que no se debe invocar a expensas de los derechos humanos y las libertades fundamentales,

Teniendo presente también que la identidad de una persona comprende dimensiones biológicas, psicológicas, sociales, culturales y espirituales⁷⁴

Así también otras que se han precisado en el punto 3 que antecede en este artículo de investigación; México retomando la trascendencia del tema y armonizándose con la legislación internacional que buscan reconocer tanto la autonomía del enfermo para aceptar o rechazar otros tratamientos médicos, como su mayoría de edad para tomar determinaciones respecto de su persona, dejando de ser únicamente un sujeto pasivo.

La Corte Mexicana, ha hecho su labor, al reconocer la libertad como autodeterminación, entendiéndose como el camino a la libertad de la persona para su realización a pesar o en relación con otras, propiciando su identificación y confirmación personal, actuar por propia voluntad en su búsqueda de su bienestar integral. Ergo, dicha libertad y autodeterminación está enfocada al amor propio, a la búsqueda de su integridad de vida, mediante un acto consentido e informado.

La medicina moderna ha incrementado la esperanza de vida para todos; en la actualidad, la expectativa de vida en México es de 72 años para los hombres y 77 para las mujeres. Sin embargo, como ya se ha mencionado, los procedimientos médicos que salvan tantas vidas, someten al enfermo terminal al uso de instrumentos médicos para mantenerlos vivos en forma artificial; en atención a ello,

⁷⁴ Declaración universal sobre Bioética y Derechos Humanos, 19 de octubre de 2005, http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=31058&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.

algunos países del mundo se han creado leyes de voluntad anticipada, que permiten expresar por adelantado el tipo de tratamiento médico que se desea recibir frente a enfermedades terminales y accidentes.

La autonomía de la voluntad es el principio jurídico —filosófico— que les atribuye a los individuos un ámbito de libertad, dentro del cual pueden regular sus intereses; les permite crear relaciones obligatorias entre ellos, las cuales deberán ser reconocidas y sancionadas por las normas de derecho. Dicha autonomía se desarrolla con base en la libertad que tienen los autores de un acto jurídico para celebrarlo o no y determinar su contenido y alcances. Las personas establecen sus normas para regular sus relaciones privadas; por eso, la autonomía de la voluntad es un principio básico del derecho civil. Cuando externamos nuestra voluntad, estamos en presencia de un acto jurídico, por lo tanto, el testamento, al ser un acto jurídico; manifiesta la voluntad de la persona, sea para darle una muerte digna o terminar su vida de sufrimiento, causado por enfermedad terminal⁷⁵

En México, el Distrito Federal (hoy Ciudad de México) fue la primera en autorizar una Ley de Voluntad Anticipada que se publicó el 7 de enero de 2008, constituido de 47 artículos y 9 transitorios. A partir de dicha legislación en otros once entidades federativas de la República Mexicana han promulgado leyes de este tipo: en Aguascalientes, Michoacán, Guanajuato, e Hidalgo bajo la denominación de “Ley de Derechos de las Personas en Etapa Terminal”; en San Luis Potosí y Coahuila “Ley Protectora de la Dignidad del Enfermo Terminal; de igual forma en otros estados de la República Mexicana como Nayarit, Yucatán, Guerrero, Colima y Estado de México, a reserva y espera de que las restantes incorporen leyes de tal naturaleza en su esfera jurídica en un mediano plazo.

Tomando como referente el primer instrumento citado, el artículo 3 fracción V de la Ley de Voluntad Anticipada del Distrito Federal, define al documento de voluntad anticipada como: “el documento público suscrito ante notario, en el que cualquier persona con capacidad de ejercicio y en pleno uso de sus facultades mentales, manifiesta la petición libre, consciente, seria, inequívoca y reiterada de

⁷⁵ Flores Salgado, Lucerito Ludmila, “Autonomía y manifestación de la voluntad en el testamento vital y documento de voluntad anticipada en México”, *IUS Revista del instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, año IX, núm. 36, julio-diciembre de 2015, p. 157, <http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v9n36/1870-2147-rius-9-36-00155.pdf>.

no someterse a medios, tratamiento y/o procedimientos médicos que propicien la obstinación médica”.⁷⁶

La legislación de la materia del Distrito Federal emite los requisitos que debe contener el documento de voluntad anticipada:

Artículo 7. El Documento de Voluntad Anticipada podrá suscribirlo:

- I. Cualquier persona con capacidad de ejercicio;
- II. Cualquier enfermo en etapa terminal, médicamente diagnosticado como tal;
- III. Los familiares y personas señaladas en los términos y supuestos de la presente Ley, cuando el enfermo en etapa terminal se encuentre de manera inequívoca impedido para manifestar por sí mismo su voluntad; y
- IV. Los padres o tutores del enfermo en etapa terminal cuando éste sea menor de edad o incapaz legalmente declarado.

Para los efectos de las fracciones III y IV del presente artículo el signatario deberá acreditar con el acta correspondiente el parentesco a que haya lugar⁷⁷.

Asimismo deberá tener las siguientes formalidades:

Artículo 8. El documento de Voluntad Anticipada deberá contar con las siguientes formalidades y requisitos:

- I. Realizarse por escrito de manera personal, libre e inequívoca ante Notario;
- II. Suscrito por el solicitante, estampando su nombre y firma en el mismo;
- III. El nombramiento de un representante para corroborar la realización del Documento de Voluntad Anticipada en los términos y circunstancias determinadas en él; y
- IV. La manifestación respecto a la disposición de órganos susceptibles de ser donados⁷⁸

Cuando el documento se suscriba ante notario, deberá hacerlo del conocimiento a la Coordinación Especializada para los efectos a que haya lugar; si el enfermo se encuentra imposibilitado de acudir al notario o no tiene los medios económicos para sufragar tal gasto, lo podrá realizar ante el personal de salud correspondiente y dos testigos en los términos del Formato que para los efectos legales y conducentes emita la Secretaría, mismo que deberá ser notificado a la Coordinación Especializada y a su vez se le dará vista al Ministerio Público competente para los efectos a que haya lugar; también al personal de salud

⁷⁶ *Ley de voluntad anticipada para el Distrito Federal*, publicada en la gaceta oficial del Distrito Federal el 07 de enero de 2008, <http://www.aldf.gob.mx/archivo-edfcbf4442b58c1cf761114a6a224fb1.pdf>

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ *Ibidem*.

correspondiente para integrarlo, en su momento, al expediente clínico del enfermo en etapa terminal.

Es un documento no apuesta a la eutanasia, sino da facultades a toda persona capaz para que manifieste de forma libre, consciente, seria e inequívoca su decisión sobre la forma en que quiere ser tratada médicamente ante enfermedades terminales y accidentes, ante el uso insistente de procedimientos médicos que lo mantengan vivo de manera artificial; dicho documento recupera su fuerza jurídica a través de la encomienda a los notarios públicos a su redacción. Con base en datos proporcionados por la Secretaría de Salud del Distrito Federal, del 7 de enero de 2008 al 30 de abril de 2014 se han suscrito más de 3,000 documentos de voluntad anticipada en esta entidad, 65% de los cuales fueron suscritos por mujeres y 35% por hombres.

Preciso que lo anterior ha quedado robustecido con la propuesta que existe por parte del constituyente de la Ciudad de México, y que obviando repeticiones se puede consultar en la cita número 19 de este opúsculo.

Resolver la decisión del testamento vital para las Entidades en donde no exista tal legislación, el Código Civil prevé la emisión de testamentos como actos personalísimos, libres, revocables, pero a diferencia de los citados, en lugar de disponer de bienes, derecho y obligaciones para después de su muerte; el testador mediante escritura pública ante notario puede garantizar el tratamiento a recibir o rechazar en caso de enfermedad terminal o accidente; por ejemplo en el Estado de Jalisco, se advierte la designación de tutor para que cuide de su persona y de sus bienes, de igual forma deberá ser en las condiciones notariales descritas; asimismo podrá disponer de donaciones de sus órganos.

En el Estado de Veracruz; a petición del Licenciado Magno Garcimarrero Ochoa, La propuesta, dijo, se planteó en el último trimestre de 2014 al diputado petista Fidel Robles Guadarrama, la cual le resultó interesante por lo que se comprometió a plantearla a alguna de las comisiones de la Legislatura Local, quedando de la siguiente forma:

La LXIV Legislatura del Estado de Veracruz sometió a consideración iniciativa para crear LA LEY DE VOLUNTAD ANTICIPADA PARA EL ESTADO DE VERACRUZ DE IGNACIO DE LA LLAVE. A saber:

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS [...]

[...] LEY DE VOLUNTAD ANTICIPADA PARA EL ESTADO DE VERACRUZ, DE IGNACIO DE LA LLAVE.

CAPÍTULO PRIMERO

DISPOSICIONES PRELIMINARES

Artículo 1. La presente ley es de orden público e interés social, y tiene por objeto establecer y regular las normas, requisitos y formas de realización de la voluntad de cualquier persona con capacidad de ejercicio, respecto a la negativa a someterse a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos que pretendan prolongar de manera innecesaria su vida, protegiendo en todo momento la dignidad de la persona, cuando por razones médicas, fortuitas o de fuerza mayor, sea imposible mantener su vida de manera natural.

Artículo 2. La aplicación de las disposiciones establecidas en la presente ley, son relativas a la Voluntad Anticipada de las personas en materia de ortotanasia, y no permiten ni facultan bajo ninguna circunstancia la realización de conductas que tengan como consecuencia el acortamiento intencional de la vida.

Artículo 3. Para efectos de esta ley se define y entiende por:

- I. Código Civil: Código Civil para el Estado de Veracruz, de Ignacio de la Llave;
- II. Código de Procedimientos: Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Veracruz, de Ignacio de la Llave;
- III. Código Penal: Código Penal para el Estado de Veracruz, de Ignacio de la Llave;
- IV. Cuidados Paliativos: el cuidado activo y total de aquellas enfermedades que no responden a tratamiento curativo e incluyen el control del dolor y otros síntomas, así como la atención psicológica del paciente;
- V. Documento de Voluntad Anticipada: consiste en el documento público suscrito ante Notario, en el que cualquier persona con capacidad de ejercicio y en pleno uso de sus facultades mentales, manifiesta la petición libre, consciente, seria, inequívoca y reiterada de no someterse a medios, tratamientos y/o procedimientos médicos, que propicien la obstinación médica;
- VI. Enfermo en Etapa Terminal: es el que tiene un padecimiento mortal o que por caso fortuito o causas de fuerza mayor tiene una esperanza de vida menor a seis meses, y se encuentra imposibilitado para mantener su vida de manera natural, con base en las siguientes circunstancias:
 - a) Presenta diagnóstico de enfermedad avanzada, irreversible, incurable, progresiva y/o degenerativa;
 - b) Imposibilidad de respuesta a tratamiento específico; y/o
 - c) Presencia de numerosos problemas y síntomas, secundarios o subsecuentes;
- VII. Institución Privada de Salud: Son los servicios de salud que prestan las personas físicas o morales, en las condiciones que convengan con los usuarios, y sujetas a los ordenamientos legales, civiles y mercantiles.
- VIII. Ley: Ley de Voluntad Anticipada para el Estado de Veracruz, de Ignacio de la Llave;
- IX. Ley de Salud: Ley General de Salud;

X. Medidas Mínimas Ordinarias: consisten en la hidratación, higiene oxigenación, nutrición y/o curaciones del paciente en etapa terminal según lo determine el personal de salud correspondiente;

XI. Notario: Notario Público del Estado de Veracruz, de Ignacio de la Llave;

XII. Obstinación Terapéutica: utilización innecesaria de los medios, instrumentos y métodos médicos, para mantener vivo a un enfermo en etapa terminal;

XIII. Ortotanasia: significa muerte correcta. Distingue entre curar y cuidar, sin provocar la muerte de manera activa, directa o indirecta, evitando la aplicación de medios, tratamientos y/ procedimientos médicos obstinados, desproporcionados o inútiles, procurando no menoscabar la dignidad del enfermo en etapa terminal, otorgando los Cuidados Paliativos, las Medidas Mínimas Ordinarias y tanatológicas, y en su caso la sedación controlada;

XIV. Personal de salud: son los profesionales, especialistas, técnicos, auxiliares y demás trabajadores que laboran en la prestación de los servicios de salud;

XV. Coordinación Especializada: es la unidad administrativa adscrita a la Secretaría de Salud en materia de Voluntad Anticipada;

XVI. Reanimación: conjunto de acciones que se llevan a cabo para tratar de recuperar las funciones y/o signos vitales;

XVII. Secretaría: Secretaría de Salud del Estado de Veracruz, de Ignacio de la Llave;

XVIII. Sedación Controlada: es la administración de fármacos por parte del personal de salud correspondiente, para lograr el alivio, inalcanzable con otras medidas, de un sufrimiento físico y/o psicológico, en un paciente en etapa terminal, con su consentimiento explícito, implícito o delegado, sin provocar con ello la muerte de manera intencional de éste; y

XIX. Tanatología: significa tratado o ciencia de la muerte. Consiste en la ayuda médica y psicológica brindada tanto al enfermo en etapa terminal como a los familiares de éste, a fin de comprender la situación y consecuencias de la aplicación de la Ortotanasia.

Artículo 4. En lo no previsto en la presente Ley, se aplicará de manera supletoria lo dispuesto por el Código Civil y el Código de Procedimientos Civiles, cuando fueren aplicables, y no afecte derechos de terceros o contravenga otras disposiciones legales vigentes.

Artículo 5. La presente Ley se aplicará única y exclusivamente en el territorio del Estado de Veracruz, de Ignacio de la Llave con base en los términos y disposiciones establecidas en la misma.

Artículo 6. La aplicación de las disposiciones establecidas en la presente Ley no exime de responsabilidades, sean de naturaleza civil, penal o administrativa, a quienes intervienen en su realización, si no se cumple con los términos de la misma. Ningún solicitante, profesional o personal de salud que haya actuado en concordancia con las disposiciones establecidas en la presente Ley, estará sujeto a responsabilidad civil, penal o administrativa.

CAPÍTULO SEGUNDO

DE LOS REQUISITOS DEL DOCUMENTO DE VOLUNTAD ANTICIPADA

Artículo 7. El Documento de Voluntad Anticipada podrá suscribirlo:

- I. Cualquier persona con capacidad de ejercicio;
- II. Cualquier enfermo en etapa terminal, médicamente diagnosticado como tal;
- III. Los familiares y personas señaladas en los términos y supuestos de la presente Ley, cuando el enfermo en etapa terminal se encuentre de manera inequívoca impedido para manifestar por sí mismo su voluntad; y
- IV. Los padres o tutores del enfermo en etapa terminal cuando éste sea menor de edad o incapaz legalmente declarado.

Para los efectos de las fracciones III y IV del presente artículo el signatario deberá acreditar con el acta correspondiente el parentesco a que haya lugar.

Artículo 8. El documento de Voluntad Anticipada deberá contar con las siguientes formalidades y requisitos:

- I. Realizarse por escrito de manera personal, libre e inequívoca ante Notario,
- II. Suscrito por el solicitante, estampando su nombre y firma en el mismo;
- III. El nombramiento de un representante para corroborar la realización del Documento de Voluntad Anticipada en los términos y circunstancias determinadas en él; y
- IV. La manifestación respecto a la disposición o no disposición de órganos susceptibles de ser donados.

Artículo 9. El Documento de Voluntad Anticipada suscrito ante Notario, deberá ser notificado por éste a la Coordinación Especializada para los efectos a que haya lugar.

Artículo 10. En caso de que el enfermo en etapa terminal se encuentre imposibilitado para acudir ante el Notario, podrá suscribir el Documento de Voluntad Anticipada ante el personal de salud correspondiente y dos testigos en los términos del Formato que para los efectos legales y conducentes emita la Secretaría, mismo que deberá ser notificado a la Coordinación Especializada para los efectos a que haya lugar.

Artículo 11. Una vez suscrito el Documento o el Formato de Voluntad Anticipada en los términos de los dos artículos anteriores, la Coordinación Especializada deberá hacerlo del conocimiento del Ministerio Público para los efectos a que haya lugar, y del personal de salud correspondiente para integrarlo, en su momento, al expediente clínico del enfermo en etapa terminal.

Artículo 12. No podrán ser testigos:

- I. Los menores que no han cumplido 16 años de edad;
- II. Los que habitual o accidentalmente no disfrutan de su cabal juicio;
- III. Los familiares del enfermo en etapa terminal hasta el cuarto grado;
- IV. Los que no entiendan el idioma que habla el enfermo en etapa terminal, salvo que se encuentre un intérprete presente; y
- V. Los que hayan sido condenados por el delito de falsedad.

Artículo 13. No podrán ser representante para la realización del Documento de Voluntad Anticipada:

- I. Las personas que no han cumplido 16 años de edad;
- II. Los que habitual o accidentalmente no disfrutan de su cabal juicio;
- III. Los que no entiendan el idioma que habla el enfermo en etapa terminal, salvo que se encuentre un intérprete presente; y

IV. Los que hayan sido condenados por el delito de falsedad.

Artículo 14. El cargo de representante es voluntario y gratuito; pero el que lo acepte, se constituye en la obligación de desempeñarlo.

Artículo 15. El representante que presente excusas, deberá hacerlo al momento en que tuvo noticia de su nombramiento.

Artículo 16. Pueden excusarse de ser representantes:

I. Los empleados y funcionarios públicos;

II. Los militares en servicio activo;

III. Los que por el mal estado habitual de salud, o por no saber leer ni escribir, no puedan atender debidamente su representación;

IV. Cuando por caso fortuito o fuerza mayor no pueda realizar el cargo conferido; y

V. Los que tengan a su cargo otra representación en los términos de la presente Ley.

Artículo 17. Son obligaciones del representante:

I. La revisión y confirmación de las disposiciones establecidas por el signatario en el Documento de Voluntad Anticipada;

II. La verificación del cumplimiento exacto e inequívoco de las disposiciones establecidas en el Documento de Voluntad Anticipada;

III. La verificación, cuando tenga conocimiento por escrito, de la integración de los cambios y/o modificaciones que realice el signatario al Documento de Voluntad Anticipada;

IV. La defensa del Documento de Voluntad Anticipada, en juicio y fuera de él, así como de las circunstancias del cumplimiento de la voluntad del signatario y de la validez del mismo; y,

V. Las demás que le imponga la ley.

Artículo 18. Los cargos de representante concluyen:

I. Por el término natural del encargo;

II. Por muerte del representante;

III. Por muerte del representado;

IV. Por incapacidad legal, declarada en forma;

V. Por excusa que el juez califique de legítima, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público, cuando se interesen menores o el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Estado de Veracruz, de Ignacio de la Llave, en el ámbito de sus atribuciones; y,

VI. Por revocación de sus nombramientos o remoción, hecha por el signatario para su realización.

Artículo 19. Podrán suscribir el Documento de Voluntad Anticipada en los términos establecidos por la fracción III del artículo 7 de la presente Ley, por orden subsecuente y a falta de:

I. El o la, cónyuge;

II. El concubinario o la concubina; o el o la conviviente.

III. Los hijos mayores de edad, consanguíneos o adoptados;

IV. Los padres o adoptantes;

V. Los nietos mayores de edad; y

VI. Los hermanos mayores de edad o emancipados.

El familiar signatario del Documento o Formato de Voluntad Anticipada en los términos del presente artículo fungirá a su vez como representante del mismo para los efectos de cumplimiento a que haya lugar.

Artículo 20. Podrán suscribir el Documento de Voluntad Anticipada en los términos establecidos por la fracción IV del artículo 7 de la presente Ley, por orden e importancia de prelación y a falta de manera subsecuente:

I. Los padres o adoptantes;

II. Los familiares o personas que ejerzan la patria potestad del menor; o,

III. Los hermanos mayores de edad o emancipados;

El familiar signatario del Documento o Formato de Voluntad Anticipada en los términos del presente artículo fungirá a su vez como representante del mismo para los efectos de cumplimiento a que haya lugar.

Artículo 21. En caso de que existan hijos menores de 18 años y mayores de 16 años podrán igualmente suscribir el Documento de Voluntad Anticipada en los supuestos establecidos en los dos artículos anteriores, a falta de las demás personas facultadas.

Artículo 22. Cuando el Documento de Voluntad Anticipada sea suscrito ante Notario, éste dará lectura al mismo en voz alta a efecto de que el signatario asiente que es su voluntad la que propiamente se encuentra manifiesta en dicho documento. Cuando el solicitante del Documento de Voluntad Anticipada ignore el idioma del país, el Notario deberá nombrar a costa del solicitante un intérprete que sea perito traductor, quien concurrirá al acto y explicará totalmente al solicitante los términos y condiciones en que se suscribe el Documento de Voluntad Anticipada.

Artículo 23. El Notario deberá verificar la identidad del solicitante, y de que se halla en su cabal juicio y libre de cualquier coacción.

Artículo 24. Si la identidad del solicitante no pudiere verificarse, se declarará esta circunstancia por el Notario, solicitando la presencia de dos testigos, que bajo protesta de decir verdad, verifiquen la personalidad de este y en caso de que no existiera la posibilidad de presencia de los dos testigos, el Notario agregará al Documento de Voluntad Anticipada todas las señas o características físicas y/o personales del solicitante.

Artículo 25. En caso de que el Documento de Voluntad Anticipada sea suscrito en los términos del artículo 10 de la presente Ley, igualmente deberá darse lectura en voz alta, a efecto de que el solicitante asiente que es su voluntad la que propiamente se encuentra manifiesta en dicho documento, pero no tendrá validez el Documento de Voluntad Anticipada hasta que no se verifique la identidad de este por los dos testigos.

Artículo 26. Se prohíbe a los Notarios y a cualesquiera otras personas que hayan de redactar Documentos de Voluntad Anticipada, dejar hojas en blanco y servirse de abreviaturas o cifras, bajo la pena de quinientos días de salario mínimo general vigente como multa.

Artículo 27. El solicitante expresará de modo claro y terminante su voluntad al Notario o a las personas facultadas para los efectos por la Secretaría según sea el caso, quienes redactarán por escrito las cláusulas del Documento de Voluntad Anticipada o cumplirán con los requisitos del Formato correspondiente, sujetándose estrictamente a la voluntad del solicitante y las leerá en voz alta para que éste

manifieste si está conforme. Si lo estuviere, lo firmarán el solicitante, el Notario, los testigos y el intérprete, según el caso, asentándose el lugar, año, mes, día y hora en que hubiere sido otorgado.

El solicitante preferentemente asistirá al acto acompañado de aquél que haya de nombrar como representante a efecto de asentar en el Documento de Voluntad Anticipada, la aceptación del cargo.

Artículo 28. En los casos previstos en los artículos 29, 30, 31, 32 y 33 de la presente Ley, así como cuando el solicitante o el Notario lo requieran, deberán concurrir al otorgamiento del acto, dos testigos y firmar el Documento de Voluntad Anticipada.

Artículo 29. Cuando el solicitante declare que no sabe o no puede firmar el Documento de Voluntad Anticipada o el Formato según sea el caso, deberá igualmente suscribirse ante dos testigos, y uno de ellos firmará a ruego del solicitante, quien imprimirá su huella digital.

Artículo 30. Si el solicitante fuere enteramente sordo o mudo, pero que sepa leer, deberá dar lectura al Documento de Voluntad Anticipada o Formato correspondiente; si no supiere o no pudiere hacerlo, designará una persona que lo haga a su nombre.

Artículo 31. En caso de que el solicitante fuere sordomudo, y supiera el lenguaje a señas, el Notario estará a lo dispuesto por el artículo 22 párrafo segundo de la presente Ley.

Artículo 32. Cuando el solicitante sea ciego o no pueda o no sepa leer, se dará lectura al documento de Voluntad Anticipada dos veces: una por el Notario, como está prescrito en el artículo 22 primer párrafo, y otra, en igual forma, por uno de los testigos u otra persona que el solicitante designe.

Si el solicitante no puede o no sabe leer y escribir, concurrirá al acto una persona que fungirá como intérprete, quien corroborará la voluntad que dicte aquél.

Artículo 33. Cuando el solicitante ignore el idioma del país, si puede, manifestará su voluntad, que será traducida al español por el intérprete a que se refiere el artículo 22, párrafo segundo.

La traducción se transcribirá como Documento de Voluntad Anticipada y tanto el suscrito en el idioma original como el traducido, serán firmados por el solicitante, el intérprete y el Notario, integrándose como un solo documento.

Si el solicitante no puede o no sabe leer, dictará en su idioma su voluntad, al intérprete; traducida ésta, se procederá como dispone el párrafo primero de este artículo.

Artículo 34. Las formalidades expresadas en este capítulo se practicarán en un solo acto que comenzará con la lectura del Documento de Voluntad Anticipada o el Formato correspondiente y el Notario o la persona facultada para los efectos, dará fe de haberse llenado aquéllas.

Artículo 35. El solicitante o su representante deberán entregar el Documento de Voluntad Anticipada al personal de salud encargado de implementar el tratamiento del enfermo en etapa terminal, para su integración al expediente clínico, y dar cumplimiento a las disposiciones establecidas en el mismo.

CAPÍTULO TERCERO

DE LA NULIDAD Y REVOCACIÓN DE LA VOLUNTAD ANTICIPADA

Artículo 36. Es nulo el Documento de Voluntad Anticipada realizado bajo las siguientes circunstancias:

- I. El realizado en documento diverso al Documento de Voluntad Anticipada o el Formato correspondiente autorizado por la Secretaría;
- II. El realizado bajo influencia de amenazas contra el signatario o sus bienes, o contra la persona o bienes de su cónyuge, parientes, concubinario o concubina;
- III. El captado por dolo o fraude;
- IV. Aquel en el que el signatario no exprese clara e inequívocamente su voluntad, sino sólo por señales o monosílabos en respuesta a las preguntas que se le hacen;
- V. Aquél que se otorga en contravención a las formas prescritas por la ley; y
- VI. Aquel en el que medie alguno de los vicios del consentimiento para su realización.

Artículo 37. El signatario que se encuentre en algunos de los supuestos establecidos en el artículo anterior, podrá, luego que cese dicha circunstancia, revalidar su Documento o Formato de Voluntad Anticipada con las mismas solemnidades que si lo signara de nuevo; de lo contrario será nula la revalidación.

Artículo 38. El Documento o Formato de Voluntad Anticipada únicamente podrá ser revocado por el signatario del mismo en cualquier momento. No podrán por ninguna circunstancia establecerse o pretenderse hacer valer disposiciones testamentarias, legatarias o donatarias de bienes, derechos u obligaciones diversos a los relativos a la Voluntad Anticipada en los documentos o formatos que regula la presente Ley.

Artículo 39. En caso de que existan dos o más Documentos o Formatos de Voluntad Anticipada será válido el último firmado por el signatario.

CAPÍTULO CUARTO

DEL CUMPLIMIENTO DE LA VOLUNTAD ANTICIPADA

Artículo 40. Para efectos del cumplimiento de las disposiciones establecidas en el Documento o Formato de Voluntad Anticipada, el signatario o en su caso su representante, deberá solicitar al personal de salud correspondiente se efectúen las disposiciones establecidas en dicho documento.

El personal de salud correspondiente deberá realizar dichas disposiciones en los términos solicitados y prescritos en el Documento o Formato de Voluntad Anticipada y en referencia al derecho establecido para ello en el artículo 166 Bis 3 de la Ley General de Salud aplicada supletoriamente.

Artículo 41. Al momento en que el personal de salud correspondiente dé inicio al cumplimiento de las disposiciones y términos contenidos en el Documento de Voluntad Anticipada deberá asentaren el historial clínico del enfermo en etapa terminal, toda la información que haga constar dicha circunstancia hasta su terminación, en los términos de las disposiciones de salud correspondientes.

Para los efectos del párrafo anterior se incluirán los Cuidados Paliativos, las Medidas Mínimas Ordinarias, la Sedación Controlada y el tratamiento Tanatológico que el personal de salud correspondiente determine.

Artículo 42. El personal de salud a cargo de cumplimentar las disposiciones establecidas en el Documento o Formato de Voluntad Anticipada y las disposiciones

de la presente Ley, cuyas creencias religiosas o convicciones personales sean contrarias a tales disposiciones, podrán ser objetores de conciencia y por tal razón excusarse de intervenir en su realización.

Será obligación de la Secretaría, garantizar y vigilar en las instituciones de salud, la oportuna prestación de los servicios y la permanente disponibilidad de personal de salud no objetor, a fin de verificar el cumplimiento de la Voluntad Anticipada del enfermo en etapa terminal. La Secretaría en el ámbito de sus atribuciones y posibilidades financieras, ofrecerá atención médica domiciliaria a enfermos en etapa terminal, de conformidad con los lineamientos que para tal efecto emita en los términos de la presente Ley.

Asimismo, la Secretaría emitirá los lineamientos correspondientes para la aplicación de la Ley de Voluntad Anticipada en las instituciones privadas de Salud.

Artículo 43. El personal de salud en ningún momento y bajo ninguna circunstancia podrá suministrar medicamentos o tratamientos médicos, que provoquen de manera intencional el deceso del enfermo en etapa terminal.

Artículo 44. No podrán realizarse las disposiciones contenidas en el Documento o Formato de Voluntad Anticipada y en la presente Ley, a enfermos que no se encuentren en etapa terminal.

CAPÍTULO QUINTO

DE LA COORDINACIÓN ESPECIALIZADA EN MATERIA DE VOLUNTAD ANTICIPADA

Artículo 45. La Coordinación Especializada es la unidad administrativa adscrita a la Secretaría encargada de velar por el cumplimiento de las disposiciones establecidas en la presente Ley y en los Documentos y Formatos de Voluntad Anticipada.

Artículo 46. Son atribuciones de la Coordinación Especializada:

- I. Recibir, archivar y resguardar los Documentos y Formatos de Voluntad Anticipada, procedentes de las instituciones públicas y privadas de salud;
- II. Hacer del conocimiento del Ministerio Público los Documentos y Formatos de Voluntad Anticipada; procedentes de las instituciones públicas y privadas de salud;
- III. Supervisar en la esfera de su competencia:
 - a) El cumplimiento de las disposiciones de los Documentos y Formatos de Voluntad Anticipada; y
 - b) Lo relativo en materia de Trasplantes y Donación de Órganos y Tejidos;
- IV. Coadyuvar con el control y registro de donantes y receptores de Órganos y Tejidos en coordinación con el Centro Nacional de Trasplantes y los Centros Estatales de Trasplantes en el ámbito de sus atribuciones;
- V. Fungir como vínculo con los Centros Nacional y Estatales de Trasplantes en el ámbito de su competencia;
- VI. Fomentar, promover y difundir la cultura de Donación de Órganos y Tejidos en el ámbito de su competencia;
- VII. Proponer en el ámbito de su competencia, la celebración de convenios de colaboración con otras instituciones y asociaciones públicas o privadas en las que se promuevan y realicen Trasplantes de Órganos y Tejidos; y

VIII. Las demás que le otorguen las otras leyes y reglamentos.

Artículo 47. Las disposiciones derivadas de la Voluntad Anticipada establecidas en el presente Capítulo en materia de Trasplantes y Donación de Órganos se regirán por lo dispuesto en la Ley Estatal de Salud para el Estado de Veracruz o en su defecto, supletoriamente en la Ley General de Salud que tiene aplicación federal, en los términos que las mismas determinen en lo conducente y aplicable.

TRANSITORIOS

PRIMERO.- El presente Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en la Gaceta Oficial del Estado de Veracruz, de Ignacio de la Llave.

SEGUNDO.- A partir de la entrada en vigor del presente Decreto, se derogan las demás disposiciones que contravengan al mismo.

TERCERO.- El Gobierno del Estado de Veracruz, de Ignacio de la Llave tendrá 90 días naturales para emitir el Reglamento y los Lineamientos conducentes para la aplicación de la presente ley.

CUARTO.- El Gobierno del Estado de Veracruz, de Ignacio de la Llave, deberá realizar a más tardar en 90 días naturales las adecuaciones correspondientes al Reglamento Interior de la Secretaría de Salud del Estado de Veracruz, de Ignacio de la Llave, para proveer en la esfera administrativa lo relativo a la creación de la Coordinación Especializada en materia de Voluntad Anticipada.

QUINTO.- El Gobierno del Estado de Veracruz, de Ignacio de la Llave deberá suscribir el convenio de colaboración correspondiente con el Colegio de Notarios a efecto de garantizar el cumplimiento de las disposiciones de la Ley de Voluntad Anticipada para el Estado de Veracruz, de Ignacio de la Llave y asegurar el menor costo posible de los honorarios correspondientes al Documento contenido en ella, así como la inclusión de la suscripción del mismo en las Jornadas Notariales.

SEXTO.- La Legislatura del Estado de Veracruz, de Ignacio de la Llave, deberá establecer en el Presupuesto de Egresos para el ejercicio fiscal 2017, los recursos presupuestales correspondientes y suficientes para la operación y difusión de la Ley de Voluntad Anticipada para el Estado de Veracruz, de Ignacio de la Llave.

SÉPTIMO.- El Ejecutivo del Estado de Veracruz, de Ignacio de la Llave, deberá suscribir los convenios de coordinación de acciones correspondientes con la Secretaría de Salud Federal, El Centro Nacional de Trasplantes y los Centros Estatales de Trasplantes, a efecto de garantizar el cumplimiento de las disposiciones establecidas en la Ley de Voluntad Anticipada para el Estado de Veracruz, de Ignacio de la Llave, en materia de Trasplantes y Donación de Órganos y Tejidos, con base en lo dispuesto por la Ley General de Salud en lo conducente y aplicable.

OCTAVO.- Publíquese el presente Decreto en La Gaceta Oficial del Estado de Veracruz, de Ignacio de la Llave para su mayor difusión.

Cámara de Diputados del Estado de Veracruz, de Ignacio de la Llave, a los ____ días del mes de _ del año dos mil __.- POR LA MESA DIRECTIVA.- DIP., PRESIDENTA. DIP. ___, SECRETARIA.- DIP. ___, SECRETARIO.- (Firmas)⁷⁹

El objetivo de los multicitados instrumentos jurídicos, es evitar la insistencia de la aplicación terapéutica en enfermos terminales, salvaguardando la dignidad de la persona que en expresión de su voluntad, exige que tal derecho le sea respetado. Es importante resaltar que también es revocable, ya que como se ha sostenido asumir el proceso de muerte y además documentarlo, no resulta fácil. Tampoco se trata de una carta peticionaria o de deseos, para acelerar un proceso natural, esta petición debe estar sustentada bajo estándares clínicos.

Conclusiones.

- La muerte es el acontecimiento más controversial y certero, nadie puede escaparse de ello; motivo por el cual diversas ciencias se dan a la tarea de estudiarla; la definición más común es la que da las ciencias de la salud; describiéndola como el cese de la vida, como la pérdida o destrucción del organismo.

- Los textos jurídicos ahora se escriben con base en la protección de los derechos humanos, teniendo preeminencia la vida del ser humano y su derecho a la dignidad; pero el trabajo aquí descrito hace del conocimiento que pueden presentarse determinadas condiciones que la conviertan en indigna; un estado de salud grave, irreversible, que haya sido decretado médicamente y que tenga como fin la muerte; no existe razón para aceptar o permitir la agonía del enfermo con el fin de preservar su existir.

- Haber entrado al estudio de términos como eutanasia, distanasia, ortotanasia, entre otros, obliga a resaltar un concepto que es base para las legislaciones que han abordado la voluntad anticipada o testamento vital como también se le conoce; éste es conocido como la autonomía vital reconocido como

⁷⁹ Documento presentado por Alfredo Magno Garcimarrero Ochoa, en el ejercicio de participación ciudadana para el Plan de Desarrollo Veracruzano, efectuado el 31 de agosto de 2016, en la Unidad de Servicios Bibliotecarios de la Universidad Veracruzana, en donde la suscrita participó como relatora, <http://consultapvd.uv.mx/temas/reorganizar-los-servicios-de-salud-su-expansion-y-mantenimiento/>

la libertad de la persona humana que tiene un padecimiento irremediable, para conocer y decidir sobre los alcances del tratamiento médico aplicado o que le van aplicar; optando por la supresión de un tratamiento y la terminación voluntaria o asistida de la vida.

- Toda persona le asiste la autonomía de la voluntad y con ello el derecho a decidir sobre su vida; y no puede ser la excepción cuando se trata sobre su salud y si ésta ha sido declarada mortal; luego entonces, la ciencia jurídica avanza emitiendo leyes de voluntad anticipada que por infortunio, solo 11 entidades federativas mexicana las contemplan.

- Estoy a favor de la eutanasia, de las leyes anticipadas, de los testamentos vitales; baso mi criterio en que si el Estado, las leyes, los tratados internacionales, reconocen en las personas su dignidad, la libre determinación de la personalidad; deben reconocer igualmente el derecho a morir cuando una vida ha sido decretada médicamente sin esperanzas o posibilidades de recuperación; no debe darse lugar a argumentos religiosos, filosóficos, culturales, morales; porque no son suficientes ante el argumento de una muerte digna.

Fuentes

Bibliografía

ALSINA Hugo, *Derecho Procesal. Juicios especiales*, Tomo VI, Buenos Aires, Ediar, 1971.

JIMÉNEZ DE ASUA Luis, *Libertad de amar y derecho a morir. Ensayos de un criminalista sobre Eugenesia Eutanasia Endocrinología*, 3ª edición, Historia Nueva, Aldus S.A de Artes Gráficas Santander, 1929.

JIMÉNEZ José Luis, *Eutanasia, distanasia y suicidio asistido*. [CD-ROM]. Edición especial, La Habana, Centro de Bioética Juan Pablo II, 2007.

KLARSFELD, André, REVAH, Frederic, *Biología de la muerte*, España, Complutense, 2002.

LÓPEZ ARANGUREN José Luis, *Ética*, volumen 2, España, Trotta, 1994.

PÁNIKER Salvador, Roland Jaccard Micher Thevóz, *Prologo de manifiesto de una muerte digna*, 1ª edición, España, Kairós, 1993.

Hemerografía

Tesis: P. LXV/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXX, Diciembre de 2009, Materia(s): Constitucional.

Tesis: 1a./J. 37/2016 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo II, Agosto 2016, Materia(s): Constitucional.

Direcciones electrónicas

___http://www.eutanasia.ws/eutanasia_mundo.html

___http://www.milenio.com/politica/derecho_a_eutanasia_cdmx-asamblea_constituyente-legalizacion_mariguana-milenio_0_878912116.htm

___Recomendación 1418 (1999) *Protección de los derechos humanos y la dignidad de los enfermos terminales y moribundos*, <http://www.unav.es/cdb/acoerrec99-1418.html>

BONT Maribel, DORTA Katherine *et al*, *Eutanasia: una visión histórico – hermenéutica*, Comunidad y Salud, vol. 5, núm. 2, Maracay, 2007, http://scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1690-32932007000200005

CASADO María, *et al.*, "Sobre las voluntades anticipadas: aspectos bioéticos, jurídicos y sociales", *Revista española de medicina legal*, núm. 39, 2013, <http://www.elsevier.es/es-revista-revista-espanola-medicina-legal-285-articulo-sobre-las-voluntades-anticipadas-aspectos-S0377473212000594?redirectNew=true>

Declaración de Ginebra de la Asociación Médica Mundial. [http://hist.library.paho.org/Spanish/BOL/v108n\(5-6\)p621.pdf](http://hist.library.paho.org/Spanish/BOL/v108n(5-6)p621.pdf)

Declaración universal sobre Bioética y Derechos Humanos, 19 de octubre de 2005 http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=31058&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

FLORES SALGADO Lucerito Ludmila, "Autonomía y manifestación de la voluntad en el testamento vital y documento de voluntad anticipada en México", *IUS Revista del instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, año IX, núm. 36 julio-diciembre de 2015, <http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v9n36/1870-2147-rius-9-36-00155.pdf>

- GIRALDO- CADAVID, Luis Fernando, "Muerte, Eutanasia Y Cuidados Paliativos", *Persona y Bioética*, vol. 12, núm. 2, julio-diciembre, 2008, <http://www.redalyc.org/pdf/832/83211487007.pdf>
- GÓMEZ MACIÁ, Ramón. *Eutanasia Concepto Legal*, 2008, en: <http://www.eutanasia.ws/hemeroteca/z14.pdf>
- Ley de voluntad anticipada para el Distrito Federal*, publicada en la gaceta oficial del Distrito Federal el 07 de enero de 2008, <http://www.aldf.gob.mx/archivo-edfcbf4442b58c1cf761114a6a224fb1.pdf>
- Ley General de Salud*, publicada el 7 de febrero de 1984, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142_010616.pdf
- MARIS MARTÍNEZ Stella, *Relación clínica con el paciente : Responsabilidad ética frente al enfermo terminal*, Universitat Ramon Llull, 2011, <http://www.bioetica-debat.org/modules/news/article.php?storyid=396>
- NOGUEZ, Austria y GONZÁLEZ, Liliana, "Las entidades anímicas y la muerte en la etnografía de los Altos de Chiapas", *Vita Brevis, Revista electrónica de estudio de la muerte*, año 3, núm. 4, enero-junio de 2014, <https://revistas.inah.gob.mx/index.php/vitabrevis/article/view/3234/3117>.
- ORTÍZ QUESADA Federico, *Eutanasia*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2003, <http://www.eutanasia.ws/hemeroteca/t275.pdf>
- PADOVANI CANTÓN, Antonio Manuel, Clemente Rodríguez María Elisa, "Eutanasia y legislación", *Revista Ciencias Médicas de Pinar del Rio*, Cuba, agosto 2008, <http://scielo.sld.cu/pdf/rpr/v12n2/rpr15208.pdf>
- PAREDES ESCOBAR, María Cristina, "Limitación del esfuerzo terapéutico en la práctica clínica. Percepciones de profesionales médicos y de enfermería de unidades de pacientes críticos de un hospital público de adultos en la Región Metropolitana", *Acta Bioeth*, vol. 18, núm. 2, Santiago de Chile, noviembre 2012, <http://www.scielo.cl/pdf/abioeth/v18n2/art04.pdf>
- Plan de Veracruzano de Desarrollo, efectuado el 31 de agosto de 2016, <http://consultapvd.uv.mx/temas/reorganizar-los-servicios-de-salud-su-expansion-y-mantenimiento/>

VERA CARRASCO, Oscar, "Dilemas bioéticos en la unidades de cuidados intensivos", *Revista Médica La Paz*, núm. 16, 2010.

LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL SISTEMA ADVERSARIAL

Alejandro de la Fuente Alonso*

SUMARIO: Introducción; I. La normativa de la medida cautelar de prisión preventiva; II. Marco teórico; Conclusión; Fuentes.

Introducción

A partir de un Decreto Presidencial del 18 de junio del 2008, se reforman los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B del artículo 123 todos de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos y se estableció un cambio en el Sistema de Justicia Penal Mexicano.

El modelo de impartición de justicia inquisitivo o mixto fue sustituido por el sistema acusatorio en consecuencia, el sistema acusatorio tiene entre sus características: el derecho al respeto de la libertad personal y el principio de presunción de inocencia (Chorres, 2016). Además, México reconoció que la Constitución y los Tratados Internacionales se encuentran al mismo rango de importancia a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos. Estableciendo en su artículo primero el principio pro persona, el cual señala que las normas nacionales e internacionales deben aplicarse en todo momento conforme a la protección más amplia en favor de los ciudadanos y la obligación de las autoridades en todas sus ramas de respetar y garantizar el goce y disfrute de los mismos lo cual nos lleva a señalar que ello implica estar en contra de la utilización de la prisión preventiva.

Lo anterior, significó que en las prácticas de impartición de justicia relacionadas a la aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva se debió proteger al imputado con la norma que más favorezca sus derechos, sea esta norma

* Doctor en Derecho, Académico y Director de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana, Investigador Nacional nivel I del Sistema Nacional de Investigadores del CONACyT.

nacional o internacional con la finalidad de no dañar su dignidad humana y lo anterior se le debe garantizar a las personas durante el proceso penal.

En este sentido, Juan E. Méndez Relator Especial sobre la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de la Organización de las Naciones Unidas, señaló en sus recomendaciones⁸⁰ que es grave que exista en la normativa constitucional y en normas generales mexicanas la prisión preventiva oficiosa y pidió que al gobierno apruebe lo necesario en la normativa mexicana para garantizar el adecuado control judicial de las medidas cautelares.

I. La normativa de la medida cautelar de prisión preventiva

A continuación se desarrolla la normativa referente al tema de la prisión preventiva con el objetivo de aclarar el orden de disposiciones legales que opera en el sistema jurídico mexicano.

Para ello se llevó a cabo un análisis normativo nacional de la manera como está regulada la medida cautelar de prisión preventiva. Además, se señalaron los elementos normativos en el ámbito internacional. Lo anterior con el objetivo de delimitar el marco legal de referencia de acuerdo con la problemática en cuestión y su relación con la reforma constitucional de junio del 2008 ya mencionada.

Primero, la prisión preventiva “se define como una medida cautelar de carácter personal impuesta por un juez de control, que afecta a un sujeto directamente en el ejercicio del derecho de libertad, la mayoría de las veces a partir de la formulación de la imputación durante el proceso penal”⁸¹. Según Jaime Flores Cruz, consiste en la privación de la libertad ambulatoria de una persona internándola en una prisión mientras se desarrolla todo el proceso penal hasta la sentencia del juicio.⁸²

⁸⁰ Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, sobre su misión a México, p.19. Véase, <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/9930.pdf?view=1>, Consultada el 14 de Noviembre del 2018.

⁸¹ Kalife, Alfredo Dagdug, *Manual de Derecho Procesal Penal. Teoría y práctica*, UBIJUS, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México. 2016.

⁸² Flores Cruz, Jaime, *Análisis de la Nomenclatura empleada en el Nuevo Sistema de Justicia Penal previsto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Segunda reimpression, México. 2015.

Constantino Rivera, señaló que es una institución procesal que aplica el juez por petición de alguien por haber en apariencia un derecho.⁸³

El cinco de marzo de dos mil catorce se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Código Nacional de Procedimientos Penales, ordenamiento que en su Capítulo IV, intitulado Medidas Cautelares establece que serán impuestas mediante resolución judicial, por el tiempo indispensable para asegurar la presencia del imputado en el procedimiento, garantizar la seguridad de la víctima u ofendido o del testigo, o evitar la obstaculización del procedimiento; a solicitud del ministerio público o de la víctima u ofendido, para lo cual el Juez podrá imponer hasta catorce tipos de medidas cautelares, de las cuales la más lesiva es la prisión preventiva, siempre y cuando ésta resulte proporcional e idónea, estableciendo como presupuesto para su imposición un debate entre las partes –principio de contradicción-, en el que se discutirá lo relativo a la necesidad de su imposición.

Posteriormente, el artículo 167 del código procesal establece, retomando el texto constitucional, que la prisión preventiva procederá cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso, así como la obligación de imponer prisión automática, en delitos específicos, mismos que constituyen un catálogo ampliado al que se encuentra en la constitución.

Lo anterior, puntualiza que el Código Nacional de Procedimientos Penales, como ley secundaria no hace más que replicar las incongruencias presentes en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que por un lado tenemos los derechos constitucionales, entre los que destacan el de presunción de inocencia, mientras que por el otro lado se tiene un catálogo de delitos de prisión preventiva oficiosa que suponen un castigo anticipado, justificado como medida cautelar, para una persona que aún no cuenta con una resolución judicial que la declare culpable. Para continuar resulta relevante responder: ¿Cuáles son los presupuestos

⁸³ Constantino Rivera, Camilo, *Medidas Cautelares en el Sistema Acusatorio*. Flores Editor y Distribuidor, 2ª. ed., México. 2015.

normativos de aplicación de medidas cautelares en México según el Código Nacional de Procedimientos Penales? Con base en la interrogante el código nacional en cuestión señala que los presupuestos normativos que deben cumplir para el dictado de una medida cautelar son: solicitud el ministerio público en audiencia inicial o la víctima, que el juez dicte un auto de vinculación a proceso -en el que se exprese el delito que se impute al acusado, el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución-, la existencia de datos de prueba en la carpeta de investigación que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que existe la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

Es importante destacar que en el Código Nacional de Procedimientos Penales (artículo 153), se estableció que la duración de la medida cautelar podrá ser por el tiempo indispensable para asegurar la presencia del imputado en el procedimiento, garantizar la seguridad de la víctima u ofendido el testigo, o evitar la obstaculización del procedimiento. Por otro lado la Constitución señala -en su artículo 19- que la medida cautelar de prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Pero aclara que si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares.

En relación con la audiencia inicial en la etapa de investigación, se recaban los datos de prueba que servirán como sustento para hacerle saber a una persona que se le acusa de un delito. Una vez recabados los datos de prueba en una carpeta de investigación, se lleva a cabo la audiencia inicial, en la cual, se formulará la imputación al indiciado y se dictará un auto de vinculación a proceso por un Juez de Control. Por lo tanto, en la audiencia inicial el fiscal o ministerio público le da a conocer a una persona que se lleva una investigación en su contra -esta acción del ministerio público se conoce como formulación de la imputación- y si el ministerio público no desea seguir investigando formulará una acusación describiendo los hechos que motivaron el delito. Después, el juez deberá dictar el auto de vinculación

a proceso, lo que dará lugar a que el ministerio público o la víctima soliciten la imposición de medidas cautelares⁸⁴.

Así, se aprecia que en la parte final de esta audiencia inicial el juez de control debe dictar una o varias medidas cautelares.

La prisión preventiva puede ser solicitada por el Ministerio Público o de manera oficiosa por el Juez de control dependiendo de varios supuestos. En este sentido, procederá en los casos mencionados en la tabla siguiente:

Ministerio Público	Juez
Artículos 19 Constitucional y 157 y 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales Presencia del imputado en el juicio Obstaculización del proceso Perjudicar la investigación Proteger víctimas, testigos o comunidad Exista otro proceso penal del acusado Por sentencia previa de delito doloso	Prisión Preventiva oficiosa Artículos 19 Constitucional y 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales Delincuencia organizada Homicidio doloso Violación Secuestro Trata de personas Delitos cometidos con armas o explosivos Delitos graves

Asimismo, se destaca que existe un catálogo de delitos que tienen prisión preventiva oficiosa según el artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales, a saber: Homicidio doloso, Genocidio, Violación, Traición a la patria, Espionaje, Terrorismo, Sabotaje, Corrupción de menores, Tráfico de menores y Delitos contra la salud.

Asimismo, se destaca el caso de los delitos graves según el artículo 150 del Código Nacional en cuestión, debido a que serán considerados en este sentido dos: todos los delitos de prisión preventiva oficiosa y aquellos cuya media aritmética sea mayor a cinco años. En resumen, existen dos formas de imponer la prisión

⁸⁴ Góngora Pimentel, Genaro David y Huitrón García, Carlos Enrique, *La Justicia Penal y los Juicios Orales en México*, Porrúa, México. 2016.

preventiva: una oficiosa -dictada por el juez- y otra justificada -solicitada por el Ministerio Público-. Joel Garduño, destacó que “el artículo 19 constitucional al señalar una prisión preventiva oficiosa se relaciona al principio de subsidiariedad penal y una prisión justificada se vincula con el principio de proporcionalidad”.⁸⁵

Cárdenas Delgado señaló que “en la audiencia de medidas cautelares el juez de control debe tener presente el objetivo de la medida, la legitimidad y finalidad legítima del riesgo”.⁸⁶ Además, destacó los principales principios que rigen a las medidas cautelares y les dan significado de acuerdo con la siguiente tabla:

Principio	Significado
Legalidad	Incluido en la ley
Jurisdicción	Las impone el Juez
Excepción	Justificar riesgo
Instrumentalidad	Accesorios al juicio y neutralizar delito
Temporalidad o provisionalidad	Duración necesaria
Proporcionalidad	Adecuado y proteger el derecho

Se realza que el juez de control al dictar en la audiencia inicial una resolución de medidas cautelares, debe fundar y motivar esta resolución, tomando en cuenta el principio de proporcionalidad.

Sánchez Gil, señaló que el principio de proporcionalidad es un derecho sustentado en dos artículos: primero, en el artículo 1 Constitucional -Principio Pro Persona-, el cual establece que las normas relativas a derechos humanos se deben interpretar conforme a la Constitución y los Tratados Internacionales favoreciendo siempre la protección más amplia; y el primer párrafo del artículo 22 Constitucional, el cual impone una relación de adecuación de la sanción impuesta al delito y la

⁸⁵ Garduño Venegas, Joel de Jesús, “La prisión preventiva oficiosa y justificada como medida cautelar”, Nova Iustitia, *Revista Digital de la Reforma Penal*, Año V, No. 20, Agosto. 2017.

⁸⁶ Cárdenas Delgado, Alfredo, *Principios rectores de las medidas cautelares*, Nova Iustitia, Revista Digital de la Reforma Penal, Año V, No. 20, Agosto. 2017.

afectación que produce al bien jurídico protegido⁸⁷. El principio de proporcionalidad por lo tanto, implica evaluar si vale la pena sacrificar un derecho para conseguir un determinado fin.

Motivar una resolución, es un ejercicio de argumentación en el cual se detallan las razones que llevaron a elegir al juez la medida cautelar de prisión. Este ejercicio argumentativo comprende realizar un juicio de valor con relación a los derechos de la víctima y del imputado.

El juicio de valor se lleva a cabo a través de una ponderación de intereses a favor de las partes -víctima e imputado-. Si el juez no realiza de esta manera la motivación de una resolución incurrirá en un acto ilegal. Asimismo Sánchez Gil, mencionó que si una medida vulnera derechos fundamentales⁸⁸ viola la garantía de motivación material establecida en el primer párrafo del artículo 16 Constitucional.

Asimismo, se puede destacar que no son proporcionales las medidas dictadas en las resoluciones cuando no cumplen con la utilidad que requieren prever. En este sentido, la prisión preventiva tiene algunas excepciones como son: persona mayor de setenta años, enfermedad grave, lactancia o embarazo -caso de mujeres-. Sin embargo, puede el juez dictarla si considera que el acusado se puede escapar de la acción de la justicia o si considera que el imputado es un riesgo para la comunidad.

Por último, la medida cautelar de prisión preventiva debe aplicarse de manera excepcional según la Constitución Política en su artículo 19.

Actualmente, existen varios Tratados Internacionales vinculantes para México y por ende obligatorios que justifican la utilización de la prisión preventiva como lo son: el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de los Derechos Humanos. Según éstos, la prisión preventiva solo debe tener como fines: asegurar la realización del proceso, el juicio y ejecución de la pena. Sin embargo en la normativa internacional también se incluye el derecho a la presunción de inocencia según lo señalan: la declaración Universal de las Naciones Unidas -artículo 11 párrafo 2-, Declaración Americana de los Derechos y Deberes

⁸⁷ Sánchez Gil, Rubén, *El principio de Proporcionalidad*, IJ - UNAM, México. 2007.

⁸⁸ *Ídem*.

del Hombre -artículo XXVI-, Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 19 de Diciembre de 1966 -Artículo 14.2-, Convención Americana sobre los Derechos Humanos de 22 de Noviembre de 1969 -artículo 8.2- y las Reglas Mínimas para el tratamiento de Reclusos -artículo 84 párrafo 2- adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente celebrado en Ginebra en 1955.

II. Marco teórico

En esta ocasión se empleará como marco conceptual para interpretar la realidad de la práctica de la prisión preventiva la teoría de los campos de Pierre Bourdieu en la cual se establecieron los conceptos de: campo jurídico⁸⁹, capital y *habitus* jurídico.

Primero, Bourdieu⁹⁰ definió el concepto de campo como aquel espacio social donde los individuos -agentes sociales- se desplazan de manera estratégica y se oponen a las fuerzas del campo su propia fuerza o inercia -de acuerdo con sus propiedades-. Señaló que es un *campo de posibles* donde el individuo elige una trayectoria y depende de acontecimientos colectivos -como pueden ser guerras o crisis- o individuales -por ejemplo amistades y protecciones- las cuales describió como casualidades -afortunadas o desafortunadas- que dependen de la posición social y la disposición de los agentes que las ocupan o lo que es lo mismo las trayectorias que han llevado a ocuparlas -trayectoria modal-.

También definió clase como el sitio donde los individuos se encuentran en condiciones y sistemas de disposiciones homogéneas apropiadas para engendrar prácticas semejantes con propiedades comunes. En concordancia, la clase son propiedades ligadas a las relaciones objetivas y relaciones simbólicas que sostienen los miembros entre sí. Se puede comentar que la clase se refiere a expresiones de los individuos en cuanto a diferencias en sus propiedades y en su posición.

⁸⁹ Bourdieu, Pierre, *Cosas Dichas*, Colección el mamífero parlante Serie Mayor, Gedisa Editorial, España. 2000.

⁹⁰ Bourdieu, Pierre, *La Distinción criterio y bases sociales del gusto*, Editorial Taurus, España. 1998.

El concepto de campo ha sido definido en varias investigaciones. Angélica Cuellar⁹¹ definió el campo como un espacio donde los jueces harán uso de sus conocimientos y habilidades en el nuevo sistema de justicia penal acusatorio. Además, Álvaro Moreno⁹² señaló al campo jurídico como una estructura externa con particularidades especiales y las siguientes características: límites, un lenguaje especial, codificación, agentes o individuos que interactúan por el poder de un capital específico.

Asimismo, el concepto de campo jurídico se definió para efectos de la investigación como el espacio donde los jueces de control dentro del sistema acusatorio penal se relacionan de manera jerarquizada con otros sujetos para el desempeño de la actividad jurisdiccional relacionada al fenómeno de la prisión preventiva. Así, el procesado o acusado de un delito está sometido a la decisión de un juez de aplicar o no prisión preventiva en la audiencia inicial.

El juez dentro del campo jurídico tiene como objetivo proteger al inocente y desarrollan diferentes funciones de acuerdo con la normativa aplicable en el sistema acusatorio penal mexicano. Por ello, el espacio se rige por una simbología y lenguaje jurídico con base en el derecho, lo cual ayudará a que los jueces logren determinados bienes o capitales. En este sistema de justicia es frecuente luchas o disputas. Por consiguiente, los jueces de control lidian con muchos factores a favor o en contra dentro de las instituciones de justicia y deben tener una determinada estrategia para desarrollar sus funciones y para tomar decisiones relacionadas a la práctica de la prisión preventiva.

Segundo, en relación con el concepto de capital, pueden existir: capital económico, cultural, social y el capital simbólico. En este sentido, Gutiérrez definió el capital económico citando a Costa como "el conjunto de bienes acumulados que se producen, se distribuyen, se consumen, se invierten, se pierden". Segundo, el capital cultural, según Bourdieu⁹³ es aquel apegado a conocimientos, ciencia y arte

⁹¹ Cuellar, Angélica, *La utilidad práctica de la teoría relacional de Pierre Bourdieu en la Investigación Socio-jurídica*, NOVIUM JUS, ISSN: 1692-6013, Volumen 9, Número 1. 2015.

⁹² Moreno, Álvaro, *El Sistema Oral Acusatorio en Colombia: Reforma y Habitus Jurídico*, IUSTA, Número 39, julio-diciembre. 2013.

⁹³ Bourdieu, Pierre y Passeron, Jean Claude, *La Reproducción, elementos para una teoría del sistema de enseñanza*, Editorial Fontamara, México. 1996.

de las representaciones escolares. El capital social según Bourdieu es aquel que constituye relaciones actuales o potenciales que están ligadas a la posesión de una red duradera de relaciones de inter-conocimiento e inter reconocimiento. Por último, el capital simbólico lo entendemos como las formas que toman los capitales económico y cultural de manera legítima.

El concepto de capital para la investigación de la prisión preventiva se precisó para describir la conducta de los jueces de control. Se estableció como una energía dentro del campo jurídico, la cual puede ser de diferentes tipos: económica, cultural, social y simbólica. En consecuencia, dentro del campo jurídico se producen y reproducen propiedades de los sujetos que están determinadas por la clase social a la que pertenecen y las leyes específicas del derecho penal.

En un campo particular los sujetos tienen propiedades en relación con su formación académica -sus habilidades y conocimientos en penal-, su forma de socializar con otras personas -como se relacionan con los demás-, diferentes comportamientos -según su clase social- y creencias o formas de pensar respecto a un fenómeno de la prisión preventiva -simbólico-. Por lo tanto, los capitales brindan a los sujetos un sentido o propósito dentro del campo jurídico.

Tercero, el francés Pierre Bourdieu, definió el concepto de *habitus*⁹⁴ como un sistema de disposiciones duraderas y transferibles, es decir, estructuras estructuradas predispuestas a funcionar como estructuras estructurantes. Refiere a principios generadores y organizadores de prácticas y de representaciones que pueden estar objetivamente adaptadas. Angélica Cuellar⁹⁵ definió el concepto de *habitus* como estructuras incorporadas o adquiridas o bien capitales que pueden apreciarse en su interpretación personal. Señaló que ayudan a tomar decisiones o manifestar preferencias. Además, destacó que los sujetos no acatan instrucciones, son activos y generan expectativas e intereses en su práctica jurídica.

Estableció que el *habitus*, es un principio que genera y organiza las prácticas de justicia porque implica intereses, conocimientos y experiencias. Por último,

⁹⁴ Bourdieu, Pierre, *El Sentido Práctico*, Siglo XXI Editores Argentina. 2007.

⁹⁵ Cuellar, Angélica, *La utilidad práctica de la teoría relacional de Pierre Bourdieu en la Investigación Socio-jurídica*, op. cit.

Álvaro Moreno⁹⁶ definió *habitus* jurídico como una estructura interna en el individuo que se ha interiorizado con disposiciones sociales o normas y conductas, las cuales regulan el contexto jurídico. Señaló que el *habitus* tiene relación con las costumbres que establecen conductas y esto ayuda a determinar el impacto de las prácticas jurídicas en el sistema oral acusatorio.

El concepto *habitus*, se definió para la investigación de la prisión preventiva como un conjunto de ideas, maneras de ser, patrones de comportamiento y formas de sentir de un juez de control en el sistema acusatorio penal. Representa la formación del juez, su experiencia y pericia dentro del sistema de justicia. Este concepto representa la capacidad del juez, es decir, expresa sus habilidades y ayuda a determinar la forma como actúa dentro y fuera de las audiencias de medidas cautelares. Por lo tanto, este concepto ayudó a determinar cómo el juez utiliza el marco legal que rige al sistema de justicia penal acusatorio.

Conclusiones:

- En consecuencia podemos válidamente señalar que la prisión preventiva es una decisión subjetiva del juez derivado de su experiencia y pericia dentro del sistema de justicia.

- Las prácticas de justicia en el sistema acusatorio incluyen utilizar conocimientos, habilidades y actitudes por parte de los jueces de control debido a la oralidad de las audiencias y la rapidez de la toma de decisión en la aplicación de una medida cautelar. La prisión preventiva se aplica de dos formas: de manera obligatoria y de manera justificada.

- En cuanto a elementos del juez, se destaca que necesitan ponderar cuando aplicar o no prisión preventiva valorando la idoneidad y la proporcionalidad. Por lo tanto, tienen que hacer un juicio interno y valorar la necesidad, las circunstancias del hecho, el tipo de delito y las actuaciones previas y posteriores de los sujetos procesados por un delito. Además ponderar refirió a establecer según su juicio que bien debe subsistir: la libertad del procesado o la seguridad de la víctima.

⁹⁶ Moreno, Álvaro, *El Sistema Oral Acusatorio en Colombia: Reforma y Habitus Jurídico*, IUSTA, *op. cit.*

- Por lo tanto, se percibe que el sistema acusatorio no garantiza la dignidad de las personas y cuidado de sus derechos al privar de su libertad a las personas sin haber sido sentenciados. Lo anterior, debido a la posibilidad de prácticas discriminatorias en contra de los procesados al ser privados de su libertad por no ser originarios de un lugar, no contar con un trabajo fijo o no tener los ingresos suficientes. Por consiguiente se dificultan las decisiones de los jueces y se requiere una ponderación de los derechos de la víctima del delito y los derechos de la persona acusada de un delito. Lo que se traduce en una falta de certeza e inseguridad del imputado de una conducta ilícita.

- Lo anterior, no hace más que evidenciar la imposibilidad del Estado Mexicano de adecuar su realidad –de un país en vías de desarrollo- a los altos estándares internacionales; por lo que a fin de continuar con una evolución jurídica que concuerde con la situación político-social del país, se estima apremiante la supresión del catálogo de delitos que merecen prisión preventiva oficiosa, pues a juicio de este investigador, constituye un paso importante que nos direcciona hacia la consolidación y legitimación del sistema penal acusatorio mismo que se construyó sobre la base del pleno respeto a los derechos humanos.

Fuentes

Bibliografía

ÁLVAREZ, Juan, Cómo hacer investigación cualitativa, fundamentos y metodología, Ediciones Paidós Mexicana, S.A. de C.V. México. 2009.

AMÉZQUITA, Constanza, Los campos Jurídico y político en perspectiva comparada. Una aproximación desde la teoría de Pierre Bourdieu, Universidad Nacional de Colombia, Universitas Humanísticas, Número 65, ISSN: 0120-4807, Colombia. 2008.

BENAVENTE CHORRES, Hersbert, Hidalgo Murillo, José Daniel y Pérez Flores José Christian, Código Nacional de Procedimientos Penales Guía práctica, comentarios, doctrina y jurisprudencia. Práctica procesal del sistema acusatorio, tercera edición, Flores editor y distribuidor, México. 2017.

- BOURDIEU, Pierre, Algunas propiedades de los campos en Bourdieu Pierre Sociología y cultura, Grijalbo, México. 1990.
- BOURDIEU, Pierre, Cosas Dichas, Colección el mamífero parlante Serie Mayor, Gedisa Editorial, España. 2000.
- BOURDIEU, Pierre, El Sentido Práctico, Siglo XXI Editores Argentina. 2007.
- BOURDIEU, Pierre, El Sentido social del gusto. Elementos para una sociología de la cultura, Siglo XXI Editores, Argentina. 2010.
- BOURDIEU, Pierre, La Distinción criterio y bases sociales del gusto, Editorial Taurus, España. 1998.
- BOURDIEU, Pierre y PASSERON, Jean Claude, La Reproducción, elementos para una teoría del sistema de enseñanza, Editorial Fontamara, México. 1996.
- CARBONELL, Miguel, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Porrúa, México. 2016.
- CARBONELL, Miguel, Los juicios Orales en México, Editorial Porrúa, México. 2010.
- CÁRDENAS DELGADO, Alfredo, Principios rectores de las medidas cautelares, Nova Iustitia, Revista Digital de la Reforma Penal, Año V, No. 20, Agosto. 2017.
- CHORRES, Hesbert, Antología Penal Federal, Flores Editor y Distribuidor, México. 2016.
- CONSTANTINO RIVERA, Camilo, Medidas Cautelares en el Sistema Acusatorio. Flores Editor y Distribuidor, Segunda edición, México. 2015.
- CUELLAR, Angélica, La utilidad práctica de la teoría relacional de Pierre Bourdieu en la Investigación Socio-jurídica, NOVIUM JUS, ISSN: 1692-6013, Volumen 9, Número 1. 2015.
- FLORES CRUZ, Jaime, Análisis de la Nomenclatura empleada en el Nuevo Sistema de Justicia Penal previsto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Segunda reimpresión, México. 2015.

GARDUÑO VENEGAS, Joel de Jesús, La prisión preventiva oficiosa y justificada como medida cautelar, Nova Iustitia, Revista Digital de la Reforma Penal, Año V, No. 20, Agosto. 2017.

GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David y HUITRÓN GARCÍA, Carlos Enrique, La Justicia Penal y los Juicios Orales en México, Editorial Porrúa, México. 2016.

KALIFE, Alfredo Dagdug, Manual de Derecho Procesal Penal. Teoría y práctica, Editorial UBIJUS, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México. 2016.

MORENO, Álvaro, El Sistema Oral Acusatorio en Colombia: Reforma y Habitus Jurídico, ISSN: 1900-0448, IUSTA, Número 39, julio-diciembre. 2013.

POSADA GARCÉS, Juan Pablo, Elementos Fundamentales de la Hermenéutica Jurídica, Nuevo Derecho, Vol. 5, Nº 6. Enero-Junio de 2010. pp. 47-63 - ISSN 2011-4540. Colombia, 2010.

SÁNCHEZ GIL, Rubén, El principio de Proporcionalidad, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2007.

Legisgrafía

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Direcciones electrónicas

Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, sobre su misión a México, p.19. Véase, <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/9930.pdf?view=1>, Consultada el 14 de Noviembre del 2018.

ENSAYO DE IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS ONTOLÓGICOS Y PROCESALES DE LA REFORMA PENAL MEXICANA 2008

María Lilia Viveros Ramírez*

Sumario: Introducción; I. Política criminal y Estado Democrático de Derecho; II. Principios ontológicos y pragmáticos; Conclusiones; Fuentes.

Introducción

La reforma constitucional mexicana en materia penal de 2008 ha sido estudiada de manera fraccionada y poco se ha dicho o criticado desde su construcción teórico-filosófica. En el presente trabajo presentamos algunas inquietudes de análisis a los principios que sustentan el nuevo sistema penal mexicano desde una óptica de la política criminal en relación con la anhelada construcción del Estado de Derecho de nuestro país.

I. Política criminal y Estado Democrático de Derecho

Durante las últimas décadas del siglo XX, en México se observó un aumento en la duración de las penas en materia penal, un incremento en el catálogo de delitos y el nacimiento de una serie de leyes especializadas en una serie de reformas sustantivas en materia penal como respuesta al creciente fenómeno de la delincuencia organizada, los delitos contra la salud y los demás ilícitos que de ambos derivan. Esta evolución en materia penal no sucedió de manera aislada en nuestro país, sino que a nivel global se dieron una serie de cambios urgentes como necesidad para atender y regular el surgimiento de nuevas situaciones, comportamientos ilícitos e ilegítimos intereses.

El Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA)⁹⁷, creado en 1999 por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), tuvo

* Doctora en Derecho Público, Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana.
⁹⁷ Cfr. Secretaría de Relaciones Exteriores, Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), <http://mision.sre.gob.mx/oea/index.php/es/ceja>.

como misión apoyar a los Estados de la región en los procesos de reforma de sus sistemas judiciales e identificó, dentro del movimiento de reformas penales en Latinoamérica, algunos objetivos comunes según menciona Moisés Moreno⁹⁸. Entre ellos citamos:

- a) conseguir que los sistemas penales sean accesibles para recibir las denuncias de todas las personas, especialmente las más débiles;
- b) que los sistemas judiciales sean rápidos en resolver las cuestiones que les son planteadas;
- c) que sean predecibles en sus decisiones;
- d) que sean eficaces en el control del crimen;
- e) que sean respetuosos de las garantías judiciales y que repriman a quienes vulneren derechos humanos;
- f) que sean eficientes en la gestión administrativa;
- g) que controlen la corrupción;
- h) que contribuyan a la legitimación del sistema democrático.

México, si bien quedó rezagado de alguna manera frente a otros Estados de la OEA respecto a esta tendencia reformista, también lo es que este lapso, durante el cual se hizo posible la reforma en materia penal en México, permitió referir y aprender de experiencias que sobre la *praxis* se han venido solventando en otras latitudes latinoamericanas.

Ahora bien, es de considerarse que estas reformas han perseguido algunos objetivos comunes, no han sido uniformes en cuanto a la orientación político-criminal. El proceso reformista penal en México de finales del siglo XX se concentró, como ya se dijo, en materia sustantiva y nos atrevemos a calificarlo de disperso, fraccionado y falto de sustento teórico uniforme, es decir, se dio desde un aspecto meramente positivista sin la consideración o construcción *ex profeso* de principios orientadores que permitieran concretar un objetivo teleológico pre concebido o coincidente con los fines del Estado Mexicano. Incluso, nos atrevemos a afirmar que en materia adjetiva penal se permeó un sistema mixto en el cual se minaron ciertos formalismos que repercutieron en limitaciones al *ius punendi* del Estado en búsqueda de una seguridad jurídica, pero adoleciendo de cambios estructurales, facultades para las instituciones y consistencias filosófico-jurídicas.

⁹⁸ Vid. Sferlazza, Ottavio, *Proceso acusatorio oral y delincuencia organizada*, Fontamara, 2005.

Estos cambios mexicanos referidos brevemente se observan cimentados sobre políticas criminales de diferente naturaleza o tendencia, es decir, las reformas atendieron políticas criminales tanto de corte democrático como de corte autoritario, creando un escenario complicado, confuso y obviamente adverso para la eficacia del derecho penal. Siguiendo a Moisés Moreno⁹⁹, tenemos que el endurecimiento de las penas y el aumento al catálogo de delitos de finales del siglo XX en México, obedeció a medidas político-criminal de corte evidentemente autoritario, dejando de lado la atención a la crisis del sistema penal mexicano en materia procesal en donde verdaderamente se observaba una urgencia de transformación y que en vez de polarizar y generar sistemas mixtos de política criminal, se identificaba una impostergable necesidad de establecer uniformidad respecto a las políticas criminales compatibles con el esquema democrático mexicano y reorientar los procesos y las instituciones sobre una unidad teórica.

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, previo a la reforma 2008, ya se contemplaba de manera expresa como objetivo de la justicia penal al modelo de Estado democrático de derecho, sin embargo y como ya se dijo, esta teleología constitucional resultaba incompatible ante la presencia de rasgos inquisitorios procedimentales e institucionales, insertos en el mismo texto constitucional. Así pues, proponemos considerar esta incongruencia como uno de los puntos de partida que dieron origen a la reforma reciente que se suscitó en nuestro país en materia penal, la cual se infiere fue inspirada en la búsqueda de dar solidez a un sistema acusatorio compatible con políticas criminales democráticas y coherente con la creciente tendencia de los juicios orales como propuesta de funcionalidad y eficacia en el resto de América latina.

En consecuencia, consideramos necesario realizar algunos apuntes preliminares respecto a los fundamentos de política-criminal que dieron sustento a los juicios orales en México en la reforma en materia penal 2008 de corte democrático, mismos que se vieron fortalecidos por la reforma 2011 en materia de derechos humanos, como preliminares de un análisis escrupuloso que debe ser

⁹⁹ *Ídem.*

llevado a cabo por investigadores y juristas de manera impostergable, una vez que los transitorios de 2008 nos han alcanzado.

Como punto de partida se propone hacer un acercamiento conceptual a la política criminal, tema de estudio tratado por criminólogos y penalistas por separado durante muchos años, desde Franz Von Liszt, cuando afirmaba que el derecho penal constituía la barrera infranqueable de la política criminal, cuando aseguraba que el derecho penal era la Carta Magna del delincuente.

En el artículo de Manuel Vidaurri Aréchiga¹⁰⁰ “Política Criminal. Concepto, finalidades, función y método”, encontramos el catálogo de definiciones que Heinz Zipf en 1979 compiló en su obra *Introducción a la Política Criminal*, de las cuales transcribimos, con la finalidad de identificar desde otros autores una conceptualización de la política criminal, hallando:

Paul Johan Anselm Ritter von Feuerbach, destacado jurista y filósofo alemán (1755-1833), concibió a la Política criminal como: la sabiduría legislativa del Estado.

Otro destacadísimo jurista, el vienés Franz von Liszt (1851-1919), ofrece un concepto mucho más amplio que el anterior: Conjunto sistemático de los principios fundados en la investigación científica de las causas del delito y de los efectos de la pena, según los cuáles el Estado ha de llevar a cabo la lucha contra el delito por medio de la pena y de las instituciones con ella relacionadas.

Quien fuera profesor de la Universidad de Marburgo, Robert Wilhelm Ferdinand von Hippel, en su Tratado de Derecho penal alemán publicado en 1925, definió la Política criminal como: la consideración de la eficacia del Derecho penal bajo el criterio de la conveniencia.

Peters entiende que es: el conjunto de actividad creadora estatal y municipal, relacionada con el Estado y el Municipio, dirigida a una configuración adecuada, con la finalidad de prevenir y reducir los delitos y sus efectos.

Para Edmund Mezger (1883-1962) es el conjunto de todas las medidas estatales para la prevención y la lucha contra el delito, mientras que para Sax, es el conjunto de tendencias y disposiciones dirigidas a la adecuada aplicación del Derecho penal.

Schröder estima que es la suma de todos los medios de reacción de los tribunales penales, los métodos y principios con los que el Estado se enfrenta con el delito.

Autores relativamente más recientes, como Hans Göpinger, la entienden por aquello de lo que se ocupa: la remodelación de las normas jurídico-penales (en sentido amplio) y de la organización adecuada y perfeccionamiento del dispositivo estatal de persecución penal y de ejecución de la pena.

¹⁰⁰ Cfr. Vidaurri Aréchiga, Manuel, “Política Criminal. Concepto, finalidades, función y método”, *Letras Jurídicas*, núm. 20, enero - junio 2015, <http://cuci.udg.mx/letras/sitio/index.php/numeros-antteriores?download=267%3Apolitica-criminal.-concepto-finalidades-funcion-y-metodo>.

Hans Heinrich Jescheck señala que esta disciplina tiene la responsabilidad de orientar el cómo constituir del modo más adecuado el Derecho penal, a fin de que pueda corresponder a su misión de proteger la sociedad.

Según piensa Günther Kaiser, la Política criminal pretende la exposición sistemáticamente ordenada de las estrategias y tácticas sociales para conseguir un control óptimo del delito.¹⁰¹

Hasta pasado medio de siglo XX, se había identificado a política criminal como el conjunto de estrategias destinadas por los poderes públicos a frenar a la delincuencia, y al derecho penal como la disciplina jurídica cuya finalidad es modelar el poder punitivo del Estado en contra de los individuos acusados o condenados por la comisión de un delito.

En 1970, cuando el jurista alemán Claus Roxin pronunció en Berlín una icónica conferencia en la cual identificó que los límites epistemológicos hasta ese entonces escindidos entre el derecho penal y la política criminal debían desaparecer, la propuesta de Roxin respecto a que estas dos disciplinas no pueden permanecer separadas se fundó en la idea de que se debe postular por un derecho penal abierto y permeable a los sustentos teóricos y valorativos provenientes de la política criminal, entendemos a dicha propuesta como la probabilidad de superar el *ius positivismo kantiano del ius puniendi*. Si bien es cierto, no encontramos un concepto brindado por Roxin respecto a lo que se debe entender por política criminal, el profesor Rafael Acosta¹⁰² al analizar la obra de Roxin identifica que el punto central de su propuesta es la sensibilización social del derecho penal, a través del entendimiento y la trama de la política criminal de un Estado.

Consecuentemente, podemos conjeturar que desde la visión de Roxin la política criminal tiene que ver con la visión y construcción ontológica del Derecho Penal en una sociedad determinada, así como con el abordaje epistemológico y metodológico para su análisis y entendimiento. A saber, la orientación filosófico-política de la política criminal de un Estado puede ser autoritaria o democrática. Esta última categoría se ha convertido en un verdadero reto para la construcción del llamado Estado de Derecho en las Democracias modernas.

¹⁰¹ *Ibidem*. pp. 2-4.

¹⁰² Cfr. Acosta Patiño, Rafael, "Política criminal y estructura del delito. Elementos del delito en base a la política criminal", *Libros. Roxin, Claus: Anuario de derecho penal y ciencias penales*, núm. 1, 1993, pp. 521 - 526.

Desde mi experiencia, la política criminal de un Estado está determinada por diversos factores, unos directos y otros indirectos. Los factores directos serán aquellos fundamentos que permitan dar sustento filosófico e identificar el objetivo en correlación con los fines mismos de un sistema penal concreto, es decir, los factores directos de construcción de una política criminal específica, serán determinados por la ontología misma del sistema, y determinarán sus principios o fundamentos rectores. Por otra parte, los factores indirectos son identificables con elementos culturales, político-electorales y económicos que inciden en la construcción y orientación de las estructuras del Estado, mismas que habrán de operar los fundamentos directos referidos.

Los fundamentos internacionales de política criminal implementada en México en la reciente reforma penal, son de corte democrático y su ontología está reflejada en la naturaleza del sistema de tipo acusatorio y oral adoptado, asimismo, encontramos que los principios procesales del neo proceso penal mexicano son los que guiarán la conformación y cimiento del derecho penal mexicano.

II. Principios ontológicos y pragmáticos.

Para poder identificar los principios de la política criminal y las repercusiones de sus postulados en la conformación de los juicios orales en México adoptados en la Constitución Política federal en 2008 en materia penal, es necesario hacerlo desde un acercamiento teórico filosófico, pues tenemos que partir del lamentable *facto* legislativo relativo a que no se cuenta con una exposición de motivos en la cual se determine explícitamente el fundamento y la orientación de la política criminal sobre la cual se concibió la reforma .

Así las cosas, decidimos seguir la propuesta de Eloísa Quintero¹⁰³ quien propone realizar una interpretación sistémica al artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para la identificación de los principios del nuevo proceso penal mexicano, a falta de la exposición de motivos ya referida. En dicho estudio, encontramos que de manera expresa en dicho numeral se especifica

¹⁰³ Vid. Quintero, Eloísa, *Principios del sistema penal acusatorio, una visión sistémica*, ARA Editores, Perú, 2010.

que ahora el proceso penal mexicano será *acusatorio y oral*, inmediatamente y en el mismo apartado constitucional se enuncia a la *publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación* como principios procesales.

En un análisis preliminar se propone considerar, por una parte, como principios ontológicos a la cualificación de *acusatorio y oral* del nuevo proceso penal mexicano, es decir como la esencia misma de lo que es, constitucionalmente hablando, el proceso penal mexicano reformado. Estas particularidades de ser acusatorio y oral corresponden indiscutiblemente a una política criminal de corte democrática. Como punto de partida de un estudio de esencia teórico-filosófica de la política criminal mexicana, se deben separar estas valoraciones de los otros principios que proponemos llamar principios procesales, es decir, aquellos que serán los rectores de las diferentes etapas del ordenamiento penal. De tal suerte se presenta la siguiente clasificación de elementos integrantes del derecho penal mexicano, por un lado aquellos que son esenciales y derivan de la política criminal democrática adoptada en nuestro país, de los otros que deben considerarse como guías procesales, ambos derivados de la neo estructura constitucional del derecho penal mexicano:

- a. Principios ontológicos: acusatorio y oralidad.
- b. Principios pragmáticos: publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

En los elementos del primer inciso existen varios retos teóricos a identificar, por una parte develar la naturaleza y alcance en lo relativo al elemento acusatorio, es decir, poder distinguir si es una política criminal de corte democrático que da sustento al neo derecho penal mexicano, o si es una característica meramente procesal. Por su ubicación constitucional y haciendo una interpretación hermenéutica, tendríamos que identificarle como política criminal para la construcción del estado democrático de derecho, por ello le clasificamos como principio ontológico. En lo referente a la oralidad, también se considera necesario aclararse de si se trata meramente de un adjetivo del sistema como formalidad o como pauta ontológica a la comprensión del neo proceso penal, es decir, debe resolverse si habrá de ser un principio metodológico o una regla procesal.

El segundo inciso considera el desafío de identificar el alcance de los principios, aquí clasificados como pragmáticos, para saber si nos referimos a estos como guías del desarrollo del proceso durante el desarrollo de cada una de las etapas procesales o si serán solamente las guías que habrán de resolver específicamente la etapa procesal del juicio.

Ahora bien, a estos principios tanto ontológicos como pragmáticos o procesales, que encabezan al artículo 20 constitucional, debemos sumar:

- a) Las garantías del imputado,
- b) Las garantías de los ofendidos y/o la víctima,
- c) La modificación de la figura del Ministerio Público y la nueva estructura del Poder Judicial en materia penal,
- d) La garantía de imparcialidad judicial para ambas partes,
- e) La inserción de los mecanismos alternos de solución de conflictos,
- f) La excepciones relativas a la delincuencia organizada, y
- g) El sistema nacional de seguridad pública.

Todos estos elementos otros elementos en su conjunto constituyen la política criminal mexicana, la cual de acuerdo con el propio artículo 20 de la Constitución prevé que “el proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen”. Por ende a estos últimos incisos les clasificaríamos como principios ontológicos también.

Consideramos necesario referir el gran trabajo académico que ya desde hace algún tiempo Moisés Moreno Hernández ha venido haciendo por criticar y analizar la esencia de la política criminal mexicana. Este jurista ha trabajado en desentrañar la identidad autoritaria o democrática de cada una de las acciones que el Estado mexicano ha venido realizando en diversas acciones institucionales y que componen el eje rector en materia penal en nuestro país. Moreno Hernández reconoce al derecho penal como “el instrumento político-criminal del Estado”¹⁰⁴. Por ello, atendiendo a los parámetros genético-teleológicos que conciben a nuestro país

¹⁰⁴ Moreno Hernández, Moisés, *Principios Rectores en el Derecho Penal Mexicano*, Consejo de la Judicatura Federal, p. 10, [http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2015/diplo NSJPsociedad/material /Principios%20rectores%20en%20el%20Derecho%20penal%20mexicano.pdf](http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2015/diplo%20NSJPsociedad/material/Principios%20rectores%20en%20el%20Derecho%20penal%20mexicano.pdf).

constitucionalmente como un Estado social y democrático de derecho, y tomando en consideración el margen de los compromisos internacionales asumidos por la república en la tarea de desentrañar la naturaleza ontológica de la política criminal nacional mexicana, tenemos que afirmamos con certeza que la política criminal mexicana, a raíz de la reforma 2008 es de corte democrática.

Ahora bien, sumado a lo anterior y en aras de la identificación de aquellos fundamentos internacionales que han influido en las transformaciones de la política criminal y su repercusión en México introducidos en la reforma constitucional mexicana de 2008, habremos de referirnos al marco internacional que sirvió de base para la re-orientación del derecho penal como instrumento del Estado.

González-Salas¹⁰⁵ en 2005, de manera preliminar a la reforma penal mexicana, afirma que se reconocen cuatro normas que contienen los principios internacionales del derecho penal:

- La Declaración Universal de los Derechos Humanos
- La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- La Convención Americana sobre Derechos Humanos

Este autor identifica en estas cuatro normas un doble alcance:

- a) Como garantías sustantivas, y
- b) Como garantías procesales,

Ambas, se convierten en pilares de las reformas constitucionales de 2008, en materia penal, y posteriormente la de 2011, en materia de Derechos Humanos.

Una vez habiendo sido aprobada la reforma penal mexicana, Díaz-Aranda¹⁰⁶, identifica como requisitos o garantías mínimas del justo o debido proceso penal lo derivado de fundamentos internacionales de acuerdo con el artículo 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos y el 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relativos a que toda persona tiene derecho a un

¹⁰⁵ Vid. García Ramírez, Sergio, (Coord.) *Derecho Penal. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. I. Derecho Penal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1723>.

¹⁰⁶ Vid. Díaz Aranda, Enrique, *Proceso penal acusatorio y teoría del delito*, STRAF, México, 2008.

proceso penal justo y equitativo; así como la jurisprudencia que han emitido tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

Ahora bien, se considera necesario sumar de igual manera la Declaración de los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abuso de Poder, aprobado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 29 de noviembre de 1985, por la resolución 40/34, que considera, entre otras cosas, diecisiete principios fundamentales para la protección de las víctimas del delito y cuatro para las víctimas de abuso de poder, para tener una visión completa respecto a la fundamentación de los principios de los juicios orales en México.

Básicamente podemos identificar que este entramado internacional, originalmente obligatorio para nuestro país, derivado de los compromisos globales, son los que nutren y realmente ha dado sustento a la política criminal de los juicios orales en México, su orientación democrática permite vislumbrar una repercusión en nuestro país alentadora y propositiva, pues la reforma de 2008 trata de frenar y reducir la política criminal autoritaria y armonizar en materia de Derechos Humanos las posibilidades de acceso a una justicia pronta y expedita, en igualdad de circunstancias con economía y equilibrio procesal. Lo anterior, proyecta la posibilidad de hacer viable un Estado de derecho democrático en nuestro país.

Conclusiones

- La reforma penal en México es un reconocimiento a la necesidad de dar uniformidad al sistema penal que había venido siendo parcialmente modificado desde finales de siglo XX.

- Si bien no hubo una claridad teórica de sustento de la reforma y esta se dio como derivado de un escenario internacional, ésta aún no puede calificarse de eficaz o ineficaz debido a la amplia *vacatio legis* con la que contó.

- Se estima necesario hacer una crítica filosófica que ayude a develar su esencia para construir una incipiente nueva escuela teórica del derecho penal, la cual estimamos debe trascender los límites positivistas.

• Es ineludible permear los fundamentos internacionales que deben guiar la construcción del Estado democrático mexicano en reconocimiento y tutela de los Derechos Humanos.

Fuentes

Bibliografía

CONTRERAS LÓPEZ, Rebeca E., *Lecciones de derecho penal (Parte general)*, Facultad de Derecho de la Universidad Veracruzana, 2ª. Edición, Xalapa, Ver., México 2014.

Convención Americana sobre Derechos Humanos: 1972

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre: 1972

Declaración de los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abuso de Poder: 1985

Declaración Universal de Derechos Humanos: 1948

DIAZ-ARANDA, Enrique, *Proceso penal acusatorio y teoría del delito*, STRAF, México, 2008.

GAMBOA DE TREJO Ana, *Derecho Penal*, Oxford, México, 2010.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: 1989.

QUINTERO, Eloísa, *Principios del sistema penal acusatorio, una visión sistémica*, ARA Editores, Perú, 2010.

SFERLAZZA, Ottavio, *Proceso acusatorio oral y delincuencia organizada*, Fontamara, 2005.

Legisgrafía

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: última reforma 2016.

Direcciones electrónicas

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio Coordinador, *Derecho Penal. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. I. Derecho Penal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, disponible en:

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1723>, consultado: 18 de abril de 2016.

MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, *Principios Rectores en el Derecho Penal Mexicano, Consejo de la Judicatura Federal*, Disponible en: <http://www.ijf.cjf.gob.mx>

[/cursosesp/2015/diploNSJPsociedad/material/Principios%20rectores%20en%20el%20Derecho%20penal%20mexicano.pdf](http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2015/diploNSJPsociedad/material/Principios%20rectores%20en%20el%20Derecho%20penal%20mexicano.pdf), consultado: 18 de abril de 2016.

“El Código de procedimientos penales” *Revista siempre*, INACIPE, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=3x4dI1ENLOc>, consultado: 18 de abril de 2016.

SECRETARÍA DE RELACIONES EXTERIORES, *Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA)*, disponible en: <http://mision.sre.gob.mx/oea/index.php/es/ceja>, consultado 16 de abril de 2016.

VIDAURRI ARÉCHIGA, Manuel, “Política Criminal. Concepto, finalidades, función y método” *Letras Jurídicas* Núm. 20 Primavera 2015 ISSN 1870-2155 1, disponible en: <http://cuci.udg.mx/letras/sitio/index.php/numeros-antteriores?download=267%3Apolitica-criminal.-concepto-finalidades-funcion-y-metodo>, consultado 17 de abril de 2016.

ZAFARONI, Eugenio, “La discusión sobre la democratización de los sistemas de Justicia”, *II Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología*, 2014, disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=EDIk8zWmkzU>, consultado: 18 de abril de 2016.