





**DISERTACIONES JURÍDICAS  
CONTEMPORÁNEAS**

Colección  
Argumentos



Colección dirigida por  
**Juan de Dios González Ibarra**

# DISERTACIONES JURÍDICAS CONTEMPORÁNEAS

---

Gustavo Aguilera Izaguirre  
(coordinador)

editorial  
**fontamara**



UAEM Universidad Autónoma  
del Estado de México

Primera edición: 2015

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MÉXICO

*Dr. en D. Jorge Olvera García*  
Rector

*Dra. en Est. Lat. Ángeles Ma. del Rosario Pérez Bernal*  
Secretaria de Investigación y Estudios Avanzados

*Dr. René Pedroza Flores*  
Director del Instituto de Estudios Sobre la Universidad

*L.L.L. María del Socorro Castañeda Díaz*  
Directora de Difusión y Promoción de la  
Investigación y los Estudios Avanzados

*L.L.L. Patricia Vega Villavicencio*  
Jefa del Departamento de Producción y Difusión Editorial

*Reservados todos los derechos conforme a la ley*

© Universidad Autónoma del Estado de México

Instituto Literario, núm. 100 Ote.

Colonia Centro

C. P. 50000, Toluca, México

<http://www.uaemex.mx>

©Distribuciones Fontamara, S. A.

Av. Hidalgo No. 47-b, Colonia Del Carmen

Deleg. Coyoacán, 04100, México, D. F.

Tels. 5659-7117 y 5659-7978 Fax 5658-4282

Email: [coedicion@fontamara.com.mx](mailto:coedicion@fontamara.com.mx)

[www.fontamara.com.mx](http://www.fontamara.com.mx)

[www.coedicion.com](http://www.coedicion.com)

ISBN 978-607-736-193-0

Impreso y hecho en México

*Printed and made in Mexico*

## INTRODUCCIÓN

En el presente libro se compilan los trabajos de investigación elaborados por alumnos y profesores del claustro académico del Programa de Maestría en Estudios Jurídicos de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México, el cual pertenece al Programa Nacional de Posgrados de Calidad (PNPC) del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (Conacyt).

Dicha publicación pretende visualizar algunos de los fenómenos jurídicos que aquejan a nuestra sociedad desde una perspectiva multidisciplinaria enfocada en las ciencias sociales con relevancia en el ámbito jurídico mediante el desarrollo del conocimiento en el derecho constitucional, derecho social y procesos políticos, derechos humanos, así como también en procesos sociales, justicia penal y laboral.

Esta obra colectiva se conforma por seis capítulos, denominándola *Disertaciones jurídicas contemporáneas*, debido a que se construye con diversos tópicos desde una perspectiva y postura particular que ofrecen la posibilidad de dar a conocer el trabajo de investigación realizado durante los estudios de posgrado.

En el capítulo I se estudiará la “Cuota de género, elemento de confluencia en el empoderamiento político femenino”, la igualdad justa y deseable en la política, tanto en lo formal como en lo sustantivo; será un aspecto basal para fundamentar la existencia de un elemento que provoca e incentiva el empoderamiento político femenino: las cuotas de género; como producto de la necesidad de implementar acciones

reivindicatorias para la constitución de una masa crítica capaz de generar cambios en las estructuras de poder.

En el capítulo II titulado “La dignidad como fundamento de los derechos del niño”, el enfoque epistemológico propuesto deja patente que la protección de los derechos de éste, en México, se focaliza en el estatus jurídico de vulnerable y se percibe a la infancia únicamente desde su fragilidad; tan es así, que la atención pública en nuestro país se ha delegado a sus órganos de asistencia y desarrollo social, por ende, la aceptación de los niños poseedores de dignidad fundamenta sus derechos, configura una protección integral y los reconoce como integrantes independientes y autónomos dentro de la familia.

En el capítulo III abordaremos los derechos de los niños en las prácticas de reproducción asistida, los criterios de ponderación y el derecho a la identidad genética, a partir de un referente histórico, un marco teórico conceptual y uno jurídico-práctico para arribar a algunas conclusiones como parte del fundamento propositivo.

Por su parte, el capítulo IV, “Problemática del divorcio incausado en el Estado de México”, señala que esta figura de reciente introducción en el Estado de México surge como una manera simple de dar por terminado un matrimonio; sin embargo, el legislador deja de lado la naturaleza contractual del mismo y los límites a la autonomía de la voluntad, concediéndose únicamente por la falta de *affectio maritalis* y dejando sin sentido la institución matrimonial al vulnerar los derechos del cónyuge que no desea la disolución del vínculo.

El capítulo V, “Análisis del procedimiento jurídico laboral de orden individual a la luz de la teoría de Ronald Dworkin”, presenta un estudio empírico relacionado con el procedimiento jurídico laboral de orden individual, en donde se analizan, a la luz de la teoría interpretativa de Ronald Dworkin, diversas anomalías que el autor identifica dentro del procedimiento mediante una investigación de campo. Ello con el propósito de dimensionar la problemática institucional por la que atraviesa la Junta Local de Conciliación y Arbitraje del Valle de Toluca y sugerir diversas pautas de solución.

En el último capítulo VI se estudiará la proporcionalidad en la aplicación de las penas en México, tema complejo y poco estudiado en nuestro país, considerando su reciente incorporación al texto constitucional el 18 de junio de 2008, la primera discusión se centra en política criminal, pues de ahí nace la problemática de él cómo se debe



tratar al delincuente desde las dos grandes visiones existentes: las teorías retribucionistas y las teorías relativistas. En la pena impuesta al delincuente, el Estado mexicano actualmente toma parte de las dos posturas. La imposición de la pena será según la proporción del bien jurídico afectado, buscando, a su vez, erradicar a los agentes más peligrosos mediante la cárcel, reparar el daño causado y buscar reinsertar a la sociedad al delincuente cuando haya cumplido la pena impuesta. Por lo que se analiza dicha problemática y se trata de buscar soluciones para lograr sacar la mejor interpretación de nuestra reforma constitucional en cuanto a la imposición de las penas a nivel legislativo y judicial.

Por la naturaleza de los temas aquí expuestos, se pretende incentivar la continuidad en la construcción del discurso en materia jurídica a futuras generaciones por medio del estudio e investigación, en virtud de que las cuestiones aquí planteadas representan una pequeña parte del universo de cada uno de los tópicos.



# I

## CUOTA DE GÉNERO, ELEMENTO DE CONFLUENCIA EN EL EMPODERAMIENTO POLÍTICO FEMENINO

*Gabriela Fuentes Reyes\**  
*Thaymi Yomara Roa Alpizar\*\**

### Introducción

La relación mujer y política, la incesante igualdad negada y fragmentada al ejercer sus derechos políticos<sup>1</sup> y la existencia vigente de una conciencia cada vez mayor en la importancia de su acceso y plena participación en el espacio político,<sup>2</sup> constituyen el contraste del pro-

---

\* Doctora en Ciencias Sociales y Políticas por la Universidad Iberoamericana. Profesora-investigadora de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México (UAEMéx). Integrante del Sistema Nacional de Investigadores (candidata). Líder del Cuerpo Académico “Derecho, Sociedad y Cultura” (con registro Promep) de la Facultad de Derecho de la UAEMéx. Perfil Promep. Líneas de investigación: sociología de la vejez y sociología política.

\*\* Maestrante de Estudios Avanzados (línea de investigación estudios jurídicos) de la Facultad de Derecho de la UAEMéx.

<sup>1</sup> El derecho al voto, a ser electo (a), a participar en cargos públicos; son derechos políticos que tanto mujeres como hombres tienen derecho de gozar y ejercer en igualdad de condiciones y oportunidades. Para efectos del presente capítulo se hace referencia al derecho de sufragio pasivo (derecho a ser electa y participar en los asuntos públicos) por ser el principal motivo de la aplicación de cuotas de género, al constatar la exigua presencia femenina en el acceso a cargos y funciones políticas.

<sup>2</sup> El espacio político “pensado y definido a partir de normas, mecanismos y prácticas consideradas propiamente masculinas” (Medina *et al.*, 2008: 13) constituye uno de los ámbitos en donde se expresa una situación de discriminación, desigualdad e inequidad entre mujeres y hombres.

blema jurídico-político-social, respecto a la exigua e incua presencia femenina en las instituciones representativas del poder político.<sup>3</sup>

Ante esta discrepancia, el respaldo del movimiento feminista mundial por la lucha del reconocimiento, goce y pleno ejercicio de sus “derechos de participación en la formación de la voluntad del Estado” (Arnaldo, 2009:173), es decir, de sus derechos de sufragio activo y pasivo,<sup>4</sup> así como la búsqueda de una igualdad ciudadana; ponen al descubierto las dificultades de la democracia moderna, para desarticular la naturalización de las desigualdades estructurales de género, con la regulación de derechos en ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales.

Sin embargo, la regulación de derechos no es suficiente; por tal motivo, se visibiliza y legitima la necesidad de elaborar estrategias políticas y sociales para transformar la situación política-social de las mujeres, provocando con ello cierta organización y despliegue de procedimientos democráticos y participativos, con políticas públicas<sup>5</sup> y acciones reivindicatorias (cuotas de género), que abran espacios y generen posibilidades para la inclusión femenina en el ámbito político.

---

<sup>3</sup> Las instituciones representativas del poder político hacen alusión a la Cámara de Diputados y Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, Congresos Estatales y Ayuntamientos. Sin embargo, para efectos del presente trabajo, al señalar dicho término se hará referencia a la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, por ser el escenario de estudio en la presente investigación.

<sup>4</sup> El derecho de sufragio es un derecho público subjetivo a la función electoral (así lo señala el Tribunal Supremo Español) y se considera como la manifestación más sobresaliente del derecho de participación política al desarrollar una función electoral esencial en un Estado democrático por medio de la participación directa e inmediata de las y los ciudadanos en la formación de la voluntad del Estado. Se denomina sufragio activo al derecho de sufragio en los derechos de participación política y su doble concreción o manifestación en el ámbito activo (derecho a ser elector), es decir, el derecho al voto, y por sufragio pasivo se entiende el derecho a ser electa o electo, a participar en el gobierno y ser admitida en cargos públicos (Arnaldo, 2009).

<sup>5</sup> Una política pública se constituye como un conjunto de acciones a realizar a partir de la toma de decisiones en la esfera gubernamental. Es una práctica social propiciada por la necesidad de reconciliar demandas conflictivas o de establecer incentivos de acción colectiva entre aquellos que comparten metas afines para la solución de un problema. Derivan de un programa de acción gubernamental para un sector de la sociedad o un espacio geográfico determinado. Consta de un conjunto de prácticas y de normas propuestas por uno o varios actores públicos y se expresa en forma de intervención, reglamentación, provisión de un servicio, etcétera (Instituto Nacional de las Mujeres, 2007: 107).

Debido a las implicaciones que se generan en torno al tema, México busca incentivar la participación de una ciudadanía cada vez más consciente de su papel en los procesos políticos, con la reforma en materia política-electoral, para generar una apertura plena de los canales de participación política<sup>6</sup> a las mujeres, al señalar la obligación de los partidos políticos de promover y garantizar la paridad de género en sus candidaturas.

Razón por la cual, la igualdad de oportunidades justa y deseable en la política será un aspecto basal para fundamentar la existencia de un elemento que provoca e incentiva el empoderamiento político femenino: las cuotas de género.

Por tanto, en el presente trabajo de investigación, de entrada, se plantea una aproximación a la noción de igualdad, igualdad de oportunidades e igualdad proporcional en relación con la política, a la luz del pensamiento político de Norberto Bobbio. Posteriormente, se lleva a cabo un análisis del término Empoderamiento político femenino como concepto sociopolítico, herramienta de análisis e instrumento de cambio.

Enseguida, se analiza la importancia cuantitativa y cualitativa de una masa crítica de mujeres en instituciones representativas del poder político, a partir de la propuesta de Drude Dahlerup.

Inmediatamente, se presenta un estudio que conforma el *corpus iuris* de los derechos políticos de la mujer, así como foros de debate, que incitan la participación política en condiciones de igualdad y propician el empoderamiento político femenino.

Finalmente, se analizan las implicaciones de las cuotas de género, en cuanto a sus modalidades, obstáculos y gradualismo; así como la

---

<sup>6</sup> La participación política, designa toda una serie de actividades: el acto del voto, la militancia en un partido político, la participación en manifestaciones, la contribución dada a una cierta agrupación política, la discusión de sucesos políticos, la participación en un comicio o en una reunión sectorial, el apoyo dado a un determinado candidato en el curso de la campaña electoral, la presión ejercida sobre un dirigente político, la difusión de información política etcétera. El término participación se presta también a distintas interpretaciones en cuanto se puede participar, o tomar parte en algo, de manera muy diferente, como espectador más o menos marginal, o como protagonista de relieve. El término participación, entendido en sentido estricto, puede reservarse, finalmente, a las situaciones en las cuales el individuo contribuye directa o indirectamente en una situación política (Bobbio *et al.*, 2005: 1137).

situación numérica de la presencia femenina en la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión en México.

Todo ello, conjuntamente para refrendar la importancia de la igualdad como justificación existencial de las cuotas de género, y estas a su vez, como elemento de confluencia en el empoderamiento político de la mujer.

## **Igualdad para empoderar; un orden que hay que instituir y restituir**

### ***La igualdad como relación formal***

La igualdad, “virtud ética y política que exige tratar a todos los seres humanos con el mismo rasero por ser a la vez portadores de la misma dignidad eminente y titulares de los mismos derechos fundamentales” (Valencia, 2003: 219), da pauta para que la aspiración: todos los hombres son o nacen iguales, se implemente en el ámbito político y así, tanto mujeres como hombres<sup>7</sup> tengan la misma oportunidad de incursionar en las instituciones representativas del poder político, en igualdad de condiciones y oportunidades.

Si bien la máxima de “todos son iguales en todo” expresa la consideración de igualdad y el trato igual entre mujeres y hombres, también es necesario resaltar que lo hace respecto de aquellas cualidades que, según las diferentes concepciones del individuo y la sociedad, constituyen su esencia, su naturaleza humana, distinta de la naturaleza de los demás seres, como el libre uso de la razón, la capacidad jurídica, la libertad de poseer, etcétera (Peces-Barba, 1993).

Por ello es importante identificar la igualdad como un tipo de relación formal (Bobbio, 1977) que se puede atestar de diversos contenidos entre los entes de una totalidad y que, por tanto, exige siempre para su valoración una comparación, que como punto inicial permite

---

<sup>7</sup> En el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se encuentra el término “varón” para hacer alusión al sexo masculino. Sin embargo, en el presente estudio se utiliza el vocablo “hombre” por ser un término habitual en el lenguaje.

con posterioridad, situar el fin deseable de toda relación de igualdad en la medida de considerarla justa.<sup>8</sup>

Donde por justo se entienda que tal relación tiene de algún modo que ver, con un orden que hay que instituir o restituir con ayuda de la regla de la justicia:<sup>9</sup> tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales; estableciendo situación por situación, que tanto mujeres como hombres deben ser iguales con el objeto de que la igualdad entre ambos pueda considerarse justa.

Esta igualdad deseable en la política no puede señalarse con la existencia de igualdad o desigualdad de dos entes que son iguales, sin especificar otra determinación. Toda vez que nada significaría en el lenguaje jurídico y político; si no se lleva a cabo la especificación de qué entes se trata y respecto a qué cosa son iguales, es decir, si no se está en condiciones de responder a dos preguntas: *a)* “¿Igualdad entre quiénes? *b)* ¿Igualdad en qué o respecto de qué cosa?” (Greppi, 1998: 251; Ribotta, 2011: 427).

En el ámbito político existen un sin fin de relaciones de igualdad, sin embargo, en esta ocasión el tipo de relación de igualdad a tratar es respecto al trato igual entre mujeres y hombres en relación con la capacidad jurídica<sup>10</sup> para ejercer el derecho de sufragio pasivo e incurrir en instituciones representativas del poder político en condiciones semejantes.

---

<sup>8</sup> La igualdad como fin justo y deseable, interviene o se presenta en la medida en que sea una condición necesaria, aunque no suficiente de la armonía del todo, del orden de las partes, del equilibrio interno de un sistema que pretende ser justo. Por ello, la propuesta bobbiana de igualdad pretende una condición necesaria para la justicia (Ribotta, 2011).

<sup>9</sup> La regla de justicia presupone resueltos los problemas comprendidos en la justicia retributiva y atributiva para establecer que se traten del mismo modo a aquellos que se encuentren en la misma situación. Dicha regla expresa la máxima según la cual se debe tratar igual a los iguales y consiste en un juicio de equivalencia. En esta regla puramente formal encuentran su fundamento algunos principios normativos para la organización de instituciones justas: entre ellos, los principios de igualdad jurídica y de igualdad frente a la ley (Greppi, 1998).

<sup>10</sup> Se entiende por capacidad, tanto la aptitud de una persona para adquirir derechos y asumir obligaciones, como la posibilidad de que dicha persona pueda ejercitar esos derechos y cumplir sus obligaciones por sí mismo. La capacidad comprende dos aspectos: *a)* la capacidad de goce, que es la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, y la capacidad de ejercicio, que es la aptitud para hacer valer aquellos y cumplir éstas, por sí mismo (Galindo, 2005: 406).

## ***La igualdad justa y deseable***

La igualdad, como forma de llegar a resultados mejores en el ámbito político, tiene como efecto una concepción básica en este espacio al encontrarse inmersa en el primer ideal político y valor social, esencialmente político; la justicia, por ser deliberada desde el punto de vista de ésta y por desembocar en el hecho de lo justo o lo injusto.

El nexo entre ambos valores; igualdad y justicia, se refleja al enjuiciar si realmente es justa y deseable la igualdad que al día de hoy tiene la mujer en las instancias de poder y toma de decisión política.

En atención a lo anterior, la igualdad justa que persigue la mujer es la igualdad de derechos y oportunidades para acceder a los núcleos de poder en igualdad de condiciones; mientras que la igualdad deseada es la igualdad proporcional en las instituciones representativas del poder político, así como en la intervención y participación en los asuntos públicos.

## ***Igualdad en los derechos***

La igualdad en los derechos (o de los derechos) significa algo más que la mera igualdad frente a la ley<sup>11</sup> como exclusión de toda discriminación no justificada: significa gozar igualmente, mujeres y hombres, de los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados (Peces-Barba, 1993).

Es decir, significa poseer invariablemente los derechos políticos que señala nuestra Carta Magna en el artículo 35, apartados I y II, así como la Ley General de Partidos Políticos en el artículo 2, inciso c), referentes al derecho de votar y ser votado; en otras palabras, el derecho de sufragio activo y pasivo respectivamente.

Esta igualdad comprende más allá del derecho a ser considerados iguales frente a la ley, ya que todos los derechos políticos proclamados (lo que no quiere decir reconocidos de hecho) en una Constitución, deben ser gozados y ejercitados por los ciudadanos en igualdad

---

<sup>11</sup> La igualdad frente a la ley es sólo una forma específica e históricamente determinada de igualdad de los derechos.



jurídica, por ser sujetos jurídicos, es decir, sujetos dotados de capacidad jurídica.

### ***Igualdad de oportunidades***

El principio de igualdad de oportunidades (de chances o de puntos de partida) “elevado a principio general, apunta a situar a todos los miembros de una determinada sociedad en las condiciones de participación en la competición de la vida, o en la conquista de lo que es vitalmente más significativo, partiendo de posiciones iguales” (Peces-Barba, 1993: 78).

Por tanto, en el ámbito político se pretende situar tanto a mujeres como a hombres en las mismas condiciones de participación, sin embargo, la creciente desigualdad y discriminación directa<sup>12</sup> hacia la mujer impide que ésta parta de posiciones iguales a las de los hombres.<sup>13</sup>

Por ello, es necesario desarrollar acciones reivindicatorias, como las cuotas de género, tendientes a incentivar y facilitar la participación femenina en igualdad de puntos de partida, mediante el trato igual a los iguales, es decir, el trato igual para mujeres y hombres que cumplan con los requisitos legales<sup>14</sup> para acceder a las instituciones representativas del poder político.

### ***La fórmula de la igualdad proporcional: la paridad***

El principal objetivo de la implementación de cuotas de género es lograr una representación equilibrada e igualitaria por sexos, es decir,

---

<sup>12</sup> Es la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación comparable por la razón de sexo (Elósegui, 2008: 23).

<sup>13</sup> La Unión Interparlamentaria (UIP), en su Conferencia de Nueva Delhi en febrero de 1997, examinó una serie de medidas tendientes a reforzar la presencia de las mujeres en los Parlamentos, fijando sus propuestas en torno al establecimiento de cuotas, con el propósito de lograr una paridad.

<sup>14</sup> Los requisitos legales para ser diputado o senador se estipulan en los artículos 55 y 58 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Así como en el artículo 10 de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales (LEGIPE).

la paridad<sup>15</sup> en núcleos de poder y toma de decisión política, para asegurar un mejor funcionamiento de la sociedad democrática y constituir una democracia paritaria.<sup>16</sup>

La paridad, como término jurídico-político, hace referencia a la proporcionalidad representativa entre hombres y mujeres (Sierra, 2007), asegura la igualdad política de ellas frente a ellos y reconoce la dualidad estructural del género humano en la igualdad, al señalar que personas de uno u otro sexo son diferentes y sin embargo iguales. De esta manera se obtiene la fórmula de la igualdad proporcional: a cada uno en partes iguales.

Por tanto, el principal motivo de introducir artificial o imperativamente acciones tendientes a promover el sufragio pasivo femenino con base en una igualdad de oportunidades, es permitir a la mujer partir de posiciones iguales y contar con las mismas condiciones que los hombres, de inclusión y participación en el espacio político, de modo que se instituya una igualdad proporcional y, por consiguiente, se avance en la consecución de su empoderamiento político femenino.

## **Empoderamiento político femenino**

La igualdad de género, la transformación de las relaciones desiguales de poder entre sexos y el desarrollo sostenible son aspectos

---

<sup>15</sup> El término “paridad” fue definido en la Conferencia de Atenas en 1992 como la total integración en pie de igualdad de las mujeres en las sociedades democráticas con las estrategias multidisciplinarias que sean necesarias. El punto de partida de la reflexión hacia la paridad en el ámbito de la política es la revisión del concepto de ciudadanía, bajo la consideración de que ésta se compone por igual número de mujeres y hombres, y por tanto, ambos deben estar representados en porcentajes iguales en el sistema político. Con ello, se busca reconocer y respetar de manera efectiva y en un sentido amplio, la igualdad entre mujeres y hombres.

<sup>16</sup> En la Cumbre Mujeres en el Poder, celebrada en Atenas el 3 de noviembre de 1992, se confirma el concepto de “democracia paritaria”; idea que parte del reconocimiento de que las mujeres son 50% de la sociedad, la mitad de las inteligencias y capitales potenciales de la humanidad, por lo que su infrarrepresentación en los puestos de decisión constituye una pérdida para el conjunto de la sociedad, y por ello, se reclama un reparto equilibrado de poder. Cuando se habla de una democracia paritaria, se hace referencia a un calificativo para describir a los discutidos porcentajes y a las cuotas de presencia estadística de mujeres en sectores en donde se encuentran subrepresentadas (Sierra, 2007).

que otorgan cierta denominación al empoderamiento<sup>17</sup> femenino. Así se señala en distintas conferencias de las Naciones Unidas.

Al respecto, la Dirección para el Desarrollo y la Cooperación (DDC) del Departamento Federal Suizo de Asuntos Exteriores señala que el empoderamiento consiste en procurar a las personas desfavorecidas con mejores posibilidades de actuación en lo referente a sus condiciones de vida. Mediante una serie de consejos, formación apropiada o un apoyo para establecer estructuras comunitarias, para ayudarlos a comprender mejor el contexto de su vida y de su trabajo (Hainard y Verschuur, 2006).

De igual forma, en la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia se denomina empoderamiento al proceso por medio del cual las mujeres transitan de cualquier situación de opresión, desigualdad,<sup>18</sup> discriminación,<sup>19</sup> explotación o exclusión, a un estadio de conciencia, autodeterminación y autonomía; y se manifies-

---

<sup>17</sup> El término empoderamiento tiene diferentes concepciones debido a su presencia en cada escenario: psicología, antropología, ciencia política, sociología, educación, derecho y economía. Margaret Schuler señala que el empoderamiento “es un proceso por el cual, las mujeres incrementan la capacidad de configurar sus propias vidas y su entorno, y se da una evolución en la conciencia de la mujer sobre sí misma, sobre su estatus y sobre la eficacia de sus interrelaciones sociales” (1997). Este proceso de empoderamiento tiene su linar en el poder desde dentro en dos ámbitos: el personal, que requiere de cambios en la autopercepción, la autoconfianza y la adquisición de capacidades para el logro de habilidades individuales y toma de decisiones; y el colectivo, en el que se debe trabajar con otras mujeres empoderadas para facilitar e inducir las condiciones que permitan generar cambios y desafiar la ideología patriarcal, transformar las estructuras e instituciones que refuerzan y perpetúan la discriminación de género, la desigualdad social y capacitar a las mujeres para que logren tener acceso y control de los recursos materiales y simbólicos.

<sup>18</sup> En este caso, la desigualdad de género se refiere a la distancia o asimetría social entre mujeres y hombres. Históricamente, las mujeres han estado relegadas a la esfera privada y los hombres, a la esfera pública. Esta situación ha derivado en que las mujeres tengan un limitado acceso a la riqueza, a los cargos de toma de decisión, a un empleo remunerado en igualdad a los hombres, y que sean tratada de forma discriminatoria. La igualdad de género se relaciona con factores económicos, sociales, políticos y culturales cuya evidencia y magnitud puede captarse de las brechas de género (Instituto Nacional de las Mujeres, 2007: 51).

<sup>19</sup> La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer, en su artículo 1o., señala que la “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión a restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

ta en el ejercicio del poder democrático que emana del goce pleno de sus derechos y libertades.

Dicho proceso tiene su liminar en el poder desde dentro o poder del interior, con la toma de conciencia acerca de la subordinación como mujer tanto en el espacio privado como en el espacio público, sobre todo en el político, donde su actuar, su presencia y participación como sujetas activas ha sido inicua, al limitar y obstaculizar el ejercicio de sus derechos políticos.

Al respecto, Amparo Novo se refiere a dicho término como un proceso que va más allá del acceso de las mujeres a puestos de toma de decisiones, además de propiciar la conciencia de sus capacidades, habilidades y competencia para influir en el ámbito político (2010).

Este concepto sociopolítico trasciende la participación política formal y adquiere una mayor difusión al autoafirmar la capacidad de la mujer para participar e influir desde una posición más sólida en condiciones de igualdad en los procesos intangibles de toma de decisiones.

Lo anterior para convertir a la mujer en un agente activo, en busca del cambio de los esquemas que la marginan del poder y de la cultura desde los imaginarios sociales sobre la relación mujer-poder, al enfatizar no tanto en el grado en que se ejerza o tenga el poder, sino en el proceso de adquisición del mismo, incorporando al discurso feminista un poder suma positivo, conformado por el poder para, poder con y poder desde dentro; que incrementan el poder de una persona, y a la par se incrementa el poder total disponible (León, 2000).<sup>20</sup>

Un poder para; que genere y produzca, que incluya cambios por medio de una persona o grupo líder; que estimule la actividad en otros con la toma de decisiones; que identifique sus intereses y transforme las relaciones, estructuras e instituciones que constriñen a las mujeres y perpetúan su subordinación.

---

<sup>20</sup> Rowlands clasifica al poder en: poder sobre; poder para; poder con; poder desde dentro. Éstos se clasifican en: poder suma cero (el poder sobre) y poder suma positivo (poder para, poder con y poder desde dentro). El primero se percibe en el aumento de poder de una persona cuando implica la pérdida de poder de otra; el segundo, incrementa el poder de una persona, y a la par se incrementa el poder total disponible (Rowlands, citado en León, 2000).

Un poder con; que involucre un sentido colectivo de sumatoria de poderes individuales, en donde la estructura del grupo es fundamental para la toma de decisiones y la formulación de propuestas.

Y un poder desde dentro o poder del interior; que surja del mismo ser al tomar conciencia sobre la subordinación que afecta a las mujeres y al aumentar la confianza en las propias capacidades. Es decir, un poder suma positivo que implique una movilización, que favorezca el apoyo mutuo y el poder compartido.

Por estas razones, se da la insistencia de empoderar de las mujeres y hacerlas partícipes políticas para que generen estrategias que contribuyan a la construcción de una sociedad equitativa y participen en pie de igualdad para lograr el reconocimiento de sus intereses e identifiquen las desigualdades de poder entre los sexos y defiendan políticas que traigan consigo mayor autonomía para las mismas (Diz y Lois, 2012).

### ***Empoderamiento político femenino como herramienta de análisis e instrumento de cambio***

El empoderamiento es una herramienta analítica que recoge diferentes preocupaciones en cuanto al impacto del desarrollo y crecimiento de las mujeres (León, 2001) en la política, por ser más que una apertura de acceso a los espacios de toma de decisiones.

Este empoderamiento se construye desde dentro y parte del análisis interno para mejorar las capacidades de las mujeres desempoderadas y actuar posteriormente de manera colectiva en favor de necesidades prácticas e intereses estratégicos<sup>21</sup> mediante “un proceso democratizante en donde el logro de relaciones equitativas entre los géneros sea una prioridad” (Zaldaña, 2002: 17).

Con esta herramienta de análisis, la mujer transita de una situación en donde sólo se es votante a otra donde se es candidata, a fin de provocar cambios en las relaciones políticas, de tal manera que se avance

---

<sup>21</sup> Las necesidades prácticas señalan los aspectos o demandas materiales para sobrevivir y tener un adecuado nivel de vida y posición al estatus de la mujer en relación con el hombre. Los intereses estratégicos buscan un cambio fundamental en las relaciones de poder existentes entre los géneros para cambiar la subordinación de la mujer.

en la construcción de la ciudadanía en un espacio cada vez más cercano a la democracia paritaria.

Por consiguiente, las cuotas de género se convierten en elemento importante para que el empoderamiento se visualice como un instrumento de cambio; donde la participación política femenina se dé en el marco de una transformación cultural, y pase de incrementar la propia estima y la toma de conciencia sobre sus derechos, capacidades e intereses, a generar un incremento numérico de mujeres que ejerzan el sufragio pasivo en las instituciones representativas del poder político, con el objetivo de lograr, como mínimo, la conformación de una masa crítica.

## **Masa crítica ¿los números cuentan?**

### ***Teoría de la masa crítica***

La *teoría de la masa crítica* es una propuesta que hizo inicialmente Rosabeth Moss Kanter<sup>22</sup> y que posteriormente fue adoptada por Drude Dahlerup para las Asambleas Representativas.

El presente ideario señala que el impacto de un grupo minoritario, o de un grupo históricamente excluido (como son las mujeres en el ámbito político), se determinará por el peso relativo que logre tener dentro de un núcleo social, al configurar una masa crítica de forma cuantitativa y cualitativa.

En términos de Dahlerup, una masa crítica no sólo hace referencia al grupo inclinado que ocupa 30% de la totalidad en las instituciones representativas del poder político (1986).

Sino además, una masa crítica implica un cambio cualitativo en las relaciones de poder que permite por primera vez a la minoría utilizar los recursos de la organización o de la institución para mejorar su propia situación y la del grupo al que pertenece (Dahlerup, 2006).

---

<sup>22</sup> Esta teoría fue creada en 1977 por Rosabeth Moss Kanter y posteriormente adoptada por Drude Dahlerup en 1988. A la fecha es un ideario con el cual se justifica la presencia y participación política femenina en instituciones representativas del poder político, así como respalda la necesidad de implementación de cuotas de género para incentivar y facilitar dicha participación.

## ***¿Los números cuentan?***

Indudablemente el número o tamaño de la gran minoría femenina cuenta, y mucho más cuando se habla de participación y representación política, puesto que la proporción que ocupa regularmente influye para incentivar y generar recursos institucionales con la finalidad de mejorar el estatus del grupo minoritario que representan.

A efecto de determinar la influencia femenina para satisfacer necesidades prácticas e intereses estratégicos en instituciones representativas del poder político, se establecen porcentajes para denominar:

*Grupo uniforme*, a la presencia femenina simbólica que cuenta con un mínimo de 10% del total de miembros; *grupo sesgado*, cuando las mujeres ocupan no más de 25%; *grupo inclinado*, cuando lo gran constituir una masa crítica con un mínimo de 30%; y *grupo equilibrado*, cuando se da la existencia de una composición ecuánime o equitativa de 50% (Pastor, 2011), es decir, la paridad.

En esta teoría de la masa crítica, para que un grupo minoritario pueda ser considerado como grupo inclinado y, mejor aún, como un grupo equilibrado en instancias de poder y toma de decisión política, se necesita la intervención de las cuotas de género para propiciar el incremento numérico femenino.

Sin embargo, no hay que dejar fuera el hecho de que, además del incremento cuantitativo, se necesita forjar cambios o mejoras importantes de carácter cualitativo que beneficien al grupo, ya que lo importante es que los números den vida a las representaciones sustantivas y no sólo sean descriptivas.

Con ello se refrenda la importancia de una masa crítica capaz de generar cambios en las estructuras de poder, de lograr una igualdad proporcional y avanzar en el proceso de empoderamiento político femenino.

## **Implicaciones del debate internacional en la temática del empoderamiento político femenino**

### ***Compromisos mundiales relacionados con la igualdad de género y el empoderamiento político de la mujer***

La igualdad de derechos de sufragio activo y pasivo, así como la igualdad de oportunidades en favor de las mujeres, son objetivos y

compromisos que internacionalmente se generan para constituir una condición de justicia social e igualdad real dentro de la política.

Al respecto, las Naciones Unidas, como principal impulsora de la promoción de instrumentos jurídicos que iguallen los derechos políticos entre sexos, toma partida para lograr erradicar la desigualdad y propiciar el empoderamiento político femenino.

Los primeros compromisos plasmados en instrumentos jurídicos de carácter internacional que proclaman la igualdad de derechos entre sexos en el ámbito político se señalan en la Carta de la Naciones Unidas, así como en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Posteriormente, en la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer,<sup>23</sup> que proclama el derecho de ésta a ejercer sin discriminación alguna el sufragio activo y pasivo. En seguida, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual, como tratado generalista, pretende dar valor vinculante al derecho de los ciudadanos a participar en la dirección de asuntos públicos, a votar, ser elegido y tener acceso a la función pública.

Más adelante, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), denominada Carta de los Derechos Humanos de la Mujer, logra constituirse como un instrumento universal y poderoso específicamente referido a los derechos femeninos.

En el año 2000, la Declaración del Milenio y los Objetivos de Desarrollo del Milenio<sup>24</sup> hacen referencia a la promoción de la igualdad entre sexos y la autonomía de la mujer; así como la orientación de la creación de sociedades equitativas para ambos sexos. En esta declaración se hace un seguimiento de elementos fundamentales de la participación social, económica y política.

A nivel regional, el Sistema Interamericano constituye un importante foro en la defensa y promoción de los derechos políticos, que se

---

<sup>23</sup> Adoptada por la Asamblea General de 20 de diciembre de 1952, la cual entró en vigor el 7 de junio de 1954, señala que la mujer puede ser elegible para todos los organismos establecidos por las legislaciones nacionales y ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas, instituidas y definidas también por aquellas legislaciones.

<sup>24</sup> Son ocho objetivos que los 191 Estados miembros de las Naciones Unidas acordaron tratar de alcanzar para 2015, en donde se compromete a los dirigentes mundiales a luchar contra la pobreza, el hambre, la enfermedad, el analfabetismo, la degradación del medio ambiente y la discriminación contra la mujer.



desarrollan en el marco de la Organización de los Estados Americanos (OEA), en el cual la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica–,<sup>25</sup> Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará)<sup>26</sup> son algunos instrumentos en los cuales se señala el derecho de la mujer a tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país, así como ser votadas.

Sin embargo, a pesar de los compromisos adquiridos en ordenamientos jurídicos en pro de la igualdad de derechos y oportunidades entre mujeres y hombres, y ante la evidencia de que las normas por sí mismas, no son suficientes para garantizar dicha igualdad de derechos y oportunidades; las Naciones Unidas convocaron desde 1975 varias Conferencias Mundiales sobre la Mujer, para generar nuevos compromisos y planes de acción tendientes a garantizar la igualdad de oportunidades en el ámbito político.

### ***Las conferencias mundiales de las mujeres, igualdad y empoderamiento político femenino***

Concebidas como foros de debate universal, las conferencias: México, 1975; Copenhague, 1980; Nairobi, 1985; y Pekín, 1995, asisten a la comunidad internacional con planes de acción para el avance de las mujeres en el ámbito político, expresando cambios evolutivos a favor de la plena participación femenina en pie de igualdad con los hombres.

La primera Conferencia Mundial sobre la Condición Jurídica y Social de Las Mujeres, convocada en México para que coincidiera

---

<sup>25</sup> En su artículo 23 señala: “Todos los ciudadanos deben gozar del derecho a de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto; y tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país”.

<sup>26</sup> Señala en su artículo 4o. el derecho a tener igualdad de acceso a las funciones públicas de su país y a participar en los asuntos públicos, incluyendo la toma de decisiones.

con el año internacional de la Mujer, en 1975,<sup>27</sup> señala que con ella se inició una nueva era de esfuerzos a escala mundial para promover un cambio ante la situación social de las mujeres y abrir un diálogo de alcance mundial sobre la igualdad de género.

En esta conferencia, por primera vez, se ve a la mujer como sujeto de su situación social, asociada plena y en pie de igualdad con el hombre, con los mismos derechos a los recursos y a las oportunidades (Radl, 2010).

Posteriormente, en 1980 la segunda Conferencia Mundial sobre las Mujeres, en Copenhague, comienza a señalar la igualdad desde el punto de vista jurídico, así como el pleno ejercicio de los derechos de participación femenina en igualdad de oportunidades.

La tercera Conferencia Mundial para el Examen y la Evaluación de los Logros del Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer: Igualdad, Desarrollo y Paz,<sup>28</sup> celebrada en Nairobi en 1985, señaló, entre otras medidas, alcanzar la igualdad en la participación política y en los lugares de toma de decisiones.

Sin embargo, es hasta la cuarta Conferencia Mundial sobre las Mujeres, celebrada en Beijing (Pekín) en 1995,<sup>29</sup> cuando se habla del inicio de un nuevo paradigma en la lucha por la igualdad en función del género; es decir, del empoderamiento de la mujer, pero también del concepto de género.

Este paradigma cuenta con dos estrategias para avanzar en la transformación de las relaciones desiguales de poder entre sexos y lograr la igualdad de género: el *gender mainstreaming* y el empoderamiento de las mujeres.

---

<sup>27</sup> En la Primera Conferencia Mundial sobre la Mujer se identificaron tres objetivos prioritarios: 1. La igualdad plena de género y la eliminación de la discriminación por motivos de género; 2. La plena participación de las mujeres en el desarrollo; 3. Una mayor contribución de las mujeres a la paz mundial. Exhortando a los gobiernos a que formularan estrategias nacionales y se establecieran metas y prioridades en sus esfuerzos por fomentar la participación equitativa de las mujeres.

<sup>28</sup> Al mismo tiempo, se identificaron medidas constitucionales y jurídicas; medidas referentes a la igualdad en la participación social, y medidas en relación con la igualdad en la participación política y en la toma de decisiones.

<sup>29</sup> La IV Conferencia supone el triunfo del feminismo de Estado al introducir una perspectiva transversal, el *mainstreaming* de género; proceso político y técnico, que pretende cerrar las brechas de desarrollo humano entre sexos.

Es hasta este momento cuando la expresión “empoderamiento” adquiere mayor difusión y logra un cambio fundamental, al generar el compromiso con los gobiernos para incluir de manera efectiva una perspectiva de género en todas las instituciones, políticas legislativas, procesos de planificación, etcétera.

Asimismo, para lograr la potenciación del papel de la mujer en el ámbito político, la Plataforma de Acción<sup>30</sup> de esta conferencia se convierte en el programa fundamental al señalar la participación igualitaria de las mujeres en la toma de decisiones, como una exigencia básica de justicia y democracia, pero también como una condición necesaria para que los intereses de éstas se tengan en cuenta.

Razón por la cual se insta a los gobiernos a comprometerse en establecer el equilibrio entre mujeres y hombres en los órganos y comités gubernamentales, y en la administración pública.

Además de exhortarlos a adoptar acciones afirmativas, como cuotas de género en los sistemas electorales, que alienten a los partidos políticos a incorporar mujeres en los puestos públicos electivos y no electivos en la misma proporción y en la misma categoría que los hombres.

Consecuentemente, el informe de Beijing+5 señala que la exigua presencia y participación de la mujer en el ámbito político impide la inclusión de una perspectiva de género en esta esfera crítica de influencia.

Toda vez que, a pesar de los avances realizados en la igualdad *de jure* entre mujeres y hombres, la representación real de mujeres en los órganos de poder y toma de decisión política no ha cambiado significativamente desde que se celebró en 1995 la cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer.

Como se observa, a pesar de la aceptación generalizada de la necesidad de lograr un justo equilibrio entre los géneros en los órganos decisivos a todos los niveles, aún persiste una desigualdad *de jure* y *de facto*.

---

<sup>30</sup> La Plataforma, como marco definitorio para el cambio, formuló compromisos en 12 esferas de especial preocupación: la mujer y el medio ambiente; la mujer en el ejercicio del poder y la adopción de decisiones; la niña; la mujer y la economía; la mujer y la pobreza; la violencia contra la mujer; los derechos humanos de la mujer; educación y capacitación de la mujer; mecanismos institucionales para el adelanto de la mujer; la mujer y la salud; la mujer y los medios de difusión; la mujer y los conflictos.

A casi 20 años de la producción del plan más progresista que jamás existió para promover los derechos de la mujer, es decir, la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, ningún país ha hecho efectivo este programa en su totalidad. Por tal motivo, en el 20 aniversario de Beijing, en 2015, se ofrecen nuevas oportunidades de revitalizar compromisos, fortalecer la voluntad política y movilizar a la sociedad, con una nueva estrategia sobre igualdad de género denominada: “El futuro que queremos: derechos y empoderamiento”.

### ***Una nueva estrategia sobre igualdad de género. “El futuro que queremos: derechos y empoderamiento”***

La promoción de la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de la mujer son elementos fundamentales del mandato del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), razón por la cual genera nuevas estrategias con objeto de auxiliar y reforzar los compromisos adquiridos en la Conferencia de Beijing.

La nueva estrategia sobre igualdad de género para 2014-2017 denominada: “El futuro que queremos: derechos y empoderamiento”, contiene tres esferas de trabajo principales: *a)* vías sostenibles de desarrollo; *b)* sistemas de gobernanza democrática incluyentes y efectivos, y *c)* aumento de la resiliencia.

Con el sistema de gobernanza democrática incluyente y efectivo se pretende impulsar el empoderamiento y los derechos jurídicos femeninos, así como fortalecer su acceso a los órganos de poder y promover su participación igualitaria en la adopción de decisiones políticas.

Todo ello por medio de puntos de acceso estratégicos que servirán para que las medidas encaminadas a acelerar la participación equitativa de las mujeres en la adopción de decisiones y en el empoderamiento en procesos de gobernanza, así como las reformas jurídicas y creación de políticas, aceleren el logro de la igualdad en la participación femenina y la materialización de los derechos de éstas en la ley y en la práctica.

Todo esto con el fin de lograr el progreso en la igualdad de género y el avance en el empoderamiento político de las mujeres, con ayuda de medidas como las cuotas de género que incrementen la participación femenina en instituciones representativas del poder político.

## Cuotas de género

### *La cuota de género como acción positiva o afirmativa*

La acción positiva<sup>31</sup> se define como “una estrategia destinada a establecer la igualdad de oportunidades por medio de medidas coyunturales que permitan contrarrestar o corregir aquellas discriminaciones que son el resultado de prácticas o de sistemas sociales” (Escolano, 2006: 48).

El Instituto Nacional de las Mujeres las define como: “El conjunto de medidas de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de hecho entre mujeres y hombres. El objetivo principal de estas medidas, es lograr la igualdad efectiva y corregir la distribución desigual de oportunidades y beneficios en una sociedad determinada” (2007: 13).

Dichas acciones tienen como características principales:

- a) La temporalidad, porque una vez que se supere la situación de inferioridad social en que se encuentra la población beneficiaria, éstas deben suspenderse.
- b) La legitimidad, puesto que para su implementación debe existir una discriminación real verificada, además de ser compatible con el principio constitucional de igualdad, tal como sucede con nuestra Carta Magna al señalar en su artículo 4o. la igualdad entre la mujer y el hombre ante la ley.
- c) La proporcionalidad, ya que su finalidad debe ser igual con los medios a utilizar y con las consecuencias jurídicas de la diferenciación. Toda vez que la aplicación de estas acciones no debe perjudicar a aquellos que son excluidos del trato preferente (Instituto Nacional de las Mujeres, 2007).

En México, la promoción de acciones afirmativas para combatir la desigualdad de género y garantizar el ejercicio de los derechos feme-

---

<sup>31</sup> Las acciones afirmativas tienen su origen y desarrollo por la década de 1970 en Estados Unidos, como un mecanismo tendiente a combatir la marginación social y económica de personas afrodescendientes en los ámbitos laborales y educativos. Posteriormente, se extendieron a las mujeres, minorías étnicas y personas con discapacidad, entre otros grupos afectados visiblemente por prácticas discriminatorias.

minos se encuentra en las estrategias del objetivo transversal denominado: alcanzar la igualdad sustantiva entre mujeres y hombres y propiciar un cambio cultural respetuoso de los derechos de las mujeres, dentro del Programa Nacional para la Igualdad de Oportunidades y no Discriminación contra las Mujeres (PROIGUALDAD 2013-2018).

El PROIGUALDAD se concibe como un programa rector que establece los desafíos nacionales que deben enfrentarse en los programas sectoriales, institucionales, especiales y regionales, para garantizar la igualdad sustantiva y la reducción de las brechas de desigualdad entre mujeres y hombres, teniendo en la mira la necesidad de erradicar todas las formas de discriminación contra las mujeres.

Hay que hacer notar que con el PROIGUALDAD en vinculación con estrategias y objetivos de varias metas nacionales del Plan Nacional de Desarrollo 2013- 2018,<sup>32</sup> el Ejecutivo federal asume políticas de gobierno y acciones afirmativas en favor de las mujeres para eliminar las desigualdades y erradicar la violencia de género.

En el caso de la participación política femenina, las acciones afirmativas que se implementan son las denominadas cuotas de género, las cuales, además de determinar la construcción de una sociedad justa y equitativa, de una democracia incluyente, participativa, de múltiples identidades y amplia pluralidad, encaminadas a acelerar la igualdad de hecho entre hombres y mujeres, también tratan de superar una situación de desigualdad real, que básicamente la igualdad formal nunca podrá disolver.

Por tal motivo, diversos países han puesto en marcha legislaciones y políticas con acciones positivas para mujeres, exclusivamente en el área de la política, mediante el uso de la legislación respecto a cuotas o cupos de mujeres en los cargos públicos de elección popular (Lazo, 2005).

---

<sup>32</sup> Es necesario señalar que el Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018 es el primero en México que incorpora una perspectiva de género como principio esencial y que contempla la necesidad de realizar acciones especiales orientadas a garantizar los derechos de las mujeres y evitar que las diferencias de género sean una causa de desigualdad, exclusión o discriminación.

## ***Las cuotas de género: alternativa viable para garantizar la participación política femenina***

Las cuotas de género<sup>33</sup> “son una especie dentro del concepto más amplio de las acciones afirmativas y su objetivo es asegurar un mínimo de representación para el género femenino” (Ojeda, 2006: 41).

Este tipo de mecanismos de acciones afirmativas se articulan jurídica y políticamente para tratar de romper la hegemonía masculina en la política y en los procesos de toma de decisión, procurando asegurar un mínimo de representación femenina en las instituciones representativas del poder político; que pasa directamente por la inclusión y la igualdad de oportunidades.

En efecto, las cuotas de género son la única alternativa viable para garantizar la participación de las mujeres y contribuir a un empoderamiento femenino permanente, que a su vez, conlleva a una ciudadanía política igualitaria (Huerta y Magar, 2006).

### ***Modalidades de la cuota de género***

Con la finalidad de obtener un equilibrio en la representación política entre mujeres y hombres, la implementación de cuotas se lleva a cabo en los niveles “constitucional, legislativo y partidario” (Ojeda, 2006). Actualmente, México implementa las tres modalidades de la siguiente forma:

---

<sup>33</sup> Las primeras experiencias de aplicación de cuotas de participación política por sexos se dieron en ámbitos partidarios; los partidos socialdemócratas de la Europa nórdica fueron los primeros en establecer este tipo de mecanismos, inspiradas en las cuotas implementadas en Estados Unidos para incluir a la población negra al desarrollo económico. En América Latina, Argentina fue el primer país que aprobó una ley nacional para la inclusión de un mínimo de mujeres en las listas electorales de los partidos políticos, la Ley 24.012, llamada Ley de Cuota o Ley de Cupo Femenino, promulgada el 8 de marzo de 1993. Más tarde, la adopción de la Ley de Cuotas en Argentina tuvo un gran impacto en el resto de países de América Latina y siguieron este ejemplo en los años sucesivos diversos países: Bolivia (2001), Brasil (1997), Costa Rica (1996), Ecuador (1997), Honduras (2000), México (1996), Panamá (1997), Paraguay (1996), Perú (1997), República Dominicana (1997) y Venezuela (1997).

a) La cuota constitucional no se encuentra de forma expresa en nuestra Carta Magna, sin embargo, se deduce del artículo 41 de nuestra Constitución, gracias a las transformaciones de las instituciones y reglas de competencia electoral, señaladas en la reforma política-electoral que en fecha 10 de febrero de 2014 se publicó en el país.

Esta cuota pretende generar una apertura plena de los canales de participación política a las mujeres, al señalar que los partidos políticos tienen la obligación de garantizar la paridad de género de sus candidaturas.

b) La cuota legislativa se establece en leyes de tipo electoral, en nuestro país se regula en la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales (LEGIPE) en su artículo 7, apartado 1. Así también, en la Ley General de Partidos Políticos (LGPP), en su artículo 3, apartado 3 y 4; y en el 25, inciso c.

c) La cuota a nivel partidario tiene cabida en las intenciones de los partidos políticos al considerar la adopción de estrategias de igualdad de género, como el desarrollo efectivo de medidas de acción positiva en pro de la representación de la mujer mediante la cuota femenina.

La cual implica el compromiso de inclusión de un porcentaje determinado de mujeres en las listas de candidatos del partido, así como posiciones específicas dentro de las mismas o la obligatoriedad de que ciertas posiciones organizativas del partido sean ocupadas por mujeres (Pastor, 2011).

Este tipo de acciones se presentan cuando utilizan voluntaria u obligatoriamente el sistema de cuotas en sus procedimientos de selección de cargos internos. Lo cual se regula en la nueva Ley General de Partidos Políticos, así como en los respectivos estatutos de cada uno de ellos.

### ***Obstáculos de las cuotas de género***

El objetivo principal del sistema de cuotas es promover el acceso real de las mujeres en las instituciones representativas del poder político en condiciones de igualdad, sin embargo, en su implementación



parece haber obstáculos denominados: “Estrategias sutiles de exclusión o exclusión interna” (Guerra, 2007: 82), que pocas veces suelen identificarse. Algunas de esas estrategias de exclusión son: la nominación de las mujeres en los últimos lugares de las listas de candidaturas por representación proporcional; dejar a la mujer en distritos en los cuales de antemano se tiene el conocimiento de que perderán; el *back-door breaking*, referente a la forma típica de exclusión política donde se toman acuerdos previos y se va al foro público con todo decidido y pactado; la inaccesibilidad a las discusiones públicas en las organizaciones políticas; el *savoir faire*, referente a la habilidad de los actores económicos y sociales poderosos para ejercer la dominación política, entre otros.

### ***Del gradualismo de la cuota de género, a la paridad en México***

Con el objeto de incitar e incrementar sustancialmente la participación equitativa entre sexos y la representación política femenina, el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (COFIPE) sufrió importantes modificaciones respecto a las cuotas de género o sistema de cuotas.

De entrada, en 1993 se aprobó una reforma en la que se conminaba a los partidos políticos a promover una mayor participación política femenina; en 1996, de nueva cuenta se reforma para recomendar a los partidos políticos que consideraran en sus estatutos que las candidaturas, tanto por el principio de mayoría relativa como por el de representación proporcional, no excedieran de 70% para un mismo sexo. No obstante, éstas sólo eran templan recomendaciones, porque no existía, como tal, una obligación *estricto sensu*.

En 2011 el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación emitió la sentencia 12624/2011, en la que estipula la obligatoriedad de las cuotas de género, así como la integración de fórmulas con suplencias del mismo sexo, establecidas en las modificaciones al COFIPE.

Gracias a dicha sentencia, en 2002 se aprueba la obligación de los partidos políticos para promover y garantizar una mayor participación femenina en la vida pública. Su importancia radicó en el mandato de obligatoriedad para garantizar que las candidaturas no excedieran de 70% del mismo sexo.

Con el objetivo de evitar que las mujeres estén nominadas en los últimos lugares de las listas de candidaturas por representación proporcional, la ley electoral señala la ubicación de un candidato de sexo diferente en cada uno de los tres primeros segmentos de tres candidatos en las listas plurinominales de cada circunscripción.<sup>34</sup>

Aun así, a finales de 2007 una nueva reforma al COFIPE señala la obligación de los partidos políticos de promover la participación política en igualdad de oportunidades y equidad entre mujeres y hombres. Posteriormente, en octubre de 2013, nuevamente se dio a conocer un decreto que reforma y deroga diversas disposiciones del COFIPE, tal y como se señala en el cuadro siguiente.

Tabla 1. *Modificaciones al Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (COFIPE)*

<b>Modificaciones al Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (COFIPE)</b>	
Modificación artículo 218, párrafo segundo	Suplencia mismo género candidaturas diputados y senadores en los principios de mayoría relativa y representación proporcional.
Modificación artículo 219, párrafo primero	Paridad 50/50 por ciento de candidaturas para mujeres y hombres diputados y senadores propietarios y suplentes.
Derogación artículo 219, numeral 2	Eliminar la excepción, cumplimiento de paridad por método de elección democrática, en candidaturas de mayoría relativa.

<sup>34</sup> A diferencia de 1993 y 1996, la ley electoral de 2002 es obligatoria y tiene sanciones precisas en caso de omisión. Cabe señalar que estas sanciones no procedían en los casos de las candidaturas de mayoría relativa, resultado de un proceso de elección de voto directo, dicha exención de la cuota marcó una diferencia respecto a las candidaturas de representación proporcional, en las cuales la observancia de la cuota sería obligatoria, sin importar el método de selección de las candidaturas. La adopción de una cuota de género obligatoria en 2002 a nivel federal y de estipulaciones sobre el posicionamiento de las y los candidatos de representación proporcional constituye un avance para lograr un reparto equilibrado entre mujeres y hombres en la toma de decisiones.

Tabla 1. *Continuación*

Modificación artículo 220	Integración por la alternancia de género en las listas de representación proporcional, compuestas por propietarios y suplentes de un mismo género.
---------------------------	--

Fuente. Elaboración propia a partir de información obtenida de la Secretaría de Gobernación: “Decreto que reforma y deroga disposiciones del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales”, México, 11 de octubre de 2013.

Consecuentemente, el 23 de mayo de 2014 se publica en el *Diario Oficial de la Federación* la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, en la cual señala en el segundo artículo transitorio la abrogación del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de enero de 2008), así como sus reformas y adiciones.

En la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, en su artículo 7 señala que es derecho de las y los ciudadanos; y obligación para los partidos políticos, la igualdad de oportunidades y la paridad entre mujeres y hombres al acceder a cargos de elección popular; así como el derecho de las y los ciudadanos de ser votados para todos los puestos representativos.

Como se analiza, con el avance en materia política-electoral en cuestión de género, hoy la mujer tiene posibilidades de ingresar en las instituciones representativas del poder político en igualdad de oportunidades y con vistas a la paridad.

### ***La cuota de género y su contexto cuantitativo en la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión***

La situación política actual de las mujeres en México se caracteriza por tener una presencia y participación limitada en los espacios más representativos a nivel nacional.

Así lo comprueban las estadísticas referentes a la participación política femenina del Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe, respecto al porcentaje de mujeres electas en el H. Congreso de la Unión en México, que desde el 2002 (año en que las cuotas de género adquieren carácter obligatorio en el país), de 16%

aumentó a 37.4% al día de hoy. Lo cual permite deducir que la mujer se encuentra en un proceso que avanza paulatinamente para lograr una igualdad política.

De forma más específica, la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión<sup>35</sup> es un claro ejemplo del espacio en donde las cuotas de género son el elemento de confluencia en el empoderamiento político femenino al incitar su participación en esta institución representativa del poder político.

*Tabla 2. Evolución numérica de la participación política femenina en la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, partiendo de la obligatoriedad de las cuotas de género*

<b>Evolución numérica de la participación política femenina en la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión</b>			
<b>Legislatura</b>	<b>Sexo</b>	<b>Número</b>	<b>Porcentaje</b>
LIX 2003 - 2006	Hombre	384	77.4%
	Mujer	112	22.6%
LX 2006 - 2009	Hombre	369	73.8%
	Mujer	131	26.2%
LXI 2009 - 2012	Hombre	341	68.2%
	Mujer	159	31.8%
LXII 2013 - 2015	Hombre	312	62.4%
	Mujer	188	37.6%

Fuente. Elaboración propia a partir de información obtenida en la dirección electrónica: <<http://www.diputados.gob.mx/inicio.htm>>, consulta: 14 de junio de 2014.

No cabe duda de que el número de mujeres dentro de la Cámara de Diputados se ha incrementado desde el establecimiento de la obliga-

<sup>35</sup> Se eligió la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión por ser el máximo órgano de representación política, al integrarse de figuras políticas influyentes y relevantes del sistema político por su calidad de representantes de la pluralidad de la sociedad civil. La demarcación temporal es a partir de 2003 a la fecha, por ser 2002 el año en que las cuotas de género adquieren carácter obligatorio en el país.

toriedad de cuotas de género en 2002; ya que de 2003 a 2009 se dio un incremento en 3.6%; de 2009 a 2012 aumentó la participación femenina 5.6 %; y de 2012 a la fecha, el incremento versa 5.8%.

Con base en el incremento evolutivo de la presencia femenina dentro de este espacio, se deduce que en esta institución representativa del poder político existe una masa crítica femenina al rebasar el umbral de 30% y encontrarse en 37.6%; el suficiente para generar cambios en la cultura, el discurso dominante y la agenda política en pro de las necesidades prácticas e intereses estratégicos sociales.

Lo cual permite concluir que la implementación de cuotas de género, así como la legislación favorable al respecto, incentiva y facilita la incursión femenina en el ámbito político de forma considerable. Por consiguiente, se deduce que las cuotas de género son un elemento de confluencia para el empoderamiento político femenino.

## Conclusiones

*Primera.* La igualdad de todos los seres humanos como fundamento ético y político de una sociedad democrática expresa con ayuda de la regla de justicia: el trato igual para mujeres y hombres respecto a la capacidad jurídica en el ejercicio del derecho de sufragio pasivo.

En la búsqueda de una igualdad proporcional, la igualdad en los derechos políticos y la igualdad de oportunidades concurren a deducir la inicua participación femenina en el ámbito político, a pesar de la regulación de su derecho de sufragio pasivo en ordenamientos jurídicos. Razón por la cual se señala la necesidad de crear acciones tendientes a ejercer plenamente el ejercicio del derecho de sufragio pasivo en igualdad de condiciones.

*Segunda.* El empoderamiento político femenino es el proceso por el cual se transita de una situación de desigualdad, discriminación y exclusión política, a un estadio de conciencia, autodeterminación y autonomía, para propiciar en una posición más sólida el ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo.

El empoderamiento, como herramienta de análisis, suscita la autoafirmación de la capacidad, habilidad y competencia de las mujeres desempoderadas políticamente para propiciar su participación; y como

instrumento de cambio, pasa de incrementar la propia estima y la toma de conciencia sobre sus derechos, capacidades e intereses, a generar un incremento numérico de mujeres que ejerzan el sufragio pasivo en instituciones representativas del poder político.

*Tercera.* La importancia de la conformación de una masa crítica en las instancias de poder y toma de decisión política radica en la necesidad de generar cambios cuantitativos y cualitativos en las relaciones de poder, así como en la utilización de los recursos para mejorar la propia situación y la del grupo al que pertenece.

El valor cuantitativo de una masa crítica reside en la conformación de una democracia paritaria con la participación de todos los ciudadanos, mujeres y hombres por igual. El valor cualitativo radica en la influencia de una masa crítica capaz de generar estrategias para la construcción de una sociedad equitativa, en la que puedan participar en pie de igualdad y se reconozcan sus necesidades e intereses.

*Cuarta.* Los instrumentos jurídicos internacionales y regionales, así como las plataformas y estrategias de acción derivadas de las Conferencias Internacionales de la Mujer, en específico la celebrada en Beijing en 1995, instan a los gobiernos a asegurar la igualdad de oportunidades en la participación política femenina e incentivar su empoderamiento político, con la inclusión de una perspectiva de género en todas las instituciones, políticas legislativas, etcétera.

Consecuentemente, México cuenta por primera ocasión con un Plan Nacional de Desarrollo y con ordenamientos jurídicos nacionales con perspectiva de género para regular y propiciar el ejercicio pleno de los derechos políticos de las mujeres.

*Quinta.* El gradual avance de la cuota de género da cuenta de la necesidad de una participación equilibrada en instancias de poder político, es decir, de una democracia paritaria para una sociedad más igualitaria. Gracias a ello, hoy contamos con una cuota fuerte que propicia la paridad entre géneros, mejora los niveles de representación femenina y presume una alta exigencia respecto al número de mujeres en las listas electorales.

Sin embargo, se debe tener presente que el peso específico de las mujeres, aun en paridad, puede ser minimizado por estrategias sutiles de exclusión que opera con individuos o grupos normalmente incluidos *de iure*, pero que se ven excluidos *de facto*.

*Sexta.* La efectividad en el aumento numérico de mujeres en instancias representativas del poder político (tal como se señala en el análisis de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión) denota a las cuotas de género como la alternativa viable para garantizar la participación femenina, constituir una masa crítica y contribuir a su empoderamiento político.

Con base en lo anterior, se deduce que la instauración y la legislación favorable de acciones positivas para incentivar la participación política facilita la incursión femenina en este ámbito de forma considerable.

Finalmente, se concluye que, con el trance del gradualismo de la cuota de género a la paridad, se pretende lograr más que una política de presencia que confronte la idea dominante de que la política es un asunto para individuos abstractos y asexuados. Asimismo, se procura el cambio de los estereotipos sociales, al modificar el imaginario sexista que hoy se tiene, y desvalora la presencia femenina en el ámbito político, de tal forma que no sólo se incremente cuantitativamente la participación y representación de la mujer, sino también se amplíe y se formalice el pleno ejercicio de sus derechos políticos.

## **Fuentes consultadas**

### ***Bibliografía***

- Bobbio, Norberto (1977), *Igualdad y libertad*, Barcelona Paidós / ICE.
- Dahlerup, Drude (2006), *Women, Quotas and Politics*, Estados Unidos / Canadá, Routledge.
- Diz, I. y M. Lois (2007), *Mujeres, instituciones y política*, Barcelona, Bellaterra.
- Elósegui Ixtaso, María (2008), *Políticas de género*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial.
- Escolano Zamorano, Esther (2006), *Entre la discriminación y el mérito. Las profesoras en las universidades valencianas*, Valencia, Universitat de Valencia.
- Galindo Garfias, Ignacio (2005), *Derecho civil*, 24a. ed., México, Porrúa.

- Guerra, María José (2007), “Democracia paritaria e inclusión; reflexiones feministas”, en A. Sierra y M. Del Pino (eds.), *Democracia paritaria, Aportaciones para un debate*, Barcelona, Laertes.
- Greppi, Andrea (1998), *Teoría e ideología en el pensamiento político de Norberto Bobbio*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid / Marcial Pons / Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Hainard, F. y C. Verschuur (2006), *Ciudades y empoderamiento de las mujeres*, Madrid, Narcea / UNESCO.
- Huerta, M. y E. Magar (2006), *Mujeres legisladoras en México. Avances, obstáculos, consecuencias y propuestas*, México, Instituto Nacional de las Mujeres / Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología / Fundación Friedrich Ebert / Instituto Tecnológico Autónomo de México.
- Lazo Fuentes, Xiomara E. (2005), “Las acciones positivas en Latinoamérica: el caso costarricense”, en M. A. Barrére y A. Campos (coords.), *Igualdad de oportunidades e igualdad de género. Una relación a debate*, Madrid, Dykinson.
- Pastor Yuste, Raquel (2011), *Género, élites políticas y representación parlamentaria en España*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Peces-Barba, Gregorio (1993), *Norberto Bobbio. Igualdad y libertad*, España, Paidós Ibérica.
- Radl Philipp, Rita (2010), “Derechos humanos y género”, en *Educación e derechos humanos. Contribuciones para o debate*, España, Cadernos Cedes.
- Ribotta, Silvina (2011), “Sobre la propuesta de igualdad en Norberto Bobbio”, en F. Ansuátegui y A. Iglesias (eds.), *Norberto Bobbio. Aportaciones al análisis de su vida y de su obra*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” / Universidad Carlos III de Madrid.
- Sierra González, Ángela (2007), “La democracia paritaria y las paradojas ocultas de la democracia representativa”, en A. Sierra y M. del Pino (eds.), *Democracia paritaria. Aportaciones para un debate*, Barcelona, Laertes.
- Schuler, Margaret (1997), “Los derechos de las mujeres son derechos humanos: la agenda internacional del empoderamiento”, en M. León (ed.), *Poder y empoderamiento de las Mujeres*, Bogotá, Colombia, TM Editores.



Zaldaña, Claudia Patricia (2002), *La unión hace el poder. Procesos de participación y empoderamiento*, México, Instituto Nacional de las Mujeres, México.

### ***Jurisprudencia***

TEPJF 12624/2011 de 30 de noviembre de 2011

### ***Legislación***

GOBIERNO FEDERAL (GF) (2014), “Ley General de Partidos Políticos (LGPP)” en *Diario Oficial de la Federación*, 23 de mayo de 2014.

\_\_\_\_\_ (2014), “Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales (LEGIPE)”, en *Diario Oficial de la Federación*, 23 de mayo de 2014.

\_\_\_\_\_ (2008), “Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (COFIPE)”, en *Diario Oficial de la Federación*, 14 de enero de 2008.

\_\_\_\_\_ (2007), “Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia” en *Diario Oficial de la Federación*, 1 de febrero de 2007, última reforma publicada *DOF* 02-04-2014.

\_\_\_\_\_ (1917), “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, en *Diario Oficial de la Federación*, 5 de febrero de 1917, última reforma publicada en *DOF*, 7 de julio de 2014.

Organización de los Estados Americanos (OEA) (1994), “Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém d Pará)”, 9 de junio de 1994.

\_\_\_\_\_ (1969), “Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa”, 22 de noviembre de 1969.

\_\_\_\_\_ (1948), “Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre”, 2 de mayo de 1948.

Organización de las Naciones Unidas (ONU) (2014), “Estrategia sobre igualdad de género del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2014-2017. El futuro que queremos: derechos y empoderamiento”, 9 de enero de 2014.

- \_\_\_\_\_ (2000), “Declaración del Milenio”, 13 de septiembre de 2000.
- \_\_\_\_\_ (1995), “Declaración y Plataforma de Acción de Beijing”, 15 de septiembre 1995.
- \_\_\_\_\_ (1979), “Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)”, 18 de diciembre de 1979.
- \_\_\_\_\_ (1966), “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, 16 de diciembre de 1966.
- \_\_\_\_\_ (1953), “Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer”, 31 de marzo de 1953.
- \_\_\_\_\_ (1948), “Declaración Universal de los Derechos Humanos”, 10 de diciembre de 1948.
- \_\_\_\_\_ (1945), “Carta de las Naciones Unidas”, 26 de junio de 1945.
- Secretaría de Gobernación (Segob) (2014), “Reforma Política-Electoral”, en *Diario Oficial de la Federación*, 10 de febrero de 2014.
- \_\_\_\_\_ (2013), “Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018”, en *Diario Oficial de la Federación*, 20 de mayo de 2013.
- \_\_\_\_\_ (2013b), “Programa Nacional para la Igualdad de Oportunidades y no Discriminación contra las Mujeres PROIGUALDAD 2013-2018”, en *Diario Oficial de la Federación*, en 30 de agosto de 2013.

### ***Hemerografía***

- Novo Vázquez, Amparo (2010), “El camino hacia el empoderamiento político de las Mujeres”, en *Revista Estudios Feministas*, núm. 18, septiembre-diciembre.
- Ojeda Rivera, Rosa Isela (2006), “Las cuotas de género para el empoderamiento de las mujeres”, en *El Cotidiano*, año 21, núm. 138, julio-agosto. Universidad Autónoma Metropolitana

## ***Diccionarios***

- Arnaldo Alcubilla, Enrique *et al.* (2009), *Diccionario electoral*, Madrid, La Ley / Grupo Wolters Kluwer / El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados.
- Bobbio, Norberto *et al.* (2005), *Diccionario de política*, 14<sup>a</sup>. ed. en español, México, Siglo XXI Editores.
- Instituto Nacional de las Mujeres (2007), *Glosario de Género*, México, Inmujeres.
- Valencia Villa, Hernando (2003) *Diccionario Espasa Derechos Humanos*, Madrid, Espasa.

## ***Fuentes electrónicas***

- Dahlerup, Drude (1986), “De una pequeña a una gran minoría: una teoría de la ‘masa crítica’ aplicada al caso de las mujeres en la política escandinava”, XI Congreso Mundial de Sociología, Nueva Delhi, 18 al 22 de agosto de 1986, disponible en <<http://www.refeminista.org/nueva/uploads/masa%20critica.pdf>>. Consulta: 29 de noviembre de 2013.
- León, Magdalena (2000), “Empoderamiento: relaciones de las mujeres con el poder”, en *Revista Estudios Feministas*, Florianópolis, Brasil, disponible en <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/11935/11201>>. Consulta: 17 de abril de 2013.
- \_\_\_\_\_ (2001), “El empoderamiento de las mujeres: encuentro del primer y tercer mundos en los estudios de género”, Primer Encuentro, *Género y democracia en las universidades e instituciones de educación superior de América Latina y el Caribe* (La ventana), núm. 13, Centro de Estudios de Género del Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad de Guadalajara / Centro Interdisciplinario de Estudios de Género de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Chile, Guadalajara, disponible en <<http://148.202.18.157/sitios/publicacionesite/ppperiod/laventan/Ventana13/ventana13-4.pdf>>. Consulta: 17 de abril de 2013.
- Medina Espino, Adriana *et al.* (2008), “La participación política de las mujeres. De las cuotas de género a la paridad”, México, dispo-

nible en <[http://www.emujeres.gob.mx/images/stories/Liferay/eMujeres/mujeres\\_politica/PDF/la\\_participacion\\_politica\\_de\\_las\\_mujeres.pdf](http://www.emujeres.gob.mx/images/stories/Liferay/eMujeres/mujeres_politica/PDF/la_participacion_politica_de_las_mujeres.pdf)>. Consulta: 13 de noviembre de 2013.

Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe, disponible en <<http://www.cepal.org/oig/>>. Consulta: 13 de noviembre de 2013.

Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, disponible en <<http://www.diputados.gob.mx/inicio.htm>>. Consulta: 13 de noviembre de 2013.

Instituto Nacional Electoral, disponible en <<http://genero.ife.org.mx/conceptos.html>>. Consulta: 20 de marzo de 2014.

## II

# LA DIGNIDAD DE LA PERSONA COMO FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS DEL NIÑO EN MÉXICO

*Alejandra Flores Martínez\**  
*Ivonne Rodríguez García\*\**

### Introducción

En últimos años el discurso tendiente a fundamentar los derechos de niñas, niños y adolescentes<sup>1</sup> en México adquiere un cariz propio, genera un debate de posturas en la concepción del niño como sujeto titular de derechos, por tanto, ¿existe un consenso real sobre el fundamento de los derechos humanos durante la infancia y la adolescencia?

La tarea de fundamentación teórica de los derechos del niño presenta un cierto grado de complejidad, la presencia de un doble objetivo: proteger al niño y al mismo tiempo permitir el ejercicio y desarrollo de su autonomía.

---

\* Doctora en Derecho por la Universidad de Zaragoza, España. Profesora de tiempo completo, adscrita al Centro de Investigación en Ciencias Jurídicas, Justicia Penal y Seguridad Pública de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México (UAEMéx). Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (nivel I).

\*\* Maestrante en Estudios Jurídicos, en la Facultad de Derecho de la UAEMéx.

<sup>1</sup> En este trabajo se utiliza la palabra “niño” por motivos de economía lingüística y de agilidad en el texto, pero sin ánimo de favorecer el sexismo en el lenguaje, conscientes de las limitaciones conceptuales del término niño para encuadrar el fenómeno de género y el desarrollo que se presenta en niñas y adolescentes, se acepta la idea de “niño” como operador jurídico, tal como lo establece la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 1. “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad”.

Por ende, la incorporación de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad como principios fundacionales del Estado de derecho son necesarios para proporcionar una condición efectiva de disfrute a los derechos humanos de todas las personas.

Peces-Barba (1999: 94) afirma que el concepto de derechos exige una idea de persona válida en todas las circunstancias y momentos y que no pueden construirse cuando se rechaza la idea misma de persona. Sin aceptación del ideal de dignidad de la persona no puede haber derechos humanos.

Es así porque el ser persona implica, entre otros atributos, la capacidad de poder relacionarse e interactuar con los demás individuos, dentro de una sociedad llena de diferencias y desigualdades multiétnicas y multiculturales,<sup>2</sup> “una sociedad internacional, que, si bien más humanizada, es hoy más heterogénea que nunca” (Mataró, 2009: 17).

En la búsqueda de una convivencia social grata al hombre, el desarrollo de las declaraciones de derechos humanos tanto universales, regionales e internas, tienen como referente axiológico e indispensable para la construcción de los derechos fundamentales y núcleo central de la ética pública y del derecho positivo a *la dignidad de la persona*.<sup>3</sup>

En el caso mexicano, cobra relevancia la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* en junio de 2011 que brinda la oportunidad de un desarrollo normativo, con base en un sistema universal de protección a los derechos humanos.

Mediante la incorporación del principio *pro persona*, se establecen criterios de interpretación que permiten la aplicación preferente de las normas que protegen de mejor manera los derechos humanos de una persona o grupo, en un momento determinado frente aquéllas

---

<sup>2</sup> En su tesis sobre el multiculturalismo, Kymlicka (1997: 139-154, propone una aceptación de la existencia de una identidad humana común, universal, plural al mismo tiempo en determinados rasgos culturales e históricos, que lleva a defender que junto a los derechos humanos universales, es preciso reconocer otros derechos relacionados con la lengua, las tradiciones, etc. Que complementen los primeros y sirvan a las minorías de protección frente a las imposiciones culturales de la mayoría.

<sup>3</sup> Al respecto, Habermas estima que la traducción filosófica de la idea de que el hombre es imagen y semejanza de Dios, básica en la concepción cristiana, es una idea que es necesario respetar y considerar atentamente, en la medida que fortalece las tesis filosóficas de la idéntica dignidad entre los seres humanos, uno de los fundamentos básicos del Estado liberal de derecho. Y la integración de las corrientes de pensamiento es donde precisamente reside su valor. (Ratzinger, Joseph y Habermas, 2006).

cuyos preceptos sean más restrictivos o no amparen suficientemente sus derechos en un caso concreto.<sup>4</sup>

Estos cambios cobran gran significado en el reconocimiento de los derechos de un grupo erróneamente considerado inferior: *los niños*; frente al reto que plantea el nuevo marco constitucional y bajo el tópicico del derecho internacional de los derechos humanos del niño, es necesario conceptualizar al mismo como sujeto de derecho en toda su amplitud y así consolidar su condición de ser humano en cada etapa de su vida.<sup>5</sup>

A lo largo de este estudio se establecen aspectos relacionados con el valor de la dignidad de la persona o dignidad humana,<sup>6</sup> como fundamento de respeto y garantía a los derechos del niño.

Como primer término, se plantea una aproximación a la noción de dignidad de la persona, a partir de una perspectiva histórico-filosófica y jurídica, al hilo de la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional Español<sup>7</sup> y el pensamiento de Werner Maihofer. Posteriormente, un análisis del reconocimiento del niño como sujeto de dere-

---

<sup>4</sup> Situación que propicia un cambio de paradigma, derivado de los rezagos existentes en nuestra legislación interna en materia de derechos de los niños; la aprobación de esta reforma resulta aún más favorable, ya que al ser los tratados internacionales un catálogo extenso de reconocimiento y protección de los derechos humanos, se amplía el *corpus iuris* de la infancia.

<sup>5</sup> Cabe mencionar que, si bien la infancia es una fase del desarrollo humano, existen etapas dentro de la misma, distinguiéndose por rangos de edad, derivado de las facultades diferentes que se les pueden reconocer a unos y a otros, aunque siempre limitándose a la franja de edad más restrictiva: los 18 años. En este sentido, Guilló (2009: 171) afirma: “La niñez, el periodo de minoría de edad, no es un periodo homogéneo, no es lo mismo un chico de 17 años que un bebé de pocos meses, o una chica de trece años que un niño de 9, sus capacidades son totalmente diferentes, aunque sus derechos son los mismos”.

<sup>6</sup> Afirma Maihofer (2008): “dignidad humana”, “dignidad del hombre” o “dignidad de la persona” constituyen expresiones que remiten al valor especial que ese ser vivo tiene entre todos los seres igualmente vivos; distingue una doble dimensión, “además de la dignidad del hombre en cuanto especie, en cuanto humanidad, hay también la dignidad de cada individuo en particular. La primera de tales dignidades es la del hombre en general, mientras que la segunda es la de cada hombre y cada mujer en singular”. Con el propósito de reforzar esta afirmación se habla de “dignidad humana” para aludir a la dimensión general del principio, y de “dignidad de la persona humana”, para significar aquella que reconocemos en cada individuo de nuestra especie.

<sup>7</sup> El presente estudio toma como base la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, cuya doctrina en su mayoría es considerar la dignidad de la persona no como un derecho; por lo cual en numerosas sentencias le otorga el carácter de núcleo de los derechos fundamentales y la función de configurar los contenidos básicos del ordenamiento jurídico.

cho *versus* objeto de protección y asistencia social. Se presenta un estudio de los instrumentos tanto internacionales como nacionales que establecen y regulan los derechos del niño. Por último, se aborda el problema planteado: en un enfoque de la dignidad de la persona como máxima de respeto y garantía de los derechos fundamentales del niño.

## **La dignidad de la persona. Planteamientos histórico-filosóficos y jurídicos**

Los esfuerzos dogmáticos del presente artículo se orientan a determinar el contenido material propio que se le otorga a la imagen del ser humano en el ámbito jurídico, desde la filosofía del derecho, e invocar la dignidad de la persona como un contenido definido; en consecuencia, exigible y dotado de una fuerza vinculante como fundamento de los derechos del niño.

Es menester realizar una aproximación epistemológica al significado y alcances de la dignidad de la persona, debido a las particularidades que se presentan en la minoría de edad que exigen una distinción en su ejercicio, pero no en su titularidad.

### ***Aproximación a la noción de dignidad***

La persistente invocación de la dignidad en el ámbito internacional, así como en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, como un valor (en este sentido, por mencionar algunas: STC 53/1985 en su fundamento jurídico 3 y 8; STC 57/1994 en su fundamento jurídico 4; STC 102/1995 en su fundamento jurídico 7), principio (STC 231/1988 en su fundamento jurídico 8), bien jurídico (entre otras, STC 2/1982 en su fundamento jurídico 5; 214/1991 en su fundamento jurídico 8; 115/2000 en su fundamento jurídico 7) o fundamento constitucional,<sup>8</sup> así como la poca claridad que se tiene de ella, in-

---

<sup>8</sup> La dignidad, como fundamento constitucional, se hace presente en algunas leyes suprenas, por mencionar algunas: Constitución española, artículo 10.1; Constitución alemana, artículo 1o.; Constitución de Brasil, artículo 1o.; Constitución de Colombia, artículo



cluso ahí donde es vista y emplazada rotundamente, no sólo como postulado filosófico, sino a título de norma jurídica, es lo que reclama su respeto y protección.

Una “tesis no interpretada”<sup>9</sup> de la compleja naturaleza de la dignidad como concepto, no es posible reducirla a un pensar tradicional, aunado al contexto plural en el que nos desenvolvemos, “ni siquiera una concepción estricta de la dignidad humana permite salvar incondicionalmente su intangibilidad” (Gutiérrez, 2005: 34).

En el devenir del pensamiento filosófico, menciona Maihofer (2008: 5), “la interpretación del concepto de la dignidad humana tiene que derivar, simultáneamente del horizonte espiritual y de la situación histórica”, es en este devenir histórico en que la búsqueda de la propia naturaleza del hombre, así como de sus principales atributos que permanecen como un requerimiento metafísico, establecen como directriz y común denominador el concepto formal del ser humano (Häberle, 2001: 111-117).

La dignidad humana, como institución jurídica compleja, indiscutiblemente atraviesa por una dimensión moral en la STC 53/1985, en su fundamento jurídico 10 afirma que la dignidad “está sustancialmente relacionada con la dimensión moral de la vida humana”.

### ***Planteamientos histórico-filosóficos***

En toda observación científica sobre la problemática de la noción de dignidad, es imprescindible el contexto histórico y cultural bajo el cual se desarrolló y postuló como aspecto fundamental del pensamiento jurídico, “soló de la razón histórica podemos, también en este caso, extraer verdades válidas y estables, que permitan dotar a la dignidad de la consistencia que necesita para ser realmente fundamento de valores, principios y derechos” (Peces-Barba, 2002: 19).

En este sentido, el carácter evolutivo del pensamiento sobre la dignidad de la persona, remota al término *dignitas*, que se caracterizó por

---

1o.; Constitución chilena, artículo 1o.; Constitución peruana, artículo 1o.; Constitución de Honduras, artículo 5o.; Constitución de Guatemala, artículo 1o.

<sup>9</sup> Término utilizado por Maihofer (2008: 5) para establecer el objeto de su estudio *Estado de derecho y dignidad humana*; refiere que la realización de su ensayo tiende en cada línea del texto a interpretar la tesis no interpretada de la dignidad del hombre.

dar una posición social dentro de la comunidad, un estatus, así como la distinción del ser humano frente a los otros seres de su entorno.<sup>10</sup>

En el estoicismo se proyectó como un ideal del hombre al que se puede acercar por medio de la razón; Así, en santo Tomás de Aquino y en el pensamiento cristiano la dignidad se comprende en Dios y posteriormente al hombre,<sup>11</sup> menciona González (2011:31): “El cristianismo supuso una conquista definitiva en la concepción de la persona humana”.

En el Renacimiento, Pico della Mirandola,<sup>12</sup> quien quizá es el exponente más relevante del nuevo punto de vista del valor moral del hombre,<sup>13</sup> le define como un conjunto de posibilidades. En la Ilustración se ve a la dignidad y a la libertad en relación con la idea de la razón.

Estas reflexiones culminan con el pensamiento kantiano, los seres humanos tienen una dignidad y no un precio, “el hombre, y en general todo ser racional, existe como sí en sí mismo, no meramente como medio para el uso de la discreción de esta o aquella voluntad, sino que tiene que ser considerado en todas sus acciones, tanto en las dirigidas a sí mismo como en las dirigidas a otros seres racionales, siempre a la vez como fin” (Kant, 1999: 187), son fines y no medios, porque son

---

<sup>10</sup> En el seno de la filosofía y conocimientos griegos y en la sociedad romana la concepción del ser humano como portador de derechos se aplica sólo a determinados sujetos, a aquellos que tienen la condición de ciudadano: los hombres-varones del estamento social alto o medio que son poseedores de propiedades o títulos, mercaderes, a veces sabios y los soldados. Quedan excluidos de esta condición las mujeres, esclavas, esclavos y, por supuesto, las niñas y los niños (Radl, 2010: 140).

<sup>11</sup> Afirma Federico de Castro (2008: 22): “La palabra ‘persona’ referida al hombre cambia de sentido con la concepción católica de igualdad esencial de los hombres y que lleva a que, desde muy pronto, se le distinga como expresión de la especial dignidad propia de todo hombre, como ser racional y creado a imagen y semejanza de Dios”. Pernoud (1987: 28) subraya que San Pablo dijo: “Ya no hay griego ni judío, ni hombre ni mujer, lo que en adelante cuenta es la persona”.

<sup>12</sup> Uno de los humanistas más importantes del Renacimiento puso en boca de Dios la grandeza del hombre, para que, con base en la libertad y el lugar que ocupa en el mundo, pudiera ser él mismo su propio constructor, en su famoso *De dignitate hominis*, pronunciado en 1486. Versión castellana (Pico della Mirandola, 2004).

<sup>13</sup> También destacan las aportaciones de Lorenzo de Valla, Angelo Poliziano, Pietro Pomponazzi y en el siglo XVII de Giordano Bruno, los cuales apuntan rasgos que sistemáticamente identifican una nueva visión de la dignidad humana. Es Peces-Barba (2002: 21 y ss.) quien hace un recorrido por la evolución de la idea de dignidad en el pensamiento antiguo y medieval.

seres autónomos,<sup>14</sup> es decir, porque son sujetos morales y pueden autodeterminarse moralmente como tales.<sup>15</sup>

La idea de absoluto como incondicionado o inexcusable que acompaña a la dignidad se expresa en la modernidad con Kant; es con el filósofo de Königsberg donde encontramos elementos base de la noción de derechos humanos.<sup>16</sup>

Por consiguiente, se desprende la concepción del presupuesto básico del Estado democrático, opuesto a cualquier fundamento utilitarista, la dignidad humana implica reconocer al otro idéntico valor moral que el que me atribuyo a mí mismo.

La noción de dignidad estuvo presente en el pensamiento antiguo y medieval; pero cierto es que “la reflexión sobre la dignidad humana desde la filosofía del derecho se sitúa como una reflexión plena a partir del tránsito a la Modernidad, y supone la idea del hombre centro del mundo y centrado en el mundo” (Peces-Barba, 2002: 19).

### ***Configuración jurídica de la dignidad de la persona***

Ahora bien, la *juridificación*<sup>17</sup> de la dignidad humana no fue real y efectivamente considerada como una cualidad inherente a todos los seres humanos (incluidos los niños) hasta bien entrado el siglo XX, tal como se analiza en el cuarto apartado del presente capítulo.

---

<sup>14</sup> Ha esta afirmación de Kant denomina González Amuchastegui (2004: 420): *Principio de dignidad e inviolabilidad de la persona*.

<sup>15</sup> A la vista de estas premisas, Karl Larenz (1993: 56 y ss) señala: “Cuando Kant formula el imperativo categórico conforme al cual se demanda que, justamente porque el hombre como persona en sentido técnico tiene una dignidad, se le coloque por encima de todo lo que puede ser utilizado como medio y se le trate como fin en sí mismo, y Hegel el teorema del derecho diciendo que cada uno deber ser tratado por el otro como persona, no hacen otra cosa que traducir al lenguaje de su ética unas consideraciones genuinamente cristianas y las consecuencias que de ellas se derivan para el derecho”.

<sup>16</sup> “Desde este momento histórico, que es también el de las declaraciones de derechos americanos y francesas del último cuarto del siglo XVIII, hasta la actualidad, se interpretará, creo que correctamente, la dignidad humana no solamente como lo más valioso, lo que no tiene precio, lo que exige respeto inmediato, sino también como el derecho a tener derechos” (Fernández, 2001: 13).

<sup>17</sup> Término utilizado en Maurer Béatrice (1999), *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, tal como lo presenta Sudre en el prólogo, “La Documentation Française”, París.

La positivización jurídica de la dignidad se entiende como un deber genérico de respeto a la libertad y los derechos del individuo, ya que al ser un atributo de la persona, adquiere una dimensión social y colectiva, en el sentido de que va acompañada de la necesidad de que las demás personas y el poder político de la comunidad respeten la libertad y derechos del individuo.

La dignidad humana será la clave de bóveda del Estado democrático de derecho y del respeto a los derechos humanos. En este sentido, en la STC 170/1995, en su fundamento jurídico 2, establece: “Por tanto, un sistema que no garantice la dignidad humana (y los derechos derivados de ésta) es un sistema en el que se quiebra la paz social [...] garantía de la convivencia pacífica de las personas”.

Al hilo de estas reflexiones, el reconocimiento de la dignidad es un requisito imprescindible para la legitimidad del orden jurídico, y esté se convierte en una posibilidad a la hora de precisar y establecer su contenido.

Uno de los objetos del presente estudio es la configuración jurídica de la dignidad<sup>18</sup> que permita fundamentar los derechos del niño; por tanto, en la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional Español se deduce que la dignidad de la persona integra libertades y potestades que determinan una esfera de autonomía del individuo frente a todos los demás y también frente al Estado.

De esta forma, se impide implementar decisiones que representen un bienestar para un mayor número de personas a costa de sacrificar intereses individuales de un grupo minoritario.

Por lo cual, en el reconocimiento de la dignidad a los niños, en primer plano, se afirma que todo hombre participa de igual dignidad, “la dignidad no admite ni tolera discriminaciones” (Alegre, 1996: 27), en la STC 107/1984, en su fundamento jurídico 3, señala “los derechos imprescindibles para la dignidad humana” son aquellos “que pertene-

---

<sup>18</sup> La palabra dignidad, con base en el planteamiento de Alan Gewirt (1992: 11-12), admite, por lo menos, dos acepciones: “[la] primer[a] tiene un carácter empírico, contingente y relativo, y se refiere a cualidades tales como el decoro, la compostura, el respeto, la confianza o la autoestima en la que se manifiesta la personalidad del individuo. La dignidad así entendida es un rasgo contingente que puede o no estar presente en los individuos, no constituyendo una característica propia de todos los seres humanos [...] El segundo concepto de dignidad tiene el carácter inherente necesario y absoluto, y refleja la igualdad básica entre todos los seres humanos”. En el mismo sentido, Puelles (1973: 15).

cen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano” (sentencia sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España). Así, la dignidad de la persona, como todos los derechos que integran su contenido, goza de titularidad universal, en su cualidad inherente a todos los seres humanos, como lo afirma la STC 91/2000: “De los derechos humanos son titulares todas las personas que habitan este planeta, y los derechos fundamentales, que son aquellos que proporcionan fundamento y razón de ser a las diversas constituciones”.

En segundo plano, la dignidad de la persona se conserva desde el momento que adquiere el carácter de persona,<sup>19</sup> Recaséns Siches (1975: 244 y 245) afirma: “La persona se define como el ser con dignidad, es decir, con fines propios que debe realizar por su propia decisión”, desde el inicio hasta el fin de su vida.<sup>20</sup>

Ahora bien, en una sociedad en la que los avances científicos permiten la manipulación genética, la postura del Tribunal Constitucional Español respecto al *nasciturus* se establece en la STC 212/1996; en el voto particular del magistrado José Gabaldón López, afirma: “La vida humana se desarrolla de manera continua desde la fecundación y no se puede hacer distinción en el curso de las primeras fases embrionarias de su desenvolvimiento, se señala la urgencia de determinar el grado de su protección jurídica, así como que el embrión y feto humanos deberán ser tratados con el respeto de la dignidad humana, inherente a toda la vida”.

En este contexto, se reconoce la autonomía del niño como sujeto activo en las decisiones presentes en su vida; los padres por mucho tiempo fueron la autoridad inamovible de decisión sobre los que más convenía al pequeño, resultado de la carente capacidad atribuida al menor.<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> Ciertamente esa condición personal es lo que fundamenta y explica la esencia de la dignidad. En palabras de Puelles (1984: 460 y ss.): “Ser persona es un rango, una categoría que no tienen los seres irracionales. Esta presencia o superioridad del ser humano sobre los que carecen de razón es lo que se llama dignidad de la persona humana”.

<sup>20</sup> La persona a la que alude la Constitución es la que cumple los requisitos del Código Civil Federal, que establece en su artículo 22 La capacidad jurídica de las personas físicas se adquiere por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código.

<sup>21</sup> Situación que se reflejó en el ámbito público, cuando se trata de menores que han infringido alguna disposición penal, quedaba a discrecionalidad del juez aplicar la impo-

El niño, como poseedor de una dignidad personal, impide que pueda ser utilizado como instrumento por otros, pues de lo contrario cuando las necesidades del niño no fueran afines a la familia, estará justificado el sacrificio de alguno de sus intereses, por la búsqueda del bienestar de la comunidad en su conjunto.

Por último, la dignidad de la persona supone el reconocimiento de la personalidad<sup>22</sup> jurídica, “la dignidad postula ineludiblemente la personalidad jurídica, la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, la atribución de derechos y deberes que le son inherentes y son inviolables” (González, 2011: 76).<sup>23</sup>

La proyección jurídica de la cualidad de ser persona inherente a todo individuo es la personalidad,<sup>24</sup> por tanto, los derechos de la personalidad<sup>25</sup> son expresión directa de la dignidad, de tal manera que tratándose de los niños, no reconocer ese valor que se traduce en capacidad jurídica, es decir, la aptitud para ser titular de derechos implica un menoscabo directo de los valores establecidos constitucionalmente.

La dignidad de la persona es, pues, “el rango de la persona como tal” (González, 2011: 26). Constituye la cualidad más propia del hom-

---

sición de medidas, con el deber de actuar como un buen padre de familia, lo que significaba que la minoría de edad suponía la exclusión de cualquier tipo de garantía judicial y procesal que era aplicable a los adultos. Fue en Estados Unidos donde se crean los primeros Tribunales Tutelares de Menores en 1899.

<sup>22</sup> Entendemos por personalidad la fundamental indisponibilidad del ser hombre por parte de los demás y, con ello, a la vez, la fundamental disponibilidad del ser hombre para sí mismo (Maihofer, 2008: 13).

<sup>23</sup> Menciona Legaz (1951), entre la persona humana y su noción jurídica existe tanto una relación de deber ser como un vínculo ontológico, quiere decirse que la persona humana debe ser también persona en sentido jurídico y que la persona en sentido jurídico es una entidad, un modo de ser en la persona humana.

<sup>24</sup> La personalidad es una característica inherente al hombre que en modo alguno es creada por el derecho. Por ello, la personalidad como valor se traduce en el ámbito jurídico en la capacidad jurídica, es decir, la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones de tal manera que se considera aquí a la persona como sujeto de derechos (De Lama, 2006: 21-47).

<sup>25</sup> “El honor, la intimidad y la propia imagen han sido considerados por la teoría jurídica tradicional como manifestaciones de los derechos de la personalidad, y en el sistema actual de los derechos fundamentales como expresiones del valor de la dignidad humana” (Pérez, 2003: 317).

bre, implícita a su mismo ser, que independientemente de su conducta o comportamiento será persona con la dignidad que ello conlleva.<sup>26</sup>

Una correcta elucidación del significado de la dignidad dentro del sistema jurídico, político y social mexicano, refleja la necesaria conexión conceptual existente con los derechos humanos, o dicho con otras palabras, evidenciará que la mejor manera de respetar la dignidad humana es garantizar a todos los individuos sus derechos humanos (González, 2004: 418).

Reconocer al niño poseedor de una dignidad constituye el último eslabón en la lucha constante de la igual dignidad a cada ser humano, independientemente de su edad, sexo, orientación sexual, capacidad física o psíquica, por mencionar algunas.

La fundamentación de los derechos de los niños supone una dificultad, desde el punto de vista del derecho, que se justifica en la mayoría de los casos en la falta de capacidad legal para ejercerlos. Sin embargo, los niños tienen atribuida la titularidad de la dignidad y de todos los derechos que les son inherentes.

## **El niño como sujeto de derecho *versus* objeto de protección y asistencia social**

Esbozado en amplitud el principio de dignidad de la persona, se afirma que el niño es sujeto activo, participe de la naturaleza humana, poseedor de una dignidad intrínseca.

Resulta significativo analizar el estatus del niño en el Estado mexicano, puesto que, con base en el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), indica que en el país residen 32.5 millones de personas de 0 a 14 años de edad, lo que representa 29% de la población

---

<sup>26</sup> Por ello, resulta inaudito aceptar la pena de muerte con los argumentos que en su momento hizo santo Tomás: “El hombre al delinquir se aparta del orden de la razón, y por tanto, decae de la dignidad humana, a saber, en cuanto el hombre es naturalmente libre y dueño de sí mismo, y se rebaja en cierto modo a la condición de bestias”, tratándose de una demasia y que el mismo corrige con posterioridad (santo Tomás, citado en García, 1979: 99). Así, “cualquiera que fuese su conducta conserva su dignidad. Como la conserva aunque se suma en el vicio, cometa los actos más indecorosos o delinca, fuera internado en un establecimiento penitenciario o psiquiátrico, esté o no en la plenitud de sus facultades mentales” (González, 2011: 125).

total, y en cada uno de ellos se identifican necesidades particulares dependiendo su etapa de desarrollo.

Ahora bien, en el reconocimiento de los derechos del niño, la primer dificultad consiste en el estudio teórico de las vertientes que prevalecen al momento de fundamentar sus derechos; por consecuencia, se vislumbra a la infancia únicamente desde su fragilidad, tan es así que la atención pública en nuestro país se ha delegado a sus órganos de asistencia y desarrollo social.<sup>27</sup>

Anteriormente, los niños eran considerados como objetos y no como sujetos de derecho, resultado de la falta de atención al ámbito normativo, de las diversas posturas en las sociedades antiguas, tales como la griega y la romana, que no reconocían a la infancia derecho alguno, los menores eran contemplados desde una perspectiva de sometimiento a sus mayores.<sup>28</sup>

La sabiduría pagana veía en la niñez una condición inferior, una impersonalidad y desvaloración social. El niño, a los ojos del legislador primitivo, no tenía, ni podía tener, ningún derecho, porque, como todo ser débil, no era más que una cosa del que poseía fuerza (Rico, 1980: 23).

Es el método racionalista, que a través de la codificación establece aspectos referentes al desarrollo personal del niño, principalmente lo concerniente a su educación; de manera simple se divide en: mayor edad y menor edad.

El cristianismo introduce una nueva visión de la infancia, vía una estrecha relación con la familia, como institución protectora del niño (Rico, 1980: 28-29), su transformación como poseedor de una personalidad cambia la naturaleza de las instituciones jurídicas, donde la

---

<sup>27</sup> “Se trata de un proceso, discutido en muchos aspectos, sobre la consideración de los niños y niñas que pasan de objeto de protección a sujeto de derechos. Esta relevancia debemos considerarla como un cambio de paradigma, dentro de la historia de las mentalidades, tanto del concepto de infancia y de sus representaciones sociales, como desde el punto de vista de las prácticas sociales y las obligaciones gubernamentales, no solamente del campo de protección a la infancia, sino también al derecho” (Dávila *et al.*, 2011: 30).

<sup>28</sup> En el derecho romano se distinguía entre la infancia que se alcanzaba a los siete años, la pubertad que llegaba a los 12 en la mujer y 14 en el hombre y que provocaba la salida del régimen de tutela para pasar a la curatela que duraba hasta los 25 años, por tanto, la condición de *alieni iuris* no se perdía hasta que el *pater familias* fallecía o éste emancipaba al hijo, por ende, la dependencia paterna podía durar prácticamente toda la vida (De Castro, 2008: 48-51).



manifestación más clara de la minoría de edad como estatus del individuo, era la patria potestad o la tutela, que se concebía como un auténtico poder jurídico sobre una persona con dignidad inferior (Aláez, 2003), se trataba de instituciones sirvientes a la necesidad de protección del niño.<sup>29</sup>

Durante varios siglos, y bajo la diversidad de los contextos sociales, la transformación del niño es irrefutable, el niño es distinto al adulto en formas mucho más trascendentales que tamaño y apariencia, sin embargo, el reconocimiento a sus derechos se marca por un espíritu paternalista, que se admite como un mecanismo para ampliar el poder del Estado, tanto en los niños como en los cuidadores, situación que se refleja al momento equipararlos al término de propiedad.<sup>30</sup>

Todo ello sin pasar desapercibidas las discusiones filosóficas encaminadas a demoler la creencia del valor a sus derechos; por un lado la teoría comunitarista y a contraposición la teoría voluntarista.

La objeción comunitarista sostiene como peligro reconocer derechos a los niños, tal es el caso de O'Neill,<sup>31</sup> quien pone énfasis en las obligaciones de los padres y autoridades adultas y al niño bajo una situación de dependencia.

Asimismo, reconoce al niño como destinatario de las políticas públicas a partir de su carácter como miembro de una familia y defiende la existencia de derechos en su conjunto; como en el pasado, los niños

---

<sup>29</sup> A contraposición, el día de hoy “la autoridad paterna no es concebida como un poder eminente sobre el hijo, sino más bien como un conjunto de competencias conferidas a su titular en el ejercicio de tal función y en interés del hijo” (Rivero, 1996: 151)

<sup>30</sup> Situación latente en los juicios de guarda y custodia, donde el derecho paterno estaba por encima de la consideración del bienestar del niño. “El movimiento temprano de los derechos del niño –habla del lenguaje de los derechos pero se refiere exclusivamente al bienestar– puede verse como un mecanismo para ampliar el poder del Estado tanto sobre los niños como sus cuidadores” (Freeman, 2006: 242).

<sup>31</sup> Uno de los críticos más agudos al reconocimiento de los derechos del niño argumenta que la solución a la negación del derecho a la libertad de expresión, pensamiento, conciencia y religión, asociación y reunión pacífica, es que el niño crezca. Así, aduce que “tomar los derechos como lo fundamental en el debate ético sobre los niños no supone ninguna ventaja teórica ni política”. Preocuparse por la vida de los niños es más bien identificar que obligaciones hacia los niños tienen padres, maestros y comunidad en sentido amplio. “Podemos quizá avanzar más en asegurar la base ética de los derechos positivos de los niños si no intentamos basarlos en declaraciones sobre los derechos fundamentales”. Y, añade, “en el caso de los niños, tomar los derechos como lo fundamental tiene más costos políticos que ventajas” (O'Neill, 1995).

parecen ser un poco más que objetos de interés (modelo de infancia que es el deficitario convencional).<sup>32</sup>

Dentro de este modelo se contempla a menudo al niño como objeto de preocupación, más que como sujeto participante; el énfasis recae sobre el bienestar y no en la ciudadanía,<sup>33</sup> se subestima el papel que una agenda de derechos puede forjar y pasa por alto la asimetría de las relaciones donde los derechos, y por tanto el poder, están sólo de una parte.

En relación con la objeción voluntarista, se excluye como titulares a todos los seres humanos sin autonomía plena con base en el derechos subjetivo, es indispensable que la persona tenga autonomía absoluta y capacidad física, psicológica y jurídica para decidir entre exigir o renunciar al cumplimiento de una obligación correlativa.

Desde una perspectiva jurídica, se establece que “la mayor edad era equivalente a plena capacidad jurídica y de obrar; la menor edad era, con alguna excepción puntual para algún acto jurídico determinado, una incapacidad general de obrar” (Hierro, 2007: 21).

Esta dicotomía entre capacidad jurídica y capacidad de obrar<sup>34</sup> encamina discusiones, por un lado, tendientes a reafirmar la teoría de la incapacidad absoluta del niño y, en otro extremo, a una constante elaboración doctrinal sobre la capacidad de obrar en función de su desarrollo.

Por consiguiente, en la minoría de edad existen dos intuiciones profundamente arraigadas: por un lado, la tendencia hacia la protec-

---

<sup>32</sup> “Muy frecuentemente, por no decir en la generalidad de las situaciones, el derecho considera al menor más como objeto de la iniciativa legal que como un ciudadano con intereses propios, y hasta en las situaciones más límites, siempre víctima de una sociedad que ni siquiera ha tenido oportunidad de definir” (Juániz, 2001: 59).

<sup>33</sup> Apartando el término de ciudadanía a su concepto jurídico y predominantemente formal que entraña una cualidad de nacional, para acoger una noción sustantiva y universalista que supone y representa ante todo el pleno reconocimiento de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales a las personas que se integran en una comunidad organizada. Bajo esta concepción, ser ciudadano no significa simplemente tener reconocidos una serie de derechos, toda vez que implica primordialmente estar presente, esto es, ser protagonista en el acontecer de los procesos sociales y políticos de la comunidad. Véase Vázquez- Pastor (2009: 29-38).

<sup>34</sup> Para un estudio a profundidad sobre la capacidad de obrar del menor, véase García Garnica (2004: 65-94).

ción de los pequeños bajo el estandarte de la *vulnerabilidad*<sup>35</sup> como sinónimo de inferioridad, y por otra, la idea de incapacidad<sup>36</sup> (González, 2012: 360).

A lo expuesto, considerar a los niños como grupo vulnerable<sup>37</sup> en toda la extensión de la palabra implica que puedan ser tratados como un objeto por parte del Estado<sup>38</sup> y destinatarios de medidas asistencia- listas.<sup>39</sup> Será precisamente ese riesgo latente de un hecho de violación a su dignidad, lo que pone énfasis en su regulación jurídica.

Aunque bien, durante la infancia existen condiciones en algunos miembros que los coloca bajo una verdadera vulnerabilidad, a quienes, por su condición de miseria, desastre, guerra, malos tratos, delin- cuencia, narcoexplotación, entre otras, coinciden que en su vida so- cial y personal sufren un constante menoscabo a su dignidad; bien

---

<sup>35</sup> Conceptualmente se considera como personas potencialmente vulnerables a todos los seres humanos que por sus características biológicas, físicas, motrices, sensoriales, económicas y sociales son susceptibles de encontrarse en una situación de desventaja respecto al resto de la población, debido a las dificultades y barreras con las cuales se enfrenta en los ámbitos familiar, laboral, de la seguridad social, sociológico, político, psicológi- co, filosófico y jurídico de la vida cotidiana (García y González, 2009: 40). Entendido que el factor de vulnerabilidad del niño es su edad, ya que las características de desarrollo y madurez tanto físicos como emocionales los coloca en una situación vulnerable frente a los adultos, y más frente al aparato estatal (Franco *et al.*, 2011: 25).

<sup>36</sup> “La concreta configuración jurídico-civil de la minoría de edad como un estatus del individuo, caracterizado por su falta de capacidad de obrar o por la limitación de ésta por la debilidad e imperfección personal de quien se halla bajo la misma, encuentra correlación en la ausencia de su consideración constitucional” (Aláez, 2003: 34).

<sup>37</sup> Grupos vulnerables, aquellas personas que por su particular situación, por ejemplo, su edad, género, color, raza, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier tipo, origen nacional, posición económica o condición social se encuentran en situación de riesgo que genera mayor posibilidad de que se violen sus derechos humanos (Franco *et al.*, 2011: 25).

<sup>38</sup> García (2001) define esta posición del Estado bajo el nombre de la doctrina del niño en situación irregular, en la que se desconoce al niño como sujeto titular de derechos. En el mejor de los casos, hace un reconocimiento de los derechos de la protección del niño, pero siempre asumiéndolo como objeto circunscrito a la vivencia dentro de la familia; el Estado únicamente se ve obligado ante niños que no cuentan con el cuidado familiar o que por algún motivo éste es insuficiente.

<sup>39</sup> El Estado mexicano tradicionalmente ha delegado la atención pública de la infancia a sus órganos de asistencia o de desarrollo social. En este sentido, coloca al niño en el su- puesto de una población que requiere de intervenciones de corte social para su atención y no dentro del grupo de población que, al ser estructuralmente distinta, exige acciones di- ferenciadas por parte de las instituciones ordinarias del Estado (Franco *et al.*, 2011: 63).

llamados *los niños del dolor*;<sup>40</sup> es ahí donde el Estado tiene una obligación especial y reforzada de respeto y garantía a sus derechos, las personas que son parte de este grupo deben desempeñar una función activa y de asociación, sin ser considerados meros objetos de socialización o control.

Bajo esta línea, es necesario reconocer la titularidad de los derechos fundamentales del niño, que al mismo tiempo exige un ejercicio gradual de los mismos, ya que negar su ejercicio equivale a negar la existencia misma del derecho y convierte la tutela de la personalidad en una falacia.

De forma sucinta, la autonomía está presente a la hora de fundamentar los derechos de los niños; es necesario comprender la importancia de su decisión dependiendo la etapa en la que se encuentren, ello permitirá establecer su sistema de valores y la forma de encajar con sus objetivos.<sup>41</sup>

Tradicionalmente el niño estaba fuera de este ámbito; en un principio sólo se reconocía la autonomía como capacidad y como derecho al varón, su familia se concebía como propiedad, derivado de la limitación del Estado para intervenir en la vida de los individuos; por mucho tiempo estuvo latente una concepción restringida de los derechos subjetivos del niño, consecuencia del protagonismo androgénico de las primeras declaraciones de derechos,<sup>42</sup> transformación que tuvo una evolución a la par que los derechos de la mujer.

Es preciso constatar que la falta de autonomía en los niños se refleja en los numerosos obstáculos, tanto de índole jurídica, refiriéndose a la capacidad jurídica o representación, así como económica, social y cultural, situación que le dificulta una intervención directa en los procedimientos que le conciernen.

---

<sup>40</sup> “Son niños sin futuro y casi sin presente. Son hijos de la miseria, del hambre y del abandono, y a la vez buen pasto para la enfermedad y para la explotación laboral y sexual” (Juániz, 2001: 61)

<sup>41</sup> “Es necesario prescindir de cualquier actitud proteccionista y paternalista para asumir la defensa del niño o del menor desde la óptica de sus propios intereses o derechos, a menudo enfrentándonos con los de los mayores” (Juániz, 2001: 60).

<sup>42</sup> En la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, como en la Declaración de Virginia de 1176, la titularidad de los derechos se restringe a aquéllos capaces de ejercer la autonomía, que se limitaba a los varones, adultos, blancos y propietarios, excluidos aquellos que eran dependientes, entre los que se encontraban: las mujeres y los niños.

Prueba de ello es el acceso restringido de los niños a la justicia internacional que se refleja en el número reducido de demandas introducidas en los tribunales y que generalmente son presentadas por los padres o representantes legales.<sup>43</sup>

La transformación cultural provocó un cambio en la situación jurídica de los niños y adolescentes que determinó el reconocimiento pleno de la titularidad de sus derechos y una capacidad progresiva para ejercerlos de forma que las limitaciones que pudieran surgir deben interpretarse de forma restrictiva (Durán, 2004).

El reconocimiento de la autonomía del niño tiene aparejada la aceptación de un derecho humano incuestionable: la participación; respetar la autonomía de un niño es tratarle como una persona y como un portador de derechos;<sup>44</sup> no es la simple delegación de toma de decisiones al niño, implica un trabajo gradual, capacitarle para tomar las decisiones en condiciones controladas, con el objeto conjunto de ampliar sus capacidades para madurar elecciones bien fundadas.

Por consiguiente, permitir al niño actuar autónomamente implica que en algunos aspectos los tratemos como si ya fuesen autónomos. El problema será cómo garantizar esta protección sin violar la autonomía, dignidad e igualdad de los niños (González, 2012: 70).

Esta perspectiva permite la consideración autónoma del niño en el ámbito jurídico que se reflejó progresivamente en cada uno de los instrumentos que conforman el *corpus iuris*<sup>45</sup> de los derechos del niño, cuyo análisis se realiza en los dos apartados siguientes.

---

<sup>43</sup> En el Tribunal Europeo de Derechos Humanos existen casos representativos de las dificultades que enfrenta un niño al solicitar el acceso a un tribunal. Así, *Jakupovic c. Austria*, sentencia de 6 de enero de 2003. *Yildiz c. Austria*, sentencia de 31 de octubre de 2002.

<sup>44</sup> Al respecto, Freeman (2006) sitúa los derechos del niño en el interior de la autodeterminación dinámica. Cuyo objetivo es “llevar a un niño al umbral de la edad adulta con las máximas oportunidades de formular y perseguir objetivos vitales que reflejen lo más ajustadamente posible una elección autónoma”. Esta dinámica “porque comprende que la trayectoria óptima para un niño puede no estar siempre proyectada en el momento de la decisión y puede necesitar revisarse mientras el niño crece”, implica “autodeterminación porque el mismo niño es un ámbito propenso a influir en los resultados. Escribe influencia, no determina el resultado.

<sup>45</sup> La COIDH, mediante el uso de su función consultiva OC-16/1999, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, *supra nota 1, párrafo 115*, estableció que “el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y

## Derechos humanos de los niños en el sistema jurídico internacional

Dentro de los elementos comunes, tanto en los derechos humanos como en los derechos de los niños reflejan, a saber: la protección internacional desde un concepto universal de la humanidad concibe a la persona humana del modo más amplio posible (Picado, 1996: 67).

Flores (2013: 29) manifiesta que el interés internacional por tutelar los derechos humanos derivó de los horrores cometidos en la Segunda Guerra Mundial. La doctrina destaca dos consecuencias jurídicas para la tutela de estos derechos: primero, convertir las fuentes internacionales como limitadoras de las protestas de los Estados<sup>46</sup> y, segundo, la construcción de un bloque internacional para la protección de los derechos humanos.

Situación que propicia la proclamación de multiplicidad de instrumentos internacionales referentes a la protección y promoción de los derechos del niño, que reconocen la importancia de salvaguardar a la dignidad de la persona en todas sus facetas y la necesidad de otorgar protección social y jurídica a este sector, el reconocimiento de los derechos del niño estuvo paralelamente relacionado con los derechos de las personas en lo general.<sup>47</sup>

Es así que la Declaración Universal de Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948, establece en su preámbulo: “Los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado [...] su fe en los derechos funda-

---

declaraciones)”. Reafirmado en su sentencia en el caso de los Niños de la Calle, manifestó: “Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus iuris* internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana”. COIDH, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, Fondo, Sentencia de 9 de noviembre de 1999. Serie C No. 110, párrafo 194.

<sup>46</sup> “La reacción de la barbarie que supuso la Segunda Guerra Mundial explica en gran medida este fenómeno que, por cierto, da lugar a una nueva paradoja: es la fuente internacional la que actúa como condicionante de la suprema *potestas* de los Estados” (Saiz, 1999: 36).

<sup>47</sup> “Los derechos humanos, al igual que los derechos del niño, son tanto en su carácter doctrinal o teórico como en su versión técnico jurídica o en sus enunciados políticos, el producto de la tesonera lucha de la humanidad por establecer nuevos paradigmas de justicia, utopías defendidas racional y emocionalmente en favor de la persona humana” (Picado, 1996: 69).

mentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres”; A la luz de este argumento, en su artículo 2 afirma: “Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.<sup>48</sup>

Precepto que proclama la universalidad de los derechos humanos para *toda persona*,<sup>49</sup> independientemente de su condición, actúa como límite para el disfrute de los derechos fundamentales.

En segundo término, la primera Declaración de los Derechos del Niño, aprobada el 23 de febrero de 1923, también llamada Declaración de Ginebra,<sup>50</sup> adoptada el 27 de octubre de 1924 por la Liga de las Naciones Unidas, deja ver de manera clara que la prioridad es el *niño*, reconoce por primera vez que la humanidad debe dar al niño lo mejor de sí misma, encima de toda consideración de raza, nacionalidad o creencia.<sup>51</sup>

Por su parte, la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de la ONU el 20 de noviembre 1959, Resolu-

---

<sup>48</sup> En su artículo 25 establece que la infancia y la maternidad tienen derecho a cuidados y asistencia especiales, y que todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de él, tienen derechos a igual protección social.

<sup>49</sup> El preámbulo de la Declaración parte de la consideración de que el respeto de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y a los derechos iguales e inalienables de cada uno constituye el fundamento de la libertad, de la justicia y de la paz del mundo. En otras palabras, que los derechos humanos fundamentales tienen su raíz en la dignidad y el valor del ser humano y que su efectividad y garantía constituye una conexión con la justicia, la libertad y la paz, y por tanto, con las grandes aspiraciones universales que representan las Naciones Unidas (Mataró, 2009: 21-22).

<sup>50</sup> Esta Declaración fue producto del trabajo firme de Englantyne Jebb (1876- 1928), quien en 1919 fundó la primera asociación inglesa Save the Children Fund (Fondo de Ayuda a la Infancia, SCF). Cuyo principal objetivo era expresar las necesidades y derechos de todos los niños del mundo, especialmente los niños y niñas víctimas de la Segunda Guerra Mundial y de la Revolución rusa, por encima de cualquier consideración de raza, credo o nacionalidad. Para profundizar en la vida, obra y pensamiento de Englantyne Jebbs, Veerman (1992).

<sup>51</sup> Deberes que radican esencialmente en que el niño deberá desarrollarse en condiciones aceptables para su desarrollo material y espiritual, pero bien de manera limitativa. En este sentido, señala Álvarez (1994: 23), este documento lo que hace es “limitarse a señalar unas pautas de actuación de la sociedad respecto al niño”.

ción 1386 (XIV), escrita a modo de decálogo, establece normas con el fin de mejorar la condición de los niños en todo el mundo.

Resalta como la primer declaración de derechos de la ONU, dirigida a un colectivo determinado de personas: *los niños*, con lo que da pauta a establecer documentos posteriores encaminados a la protección de grupos históricamente marginados, destaca la inclusión del “Interés superior del niño”, como concepto jurídico indeterminado,<sup>52</sup> guía del desarrollo físico, mental, espiritual y social del niño.

Dentro del marco de protección internacional destacan: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966; la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 1984; la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW) 1979; instrumentos en los que no aparece de manera explícita la protección a los derechos del niño, pero son pauta para integrarlos posteriormente al amplio catálogo de sus derechos humanos.

Por último, es la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989, el primer tratado de derechos humanos de dimensión universal,<sup>53</sup> de modo que se convierte en el marco jurídico básico de respeto y protección a los niños.

Bien calificada como la *Magna Carta* de los derechos de la infancia,<sup>54</sup> confirma que el niño es titular de derechos subjetivos reco-

---

<sup>52</sup> “El interés superior del niño es un concepto jurídico abstracto e indeterminado cuya concreción no es fácil y será necesario un proceso de individualización en la aplicación del mismo en un supuesto concreto” (Camps, 2007: 38). En el mismo sentido, Fernández (1994: 42)

<sup>53</sup> Es el tratado internacional que hoy día es el más ratificado en el mundo (toda la comunidad lo ha aceptado, a excepción de Somalia y Estados Unidos), lo que supone el reconocimiento de su aplicación en todo el mundo a la hora de proteger y asegurar todos los derechos de cualquier niño. Tras cinco años de su adopción, ya había sido ratificada por 90% de países de todo el mundo, lo que representa una celeridad sin precedentes en la comunidad internacional. En este sentido, Fernández (2007: 137), la CDN “se ha convertido en el texto sobre derechos humanos más refrendado de la historia”. Para un estudio ha profundado sobre historia de la Convención (Paja, 1998: 59 y ss).

<sup>54</sup> Término que se hiciera presente en el Simposio Internacional celebrado en Salamanca del 1 al 4 de mayo de 1996, con motivo del cincuentenario de la creación de la UNICEF (Ruiz, 1996: 85). En el mismo sentido, la califica la profesora Pérez Varela (1993: 113).



nocidos por el ordenamiento jurídico internacional, titularidad que se encuentra tanto en los derechos civiles y políticos, como en los derechos económicos, sociales y culturales.

Es la manifestación más amplia de la dimensión humana de la vida infantil,<sup>55</sup> que “supone un reconocimiento de la dignidad del niño como ser humano en mutación que por su fragilidad y vulnerabilidad exige una protección especial” (Camps, 2007: 19).

“La Convención marca el inicio de una nueva filosofía en relación con el niño: no ofrece únicamente el catálogo de derechos tradicionales de protección, sino que también reconoce derechos nuevos de participación y opinión” (Llaquet, 2001: 26); en los 54 artículos que plasma la Convención, se encuentra una serie de valores éticos sustanciales y se aprecia un conjunto de principios normativos básicos.<sup>56</sup>

Ruiz (1996: 86 -88), sintéticamente, señala los valores consagrados: *a)* el valor a la vida en sí misma, como realidad radical; *b)* conjuntamente con el valor de la vida en sí misma, está el valor de la dignidad,<sup>57</sup> plasmado en el Preámbulo; *c)* el valor de una vida digna; *d)* el valor de la igualdad y no discriminación; *e)* los valores de la salud, el nivel de vida, la educación, el esparcimiento y la cultura; *f)* el valor de la seguridad, y *g)* subyacen a esos valores sustanciales los de justicia y solidaridad que nutren y hacen viable su operatividad jurídico-positiva.

La CDN se fundamenta en cinco principios necesarios para su interpretación, aplicación y garantía de efectividad: *a)* *principio de protección universal*, artículo 2; *b)* *principio de primacía o prevalencia del interés superior del niño*, directriz básica en toda la legislación referente a los niños tanto a nivel internacional, de derecho comparado, constitucional y nacional, artículo 3; *c)* el *principio de subsidiariedad* arts. 3, 4, 5, 9, 18, 20 y 39, y *d)* *principios procesales de vigilancia*,

---

<sup>55</sup> En palabras de Adam Lopatka (1992: 49): “Each child is an individual person whose personality and identity should enjoy universal recognition and respect”.

<sup>56</sup> Al respecto, se precisa que salvo excepciones, no reconoce directamente derechos y libertades al niño, sino que son los Estados los que se comprometen a reconocerlos (Fernández, 1994: 41).

<sup>57</sup> “Ese valor de la dignidad de la vida de cualquier ser humano, y, por consiguiente, también de la vida de cada niño o niña, late en el fondo de todos los derechos fundamentales que la Convención les reconoce” (Ruiz, 1996: 87).

*evaluación y exigencia de responsabilidades y sanciones* contra los Estados, por acción o por omisión artículos 42 a 45.

La estructura de la CDN guarda similitud con los pactos internacionales de derechos humanos, pues, además de contener un catálogo de derechos y libertades, instituye un mecanismo de control: el Sistema de Informes Periódicos, artículo 44.

La Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó, el 25 de mayo de 2000, dos protocolos facultativos de la CDN: el Protocolo Facultativo relativo a la participación de niños en conflictos armados y el Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía; en últimas fechas destaca el Protocolo Facultativo relativo a un proceso de comunicaciones, adoptado por la Asamblea General de la ONU, en diciembre de 2011.

En este orden de ideas, sin duda la CDN es el documento más importante de DIDH referente a los niños, es a partir de ella que la elaboración de la normativa universal de los niños, lo considera como poseedor de una dignidad intrínseca, a la que es necesario salvaguardar mediante el respeto de sus derechos y de la consecución de su bienestar.

Aunado a los ordenamientos jurídicos vinculantes ya mencionados, en el nivel de las Naciones Unidas aún encontramos un amplio catálogo de instrumentos encargados de regular y proteger los derechos del niño, tanto de índole formal,<sup>58</sup> como eminentemente declarativo.<sup>59</sup>

En adición, los instrumentos nacionales, los grandes aportes en el sistema regional: en el continente europeo<sup>60</sup> constituido el Consejo de

---

<sup>58</sup> Por mencionar algunas: Convención sobre la Obtención de Alimentos en el Extranjero, de 1956; Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, de 1980, y Convenio de La Haya relativo a la Protección de Menores y la Cooperación en materia de Adopciones Internacionales, de 1993.

<sup>59</sup> A nivel declarativo, los países han acordado la Declaración sobre la Protección de la Mujer y el Niño en estados de Emergencia o de Conflicto Armado aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en 1974; la Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños en particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional, aprobada en 1986, así como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), aprobadas en 1985.

<sup>60</sup> Derivado de la petición que efectúa el Parlamento europeo a los Estados miembros de la Comunidad Europea para ratificar sin reservas el Convenio de las Naciones Unidas

Europa elaboró el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales (CEDH), en el continente africano la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, también conocida como la Carta de Banjul.<sup>61</sup>

La experiencia práctica del Sistema Interamericano ha constituido un importante foro en la defensa y promoción de los derechos de la niñez, que se desarrolla en el marco de la Organización de los Estados Americanos (OEA).

Así, destacan en el Sistema Interamericano la Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre;<sup>62</sup> la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Protocolo de San Salvador,<sup>63</sup> Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la mujer de 1994 (Convención de Belém do Pará),<sup>64</sup> Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en materia de Adopción de Menores de 1984; Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias de 1989; Convención Interamericana sobre Restitución

---

sobre los Derechos de los Niños, surge la Carta Europea de los Derechos del Niño, de 8 de julio de 1992 (Fernández, 2007: 141).

<sup>61</sup> Creada en 1963, su adopción se demoró hasta 1981. Entró en vigor en 1986 y en la actualidad vincula a los 53 Estados miembros de la Unión Africana y el 11 de julio 1990 se aprobó la Carta Africana sobre los Derechos y Bienestar del Niño.

<sup>62</sup> Adoptada en la 9a. Conferencia Interamericana, celebrada en Bogotá, Colombia, 1948, conjuntamente con la constitución de la Organización de Estados Americanos (OEA). En su artículo VII establece: “Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección cuidados y ayuda especiales”.

<sup>63</sup> Suscrito en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en el 18o. periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA y entrada en vigor el 16 de noviembre de 1999. Establece en su artículo 16: “Todo niño, sea cual fuere su filiación, tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo”. En su artículo 15, bajo el título “Protección de la familia”, la obligación de los Estados es brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial en el inciso c: “Adoptar medidas especiales de protección de los adolescentes a fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral”.

<sup>64</sup> Adoptada en Belém do Pará, el 9 de junio de 1994, en el 24o. periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA y entrada en vigor el 5 de marzo de 1995. Establece en su artículo 9o. los Estados tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, por ser menor de edad o estar en una situación socioeconómica desfavorable.

Internacional de Menores de 1989; Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores 1994.

Dentro del sistema regional existen organismos que cumplen funciones relacionadas con los derechos humanos, pero es la Convención y la Corte quienes tienen como función principal y exclusiva el trabajo de protección y defensa de los mismos.

En algunos pronunciamientos la Corte Interamericana interpretó tanto a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño,<sup>65</sup> como de otros instrumentos que no son contractuales, pero que bien utiliza para determinar el contenido de algunos artículos y así establecer una serie de pautas que deben cumplir los Estados frente a los derechos de los niños.

En el año 2000 la Declaración del Milenio y los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) hacen referencia a reducir la mortalidad en los niños menores de cinco años, con la finalidad de trabajar conjuntamente en la construcción de un mundo mejor antes del año 2015.

Dentro del marco legal de los derechos humanos de los niños, es importante citar los códigos de la niñez en América Latina,<sup>66</sup> cuya principal preocupación es legislar el tema de protección a la infancia, desvalida, abandonada o con problemas de ley.

La finalidad de los códigos de la niñez es involucrar al Estado en sus obligaciones y en la garantía de los derechos fundamentales, adecuándolos a los tratados internacionales, tanto del sistema internacional como interamericano,<sup>67</sup> encaminando las políticas de protección

---

<sup>65</sup> Desde la perspectiva general de los derechos humanos, ha dado lugar a medidas específicas concretas en favor de los derechos del niño. Por citar un ejemplo, la Corte Interamericana, en su sentencia del *Caso Aloeboetoe contra Suriname*, del 10 de diciembre de 1993, por primera vez en el sistema regional condenó a un país a medidas concretas a favor de la infancia. En este caso fue construir un Centro de Salud y una escuela para brindar servicios a una comunidad que carecía de ellos.

<sup>66</sup> La mayoría de estos códigos tuvieron auge después de la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño, pero existen algunos establecidos en fechas anteriores a la Declaración de Ginebra de 1924; tal es el caso de Argentina, que tuvo la primera propuesta de este tipo de legislación en América Latina (Romero, 2007: 615-632).

<sup>67</sup> Es así que en América Latina, los Estados que tienen aprobado un código para la niñez son: Cuba (1978), Chile (1979), Brasil (1990), Panamá (1995), Honduras (1996), Nicaragua (1998), Costa Rica (1998), Bolivia (1999), México (2000), Perú (2000), Venezuela (2000), Paraguay (2001), Guatemala (2003), República Dominicana (2003), Ecuador (2003), Uruguay (2004), Argentina (2005), Colombia (2006), El Salvador (2009). Se observa que la mayoría se dictaron a partir de 1999, o en fechas muy cercanas, cuando el Sis-

a la infancia en tres ámbitos importantes: los problemas sociales de los niños, el problema de la justicia y su regulación en el ordenamiento jurídico, así como el estado sanitario y la alimentación de la niñez y la juventud.

Comprender el marco internacional de los derechos humanos del niño es fundamental y en la actualidad existe un engranaje constitucional y jurídico en el ámbito internacional preparado para desarrollar, reconocer, garantizar y proteger los derechos de los niños, con base en su reconocimiento como titulares de derechos, sin embargo, a pesar de todo ello, la situación de millones de niños en muchas partes del mundo aún es dramática, por ende es necesario detectar, analizar y luchar para mejorar sustancialmente la condición de los niños más desfavorecidos.

## **Derechos fundamentales de los niños en el sistema jurídico nacional**

El estudio específico de las normas de derechos fundamentales plasmadas en la Constitución no significa que los derechos humanos se agoten en el texto jurídico.<sup>68</sup>

La Constitución mexicana ofrece una diversidad semántica en relación con los derechos fundamentales, entre los que destacan: derechos humanos, derechos individuales, derechos de los ciudadanos, derechos políticos, derechos constitucionales, entre otros.

La posición jurídica del niño respecto a la titularidad y ejercicio de sus derechos reconocidos constitucionalmente, con base en la dignidad de la persona, se encuentra plasmada en el artículo 1o., párrafo quinto, de la Constitución mexicana, que a la letra dice: “Queda 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”.

---

tema Interamericano adquirió cierto prestigio y se mostró como referencia para los países de la región (Dávila, 2011: 149-162).

<sup>68</sup> Sin embargo, “el reconocimiento constitucional de la dignidad supone un límite en el ejercicio de los derechos propios y un deber genérico de los derechos propios y ajenos” (Alegre, 1996: 14).

fue 84 años después de su promulgación, cuando se contempla de manera explícita el principio de la dignidad.

Este precepto da apertura al primer título de la Constitución, denominado “De los derechos humanos y sus garantías”; suponen el reconocimiento de un estatus especial a la persona, que la sitúa por encima de los demás seres en virtud de que nadie puede ser discriminado por circunstancias inherentes a su persona.

Aun la jurisprudencia mexicana, la Suprema Corte de Justicia y Tribunales Colegiados de Circuito han otorgado poca atención para establecer el alcance y reconocimiento de la dignidad humana, mediante su configuración jurídica como fundamento de sus derechos.

Cierto es que se pueden encontrar pronunciamientos que invocan expresamente el respeto a la dignidad humana y más aún como referente el párrafo tercero del artículo 1o. constitucional, pero la parte fundamental de la resolución se apoya en un derecho diverso, sea en el derecho a la no discriminación, el derecho al mínimo vital, derecho a la igualdad, en la garantía de audiencia o en algún otro.

Es el artículo 4o. que, en la reforma hecha en 2011, prescribe: “En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del Interés Superior de la Niñez, garantizando de manera plena sus derechos, los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral”. Este precepto constitucional es clave configurador del referido sistema de respeto a los derechos del niño, perfila la función protectora del Estado frente a los mismos; reforma acompañada de la adición al artículo 73, fracción XXIX-P, que representa una oportunidad para crear una estructura de coordinación y supervisión de las acciones dirigidas a la niñez.

El 21 de septiembre de 1990 México ratificó la CDN y se obliga a asegurar su cumplimiento para todos los menores de 18 años; promover la creación de las condiciones jurídicas, institucionales, sociales y económicas, para garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos que le son reconocidos.<sup>69</sup>

---

<sup>69</sup> Situación que se hace presente posterior al Primer Informe del Gobierno mexicano sobre la aplicación de la Convención de los Derechos del Niño, dentro del cual el Comité de la ONU de los Derechos de la Niñez recomendó que el gobierno tome las medidas necesarias para armonizar plenamente la legislación federal y estatal con las disposiciones

En el marco legal de los derechos de los niños destaca la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (2000), tiene como objetivo principal el resguardo de los derechos desde el ámbito público y privado; aunado a que la instancia identificada como responsable de atender a la infancia, es el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), regulado por la Secretaría de Salud como institución de asistencia social, con la finalidad de brindar atención a la población que se encuentra en situación de vulnerabilidad, sin embargo, carece de jerarquía y competencia para obligar a otros organismos a promover acciones apropiadas dirigidas a la infancia.

El enfoque de derechos humanos que promueve la CDN, aun vislumbra como un hecho aislado en muchas partes del país, prueba de ello es que en 2010 el número de niñas fallecidas por presunto homicidio fue de 329 casos, la cifra más elevada en los últimos diez años, de acuerdo con datos del INEGI.

En consecuencia, la atención que tradicionalmente el Estado mexicano brinda a la infancia, es definida por programas y acciones de corte asistencialista, que establecidos en el marco de programas desarticulados, generan dependencia, arraigo y marginalidad social, pobreza, es decir, tienen el efecto contrario al objetivo programado; carecen de mecanismos para su implementación y de indicadores para su evaluación; por ende, se necesita la construcción de un Sistema Integral de Garantía para los derechos del niño, situación que representa un desafío para el Estado mexicano, en virtud de que es un trabajo que involucra a todos los factores de la sociedad, incluida la población infantil y cuyo fundamento sea la dignidad.

### **La dignidad de la persona como máxima de respeto y garantía de los derechos fundamentales de los niños**

Como se deduce de la primera parte de este estudio, se han realizado múltiples esfuerzos por definir un concepto abstracto, complejo y de carácter poliédrico, como es: *la dignidad*. A la par que se constata

---

de la Convención. Se realizaron cambios en el ordenamiento jurídico con la finalidad de adecuar la legislación nacional y estatal a los compromisos internacionales.

la presencia de la dignidad de la persona en los ordenamientos jurídicos tanto de índole nacional como internacional, en la que se encuentra como referente el respeto a los derechos de toda persona, por el simple hecho de serlo.

En el terreno de los derechos del niño no basta con decir con mayor o menor énfasis o solemnidad que el derecho reconoce al niño igual dignidad personal e idénticos derechos que a los demás ciudadanos. No basta un reconocimiento formal, si posteriormente la desigualdad fáctica y su concreta realidad vital impiden hacer efectivos aquellos derechos iguales.

Ahora bien, para afirmar que la dignidad es considerada fundamento de los derechos del niño, en primer plano, se establecen los elementos que la configuran, a la luz de la STC 53/1985 en su fundamento jurídico 8, que establece:

La dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y lleva consigo la pretensión del respeto por parte de los demás.

Esta definición corrobora que la dignidad constriñe el fundamento de los derechos humanos; ahora bien, tratándose de una categoría de personas como son los niños tenemos un punto en discordia, si bien son titulares de la dignidad como personas, temporalmente carecen de la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida.

En este tenor será el valor de la dignidad la que conforme un estatuto jurídico (un *mínimum invulnerable* de derechos) invulnerable<sup>70</sup> porque lleva aparejada la pretensión al respeto por parte de los demás, debiendo permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que se encuentre la persona.

Bajo esta línea, es ineludible establecer: ¿qué se afecta en una violación de la dignidad del niño? ¿En qué situación básica se puede ha-

---

<sup>70</sup> En sentido, la STC 57/1994, en su fundamento jurídico 3, párrafo A, refiere que la dignidad “ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, constituyendo, en consecuencia, un *mínimum invulnerable* que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales no conlleven un menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona”.



blar realmente de una *violación* de la dignidad humana y no de una conducta o situación inhumana?

En primer punto, la situación básica en la que un hecho se califica como violación de la dignidad humana, “no es el hombre singular en su conducta o sus situaciones consideradas en sí mismas, sino el hombre en su conducta y situación respecto de otros; la situación básica de la coexistencia, el estar los hombres el uno con el otro” (Maihofer, 2008: 6).

Por tanto, en toda violación de la dignidad humana se trata de una destrucción de la personalidad del hombre o de la ruina de la solidaridad entre los hombres; para el caso de los niños será la sumisión por un tercero, el disponer de ellos según su deseo y su arbitrio en cuanto a la razón existencial de su personalidad, así como a la razón existencial de su solidaridad.

Como bien se argumentó, la situación del niño durante la infancia inevitablemente lo coloca en una situación de desventaja, aparejado a la mínima participación en los aspectos que le conciernen y al cobijo de sus derechos con el estandarte de la vulnerabilidad, que lo colocan en una sumisión, en la que los padres son los indicados de brindar lo necesario y lograr así el pleno desarrollo de su personalidad, esto queda de manifiesto en la libertad que tienen en el ejercicio de la crianza y que si bien admite prueba en contrario, bajo la intervención de la autoridad pública, serán ellos los primeros actores garantes de sus derechos.

La destrucción de la personalidad del niño será la pérdida de la confianza propia, al encontrarse en una situación límite de sumisión indefensa en manos de otro (sean los padres o el Estado), se quebranta esa intersubjetividad fundamental que lo abarca como a sí mismo y se procede sobre él como si fuese un mero objeto, sin tener derecho ni pretensión para reclamar una conducta en el marco de las expectativas garantizadas informalmente por la moral o formalmente por el derecho.

Es así que la mayor indefensión es la ruptura de la confianza de pertenecer a sí mismo y disponer de sí, es el avasallamiento sin esperanza por obra de otro; en el caso de los niños esto no significa que no se pueda determinar un obrar u omitir, decidir, tolerar o sufrir algo, sin que con ello vulnere su dignidad. Lo decisivo es que éstos, al hacerlo, no pueden proceder con ellos a su capricho, sino sólo las reglas comunes y recíprocas de conducta, que nos ligan y unen.

En segundo punto, en una violación a la dignidad humana se destruye ese contrato social dentro de cuyos límites ha de moverse, en la humana situación cultural, toda conducta de hombre a hombre, sea cual fueren su papel social o su condición. De suerte que, la solidaridad exige que en la toma de decisiones que pudieran afectar a los niños, se consideren sus intereses y sus necesidades. Y ello aun cuando, por unas razones u otras, el niño no pudiera o no tuviera la posibilidad real de participar en tal proceso.

La exigencia de la solidaridad supone la obligación a los adultos, a los que gozan de la capacidad y la posibilidad de decidir, un deber de acción y no sólo de omisión, es decir, esta exigencia justifica la imposición de deberes positivos generales, de un deber general de actuar en beneficio de los niños, y no sólo de abstenerse de ocasionar perjuicio alguno.

Desde esta perspectiva, la obligación estatal de garantizar un *mínimum invulnerable* de derechos a los niños coloca al Estado no como un fin, sino como un medio, esto es, cual garante de la dignidad del hombre, entonces requiere que la organización y actividad estatal, se conforme y maneje según dicho fin superior.

En consecuencia, se asigna al Estado, en su relación con el hombre, no una función de predominio, sino una tarea de servicio, ya que era latente una tendencia en la que la actuación del Estado se contemplaba únicamente con la necesidad de relacionarse con los niños, cuando por cualquier motivo éstos escapaban del resguardo y atención dentro de la familia.<sup>71</sup>

Ahora sobresalen dos funciones: primero, la función tutelar del Estado, la búsqueda de una protección, tanto interna como externa a la esfera estatal, frente a toda conducta, comisiva u omisiva, por cuyo conducto la dignidad del hombre resulta menoscabada.

En segundo, una función de configuración, que concierne a garantizar, dentro y fuera de la esfera del Estado, una estructuración de todas las circunstancias que posibilitan y no impiden al hombre una existencia digna (Maihofer, 2008: 43).

---

<sup>71</sup> El desamparo crea una situación de riesgo que pone al menor en una situación en la que el Estado debe actuar e intervenir, siempre respetando la autonomía del niño como sujeto de derechos. “La protección de menores ha dejado de estar únicamente en manos de guardadores legales, y se ha otorgado la posición garante de los derechos y el bienestar de los mismos a las autoridades públicas” (Fernández, 2007: 45).

El respeto a la dignidad de la persona exige la garantía del goce de los derechos que forman parte de lo que se ha dado en llamar su núcleo duro,<sup>72</sup> para que la dignidad de la persona sea efectiva no basta con su atribución formal a cada ser humano como cualidad inherente. Es necesario que la persona, además de tener dignidad y de que ésta le sea respetada, tenga la posibilidad de desarrollar una existencia digna. Al análisis de las estadísticas que se publican cada año y reflejan la situación de vulnerabilidad en que se encuentra la infancia, por mencionar datos del Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, estima que en México 53.3 millones de personas viven en situación de pobreza, de los cuales 40% corresponde a niños; es palmario que a la infancia se le articula con programas diseñados bajo la perspectiva de la atención a grupos en situación de vulnerabilidad y no desde el respeto y garantía de sus derechos.

Por ende, la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes se configuran como el referente fundamental del ordenamiento jurídico, de las actuaciones de los poderes públicos, las instituciones del Estado y los distintos actores que intervienen como garantes de los derechos del niño.

## Conclusiones

Primera. El valor de la dignidad de la persona tiene un referente moral que la identifica como un concepto de carácter espiritual, lo cual dificulta su configuración como institución jurídica, sin embargo, en la actualidad la dignidad es el único valor que consigue integrar en consenso las diferentes corrientes del pensamiento; prevalece bajo cualquier circunstancia, donde hay vida y ser humano éstos deben protegerse y asegurarse en su dignidad, lo que constituye un *mínimum invulnerable* de derechos; por ende, no es decisiva la existencia de una conciencia de tal dignidad por el sujeto, bastan las cualidades potenciales e inherentes a todo ser humano.

---

<sup>72</sup> Los derechos inherentes a la dignidad humana no se pueden agotar en una lista y trazar una frontera entre los derechos que afectan directa y esencialmente a la dignidad de la persona. Al respecto el Tribunal Constitucional Español, Sentencia 116/1999.

Segunda. Los niños constituyen un grupo de población formado por sujetos de derecho que tienen características y requerimientos especiales y actuales, por consiguiente, es erróneo tratar a la infancia como si fuese una condición circunstancial y no constitutiva del sujeto, el niño es pleno poseedor de una dignidad intrínseca.

La vulnerabilidad, como sinónimo de inferioridad, es el estandarte bajo el cual descansa la valoración del niño en el Estado mexicano; en este sentido, lo coloca en el supuesto de una población que requiere de intervención de corte asistencialista para su atención y no en el grupo de población, que al ser estructuralmente distinta, exige acciones diferenciadas por parte de las instituciones ordinarias del Estado.

Tercera. En el *corpus iuris* de regulación de los derechos del niño, que constituyen un catálogo vasto de diversos instrumentos internacionales, destacan la Declaración de los Derechos Humanos de 1948; la Declaración de Ginebra de 1924; la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, sin embargo, el referente principal es la Convención de los Derechos del Niño de 1989, acompañada de sus Protocolos Facultativos; es a partir de ésta que la elaboración normativa universal de los niños, desde un ámbito formal, los considera como sujetos con la necesidad de salvaguardar el respeto a sus derechos y la consecución de su bienestar.

La base de la aplicación de las diferentes disposiciones de la CDN es la protección a la dignidad humana, en cualquier circunstancia; sin olvidar que la implementación correcta de cada uno de los instrumentos encargados del respeto y protección de los derechos del niño depende no sólo de las oportunidades financieras o políticas, sino también de la sensibilidad en el respeto a su dignidad y compromiso para conseguir una ética mundial a favor de los niños, niñas y adolescentes.

Cuarta. En México el fundamento de los derechos del niño se encuentra regulado en el artículo 4o. constitucional, que en 2011 sufrió una de las reformas más trascendentales, la inclusión del principio del interés superior del niño; sin embargo, se limita a enunciar sólo cuatro derechos como principales necesidades (supervivencia y desarrollo), reforma acompañada de la adición al artículo 73, fracción XXIX-P, que representa una oportunidad para crear una estructura de coordinación y supervisión de las acciones dirigidas a los niños.

No obstante, la situación de los niños en México se encuentra bajo la tutela del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF),

encargado de la asistencia social de acuerdo con la Ley General de Salud; en definitiva, es necesario una reflexión teórica y análisis del marco jurídico en nuestro país que permita un avance real en el fundamento de sus derechos, ya que aún está lejos de ser comprendido como alcance primordial la CDN, en buena medida la normativa encargada de garantizar sus derechos ha servido más como una declaración, ya que la ley carece de medios para garantizar los derechos plasmados en la Convención.

De lo anterior, tenemos que es necesario dirigir esfuerzos a una armonización de la legislación federal, estatal y municipal, y establecer un sistema integral de garantía para los derechos del niño.

Quinta. El gradual avance de la incorporación de la dignidad como fundamento en diversos ordenamientos jurídicos da cuenta de la necesidad de su respeto y garantía por parte del Estado de derecho; es menester establecer el momento en el que un hecho es considerado como violación de la dignidad humana, ya que implica una doble destrucción de la existencia: en la confianza propia y la confianza en el mundo.

Es evidente que una violación de la dignidad humana no se puede permitir en los niños; sin embargo, en la práctica no hay garantía de que la dignidad es fundamento de los derechos del niño, aun puede ser minimizado por estrategias sutiles bajo el estandarte de la vulnerabilidad de este grupo que opera como el deficitario convencional del Estado, normalmente incluidos *de iure*, pero que se ven excluidos *de facto*.

Es necesaria una transformación en el sistema jurídico, que obligue a integrar a los niños como verdaderos titulares de derechos y hacerlos partícipes de la vida pública; sólo así se podrá celebrar la vigencia plena del Estado de derecho para niños, niñas y adolescentes en México.

## **Bibliografía**

Aláez Corral, Benito (2003), *Minoría de edad y derechos fundamentales*, España, Tecnos.

Alegre Martínez, Miguel Ángel (1996), *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, España, Universidad de León.

- Álvarez Vélez, M. Isabel (1994), *La protección de los derechos del niño en el marco de las Naciones Unidas y en el derecho constitucional español*, Madrid, UPCO.
- Camps Mirabet, Nuria (2007), “El principio del interés superior del menor: Marco normativo Internacional y aplicación en el derecho interno”, en M. A. Padial y M. D. Toldrá (coords.), *Estudios jurídicos sobre la protección de la Infancia y de la Adolescencia*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Castán Tobeñas, José (1984) *Derecho civil español común y foral*, vol. I, Madrid, Reus.
- Coll, Esperanza y Monserrat Rutllant (2009), “Derecho a la vida, derecho a nacer”, en Eduard Vinyamata Camp (coord.), *Derechos humanos. Nuevas realidades*, España, El Ciervo 96.
- Dávila, Paulí *et al.* (2011), “Evolución de los derechos de la infancia y América Latina”, en Paulí Dávila y Luis M. Naya (coords.), *Derechos de la infancia y educación inclusiva en América Latina*, Argentina, Granica.
- \_\_\_\_\_ *et al.* (2011), “Marco legal de los derechos de la infancia en América Latina”, en Paulí Dávila y Luis M. Naya (coords.), *Derechos de la infancia y educación inclusiva en América Latina*, Argentina, Granica.
- De Castro y Bravo, Federico (2008) *Derecho civil de España*, tomo II, vol. II, España, Civitas.
- De Lama Aymá, Alejandra (2006), *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Durán, Ayago (2004), “El interés del menor en el conflicto de civilizaciones: elementos para su concreción en un contexto intercultural”, en Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Esperanza Castellanos Ruiz (dirs.), *El derecho de familia ante el siglo XXI*, Madrid, Colex.
- Fernández García, Eusebio (2001), *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas / Dykinson.
- Fernández González, M. Begoña (2007), *El desamparo y la protección de los menores inmigrantes*, Pamplona, Aranzadi.
- Fernández Sola, N. (1994), *La protección internacional de los derechos del niño*, Zaragoza, Justicia de Aragón.

- Flores Martínez, Alejandra (2013), *Un nuevo canon interpretativo de los derechos fundamentales conforme a los tratados internacionales en la Constitución española*, México, Porrúa.
- Franco Martínez del Campo, Elisa *et al.* (2011), *La infancia y la justicia en México, el niño víctima y testigo del delito dentro del Sistema Penal Acusatorio en México*, México, Inacipe.
- Freeman, Michael (2006), “Los derechos del niño como derechos humanos”, en Asís Rafael de Bondía y Elena David Maza (coords.), *Los desafíos de los derechos humanos*, Valladolid, Dykinson.
- García Garnica, M. del Carmen (2004), *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor emancipado, especial consideración al consentimiento a los actos médicos y a las intromisiones en el honor, la intimidad y la propia imagen*, Navarra, Aranzadi.
- García López, Jesús (1979), *Los derechos humanos en santo Tomás de Aquino*, Pamplona, Universidad de Navarra.
- García Méndez, Emilio (2001), *Infancia y adolescencia. De los derechos y de la justicia*, México, UNICEF.
- García Rosas, Elías y M. de Lourdes González Chávez (2009), *Grupos vulnerables y adultos mayores. Análisis tridimensional*, México, Pacj.
- Gewerty, Alan (1992), “Human Dignity as the Basic of Rights”, en M. Meyer y W. Parent (eds.), *The Constitution of Rights. Human Dignity and American Values*, Londres, Cornell University Press.
- González Amuchastegui, Jesús (2004), *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- González Contró, Mónica (2008), *Derechos humanos de los Niños. Una propuesta de fundamentación*, México, UNAM / Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- \_\_\_\_\_ *et al.* (2012), *Propuesta teórico metodológica para la armonización legislativa desde el enfoque de derechos de niñas, niños y adolescentes*, México, Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF-Nacional) / UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- González Pérez, Jesús (2011), *La dignidad de la persona*, 2a. ed., España, Aranzadi.
- Guilló Jiménez, Juan (2009), “La participación del menor en la sociedad”, en María Paz Pous de la Flor (coord.), *La capacidad de*

- obrar del menor. Nuevas perspectivas jurídicas*, Madrid, Exilibris Ediciones.
- Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio (2005), *Dignidad de la persona y derechos fundamentales*, Madrid, Marcial Pons.
- Häberle, Peter (2001) *La imagen del ser humano dentro del Estado constitucional*, Lima, PUCP Fondo Editorial / Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional.
- Hierro Sánchez-Pescador, Liborio (2007), “El Niño y los derechos humanos”, en I. Campoy (ed.), *Los derechos de los niños. Perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Madrid, Dykinson.
- Juániz Maya, José Ramón (2001), *XXI Retos para un siglo con derechos humanos*, Valencia, Patronat Sud-Nord / Publicaciones de la Universidad de Valencia.
- Larenz, Karl (1993), *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, trad. de Díez- Picazo, Madrid, Civitas.
- Legaz y Lacambra, Luis (1951), “La noción jurídica de la persona humana y los derechos del hombre”, *REP*, núm. 55.
- Llaquet Baldellón, Purificación (2001), “Políticas de la Infancia en los albores del siglo XXI”, en *La Protección de los menores. Derechos y recursos para su atención*, España, Civitas.
- Lopatka, Adam (1992), “The Rights of the Child Are Universal: The Perspective of the UN Convention on the Rights of the Child”, en M. Freeman y P. Veerman (eds.), *The Ideologies of the Children’s Rights*, Dordreecht, Martinus Nijhooff Publisher.
- Kant, Immanuel (2003), *Crítica de la razón práctica*, trad. Manuel García Morente y E. Miñana y Villasagra, México, Porrúa.
- \_\_\_\_\_ (1999), *Fundamentación metafísica de las costumbres*, trad. J. Mardomingo, Barcelona, Ariel.
- Kymlicka, Will (1997), *The Rights of Minority Cultures*, Nueva York, Oxford University Press.
- Maihofer, Werner (2008), *Estado de derecho y dignidad humana*, Argentina, B de F.
- Martínez de Pisón, José (1997), *Derechos humanos. Historia, fundamento y realidad*, España, Egido.
- Mataró I Pau, Ángeles (2009), “Derechos humanos nuevas realidades”, en Eduard Vinyamata Camp (coord.), *Derechos humanos. Nuevas realidades*, España, El Ciervo 96.



- Maurer, Béatrice (1999), *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, París, La Documentation Française.
- Millán Puelles, Antonio (1973), *Persona humana y justicia social*, Madrid, Rialp.
- \_\_\_\_\_ (1984), *Léxico filosófico*, Madrid, Rialp.
- O'Neill, O. (1995), "Children's Rights and Children's Lives", en P. Alston *et al.* (eds.), *Children, Rights and the Law*, Oxford, Clarendon Press.
- Paja Burgoa, José A. (1998), *La Convención de los Derechos del Niño*, Madrid, Tecnos.
- Pascual Lagunas, Eulalia (2009), *Configuración jurídica de la dignidad humana en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Barcelona, Bosh.
- Peces-Barba, Gregorio (1999), *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, con la colaboración de Rafael Asís Roig, Carlos R. Fernández Liesa y Ángel Llamas Gascón, Madrid, Universidad Carlos III / Madrid BOE.
- \_\_\_\_\_ (2002), *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas / Universidad Carlos III de Madrid / Dykinson.
- Pernoud, Regine (1987), *La mujer en el tiempo de las catedrales*, Barcelona-Buenos Aires, Granica.
- Pérez Luño, Enrique (2003), *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 8a. ed., España, Tecnos.
- Pérez Valera, Elisa (1993), *El menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado*, REDI, vol. XLV.
- Picado, Sonia (1996), "Los derechos del niños son derechos humanos", *La Convención de los Derechos del Niño hacia el siglo XXI*, Salamanca, Ediciones Universidad Salamanca.
- Pico Della Mirandola, Giovanni (2004), *Discurs sobre la dignitat de l'home, Breviaris*, Valencia, Publicaciones de la Universidad de Valencia.
- Radl Philipp, Rita (2010), "Derechos humanos y género", *Cad. Cedes, Campinas*, vol. 30, núm. 81, p. 135-155, may.-ago.

- Ratzinger, Joseph y Jurgen Habermas (2006), *Dialéctica de la secularización*, ed. a cargo de la Universidad Pontificia de Salamanca, Madrid, Encuentro,
- Recaséns Siches, Luis (1975), *Tratado general de filosofía del derecho*, México, Porrúa.
- Rico Pérez, Francisco (1980), *La protección de los menores en la Constitución y en el derecho civil*, Madrid, Montecorvo.
- Rivero Hernández, Francisco (1996), *El derecho de visita*, Barcelona, J. M. Bosh Editor.
- Ruiz Giménez, Joaquín (1996), “La Convención de los Derechos del Niño, hermosa sinfonía incompleta (luces, sombras y horizontes de esperanza)”, en *La Convención de los Derechos del Niño hacia el Siglo XXI*, España, Ediciones Universidad de Salamanca.
- Romero, S. (2007), “Un siglo de legislación sobre la infancia en América Latina. Un cuadro cronológico”, en P. Rodríguez y M. E. Mannarelli, *Historia de la infancia en América Latina*, Bogotá, Universidad del Externado.
- Saiz Arnaiz, Alejandro (1999), *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial.
- Vázquez Pastor Jiménez, Lucía (2009), *La construcción de la ciudadanía del menor de edad*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Veerman, F. P. (1992), *The Rights of the Child and the Changing Image of Childhood*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers.

## ***Jurisprudencia***

### *Sentencias del Tribunal Constitucional Español*

STC 25/1981 de 14 de julio.

STC 2/1982 de 29 de enero.

STC 107/1984 de 23 de noviembre.

STC 53/1985 de 11 de abril.

STC 231/1988 de 2 de diciembre.

STC 214/1991 de 11 de noviembre.

STC 57/1994 de 28 de febrero.

STC 170/1994 de 11 de abril

STC 102/1995 26 de junio.  
STC 107/1995 3 de julio.  
STC 212/1996 de 19 de diciembre.  
STC 116/1999 de 17 de junio.  
STC 91/2000 de 30 de marzo.  
STC 115/2000 de 10 de mayo.

### ***Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos***

STEDH de 6 de enero de 2003. *Jakupovic contra Austria*.  
STEDH de 31 de octubre de 2002. *Yildiz contra Austria*.

### ***Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos***

Casos contenciosos

COIDH, *Caso de los Niños de la Calle, Villagrán Morales y otros contra Guatemala*, 9 de noviembre de 1999.

COIDH, *Caso Aloeboetoe contra Suriname*, del 10 de diciembre de 1993.

### ***Opinión Consultiva***

COIDH, El derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, Opinión Consultiva OC- 16/1999.

### ***Legislación***

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 74a. ed., México, SISTA, 2012.

*Ley Federal para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de México* (2000), Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, Secretaría General, Secretaría de

Servicios Parlamentarios, Centro de Documentación y Análisis,  
29 de mayo de 2000.

*Código Civil Federal*, 20a. ed., México, Ediciones Fiscales ISEF,  
2013.

Declaración de Ginebra (1924), Asamblea de la Sociedad de Naciones,  
24 de septiembre de 1924.

Declaración Universal de los Derechos del Niño (1959), Asamblea  
General de las Naciones Unidas, 20 de noviembre de 1959.

Convención sobre los Derechos del Niño (1989), Asamblea General  
de las Naciones Unidas, resolución 44/25, de fecha 20 de noviembre  
de 1989.

### ***Páginas de internet***

<<http://hj.tribunalconstitucional.es/>>.

<<http://www.corteidh.org>>.

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

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

<<http://www.unicef.org/spanish/crc/>>.

### III

## LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS EN LAS PRÁCTICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA. (LOS CRITERIOS DE PONDERACIÓN Y EL DERECHO A LA IDENTIDAD GENÉTICA)

*María de Lourdes Morales Reynoso\**

*Roselia López Avelino\*\**

### Introducción

En esta nueva era del siglo XXI, el progreso científico y tecnológico nos ha proporcionado nuevas visiones y formas de concebir a la humanidad, lo que nos obliga a realizar investigaciones y reflexiones profundas, principalmente en el ámbito jurídico que no debe permanecer inmóvil o inerte frente a realidades biológicas que hace 36 años eran inimaginables; por el contrario, son necesarios los ajustes jurídicos para conciliar todos los intereses y derechos en juego, intentando evitar en la mayor medida posible la transgresión u omisión de algún derecho que no sea contemplado en prácticas médicas, como las técnicas de reproducción asistida, logrando con ello rebasar la brecha existente entre el ser y el deber ser.

---

\* Profesora de tiempo completo de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México (UAEMéx), miembro del Sistema Nacional de Investigadores (nivel I), integrante del Cuerpo Académico en formación: Derecho, Sociedad y Cultura.

\*\* Licenciada en Derecho por la UAEMéx; ha realizado tres diplomados impartidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación con el enfoque de los derechos humanos y derecho de amparo y con experiencia profesional en controversias de derecho familiar.

Actualmente, las técnicas de reproducción asistida son realizadas en diversos países; México no es la excepción, sin embargo, en nuestro país existen lagunas e inconsistencias jurídicas que dejan en estado de indefensión a los sujetos que intervienen en ellas.

Las investigaciones que se han realizado sobre las técnicas de reproducción asistida se enfocan más a los derechos reproductivos de las personas infértiles, pero no se tienen contemplados los derechos de los niños producto de este tipo de prácticas, reduciéndolos a simples objetos; por tanto, es necesario abordar el tema de los derechos de los niños en las prácticas de reproducción asistida, considerando la posibilidad que en algunas de ellas, como las de tipo heterólogo, sean fuente potencial de conflictos de derechos, ante la presunta afectación del derecho a la identidad genética que tienen los niños.

De la interpretación amplia del artículo 4o. constitucional, se tiene el reconocimiento del derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número de hijos que desea tener, como parte del catálogo de derechos humanos reconocido y protegido; no obstante, este derecho no debe entenderse como absoluto, toda vez que un derecho concluye donde inicia el derecho de un tercero, de ahí que justificar los derechos reproductivos que tienen las personas con problemas de infertilidad para acudir ilimitadamente a las prácticas de reproducción asistida es equívoco y obedece a la falta de consenso legislativo para regular este tipo de prácticas médicas, así como la carencia de la fundamentación y prevención de los derechos de los niños.

Es así como las técnicas de reproducción asistida nos remiten a planteamientos teóricos, jurídicos y prácticos por los conflictos presentados en otros países, así como por la evidente transformación de algunos conceptos, principios e instituciones de derecho familiar que son elementales, tales como: la filiación, el parentesco, la identidad, provocando la división de conceptos y de realidades tan elementales como la maternidad, considerando que podrían presentarse casos en donde se distingan diversas maternidades y paternidades (genética, biológica y legal o jurídica), generando conflictos, ante la falta de ambigüedad de la maternidad o la paternidad.

De lo anterior se desprende que desde el aspecto jurídico, algunas de las técnicas de reproducción asistida, por una parte, rompen el principio básico de derecho civil *mater semper certa est* en lo referente a la maternidad, que por siglos ha presentado un consenso social

básico y fundamental, dejando en estado de indefensión a los niños que tienen ante todo el derecho a la identidad en los términos de la Convención de los Derechos del Niño en sus artículos 7o. y 8o.; así como la Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General en su resolución 1386 (XIV), de fecha 20 de noviembre de 1959; y lo mismo sucede tratándose del progenitor.

En este contexto, es preciso cuestionarnos sobre ¿la pertinencia de considerar los derechos reproductivos o derecho a la procreación como un derecho absoluto en todas las técnicas de reproducción asistida? ¿En todas las técnicas de reproducción asistida se contemplan los derechos del futuro niño? ¿En algún tipo de prácticas de reproducción asistida, existirán repercusiones en cuanto a los derechos humanos y la situación jurídica del futuro niño?

Para dar respuesta al primer cuestionamiento, tenemos que en las teorías de los derechos humanos se ha señalado que el Estado no debe intervenir en el desarrollo de los derechos de las personas, por tanto, debe abstenerse de intervenir, o bien, limitarlo en la menor medida posible; no obstante, un derecho nunca es interpretado de manera absoluta cuando se vinculan los derechos de un tercero; o cuanto dicho supuesto se actualiza, es preciso y se justifica la intervención del Estado para ponderar los derechos en juego ante la posible transgresión de derechos de un tercero, máxime si se trata de niños, por la condición de vulnerabilidad en la que se encuentra; lo anterior ha constituido parte de los postulados que se tienen en materia de derechos humanos en sentido amplio y de forma particular tratándose de los derechos de los niños.

Ahora bien, como se expondrá en el presente capítulo, no en todas las prácticas de reproducción asistida se contemplan los derechos del futuro niño, que si bien es cierto aún no tiene la categoría de niño e incluso en otros países se cuestiona la calidad jurídica del *nasciturus*, es preciso que en las prácticas médicas se consideren y ponderen sus derechos ante el estado de indefensión y las posibles repercusiones jurídicas en las que se podría ver inmerso, como en las técnicas de reproducción asistida de tipo heterólogo, considerando que los niños tienen derecho a la identidad, este derecho debe contemplarse en un sentido amplio como parte de su dignidad como futura persona, pero además por el principio de responsabilidad que se debe tener con las generaciones futuras, entre los que se encuentran los niños producto de las técnicas de reproducción asistida.

En los términos expuestos, no es tan simple el ejercicio de los derechos reproductivos, considerando que en el mismo artículo 4o. constitucional se tiene el reconocimiento de los derechos de los niños, el papel que juega el Estado por hacer prevalecer sus derechos y su interés superior; si bien es cierto que al momento de practicarse este tipo de técnicas aún no se tiene la calidad de niño ni de persona, no por esa circunstancia el Estado y la sociedad debe omitir velar por los derechos del futuro niño producto de ese tipo de prácticas médicas.

Con lo anterior, el Estado mexicano no sólo confiere certeza y coherencia jurídica a los sujetos que intervienen en las técnicas de reproducción asistida, sino que además eleva y fundamenta los derechos de los niños como sujetos prevalecientes de derechos y no sólo como objetos puestos a la exclusiva finalidad de los adultos, actualizando los alcances de postulados teóricos de los derechos fundamentales y el respeto a la dignidad de todo ser humano, considerando que la dignidad de las personas y los derechos de los niños son, a partir de la reforma del 10 de junio de 2011, parte de los imperativos en el deber ser de los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales y con repercusión en nuestro sistema jurídico.

De ahí que para abordar el tema planteado, se presenta un referente histórico, un teórico conceptual, que constituye nuestro fundamento teórico, en donde se incluyeron las posturas de Robert Alexy, Ingrid Brena Sesma, Carlos María Romeo Casabona y Mónica González Contró, entre otros, intentando mayor objetividad en la investigación planteada a partir de los postulados y conceptos divergentes; rebasando incluso las propias creencias y preferencias morales; considerando que no se puede obligar a los demás a pensar de la misma forma en que uno lo hace; sin embargo, las libertades y derechos tampoco pueden considerarse absolutos, pues como parámetro general debe existir un respeto y la visión de ver al otro como el reflejo de uno mismo, de ver al otro como un nosotros y a nosotros como humanos.

Por la complejidad del tema de investigación jurídica, la metodología aplicada no fue única, por el contrario, fue necesario la aplicación de diversos métodos, como el método histórico, por ser el estudio sistemático, crítico e interpretativo de los hechos del pasado en donde la función interpretativa de las transformaciones nos ayudan a entender y explicar las visiones de un derecho, de los conceptos y de las instituciones sociales y jurídicas.



La hermenéutica jurídica y, en consecuencia, la misma argumentación, que permiten el arco interpretativo entre la norma y los actos, herramienta cognitiva que permite tener una visión de cuáles deben ser los principios que permitan administrar adecuadamente el cuerpo normativo aplicable a un caso concreto, la identificación de los derechos y obligaciones de las partes que intervienen, luego, cómo identificar los límites y sus grados de responsabilidad que surgen de la evolución de las controversias. Fue necesario involucrar el método fenomenológico, enfocado a la investigación de la coincidencia conciencia, es decir, de lo que parece “el fenómeno” en contraposición a lo que es la realidad.

Para la estructuración del capítulo se aplicó el método dialéctico, en virtud de ser este método el que engloba la tesis, síntesis y la antítesis, siendo este último método el que se considera ideal para lograr el objetivo planteado; como parte del quehacer jurídico se utilizó la deducción e inferencias correspondientes, y con apoyo de las técnicas de investigación documental y de campo, se recopiló información; fueron de utilidad los criterios jurisprudenciales nacionales e internacionales relacionados con el problema planteado.

### **Referente histórico de los derechos humanos relacionados con la genética y las técnicas de reproducción asistida**

Consideré necesario abordar el tema de investigación a partir de la evolución de los derechos humanos por su implicación con la bioética, la genética y, en consecuencia lógica, con las técnicas de reproducción asistida; aunando a que nuestra investigación se centra en los posibles derechos en juego y su impacto en los derechos de los niños y el derecho familiar.

La historia de los derechos humanos es la piedra angular del reconocimiento de la dignidad humana como parámetro para la eficacia de dichos derechos; algunos teóricos como Gregorio Peces-Barba, Liborio Hierro y Eusebio Fernández (*Historia de los derechos humanos, tránsito a la modernidad*, 1998),<sup>1</sup> han referido: “La historia de los de-

---

<sup>1</sup> Material extraído del Diplomado en “Derechos Humanos” impartido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, abril-agosto de 2013, citando a Eusebio Fernández,

rechos humanos venía a ser parte de una historia de las sociedades y que, por tanto, no se trataba de un conjunto de ideas y de normas jurídicas al margen de los problemas y necesidades reales de los seres humanos”, esta forma metodológica es lo que les permitió llegar a la conclusión de que la idea de derechos humanos es un concepto histórico del mundo moderno y de la cultura occidental.

De acuerdo con Eusebio Fernández, Gregorio Peces-Barba siempre tuvo clara la idea de que existían precedentes de los derechos humanos (prehistoria de los derechos humanos) e historia de los derechos humanos (a partir del tránsito a la Modernidad). Cada momento histórico ha significado un nuevo capítulo de la historia de los derechos humanos, que ha extendido su alcance a los aspectos más determinantes de la vida humana; así, las nuevas fases han complementado las ya existentes, en un proceso acumulativo y progresivo, aunque en ningún caso lineal, en palabras de Eusebio Fernández.

Lo anterior corresponde a lo que Gregorio Peces-Barba ha identificado como las cuatro fases de positivación de los derechos, generalización de los derechos (entendida en la doble dirección de los titulares como de los derechos), proceso de internacionalización y proceso de especificación; el paso de una fase a otra no significa que la precedente esté cerrada, sino que cada una de las cuatro fases va respondiendo a las innovaciones y cambios que tienen lugar en la historia de las sociedades. En este tenor, los antecedentes más remotos de la historia de los derechos humanos, se encuentran en Babilonia, el descubrimiento del Cilindro de Ciro fechado en el 539 a. C. lo constatan, aunque el Código de Hammurabi también es un referente histórico de los derechos humanos, consistía en una serie de decisiones legales inscritas en una estela de diorita colocada en el templo de Marduk, dios de Babilonia.

Los filósofos de las civilizaciones de Grecia y Roma (Sócrates, Platón, Aristóteles, los sofistas, Marco Tulio Cicerón) confieren los matices de lo que más tarde conformarían las teorías de los derechos humanos. En Roma, en el siglo V a. C. se expide la Ley de las Doce Ta-

---

*Historia de los derechos humanos*, disponible en <[http://www.fongdcam.org/manuales/derechoshumanos/datos/docs/Punto%202%20Articulos%20y%20Documentos%20de%20referencia/2.2%20HISTORIA%20Y%20DECLARACIONES/2.2.3%20%20origen%20y%20evolucion%20ddhh\\_LOS%20DERECHOS%20HUMANOS%20Y%20LA%20HISTORIA.pdf](http://www.fongdcam.org/manuales/derechoshumanos/datos/docs/Punto%202%20Articulos%20y%20Documentos%20de%20referencia/2.2%20HISTORIA%20Y%20DECLARACIONES/2.2.3%20%20origen%20y%20evolucion%20ddhh_LOS%20DERECHOS%20HUMANOS%20Y%20LA%20HISTORIA.pdf)>. Consulta: 8 de julio de 2013.

blas, aunque el ciudadano romano tenía el estatus *libertatis* (libre), compuesto de derechos civiles y políticos, no tenía derechos públicos oponibles al Estado que le permitieran defenderse de las violaciones que cometieran en su contra las autoridades estatales, subsistió la institución socioeconómica de la esclavitud, aunque se logran avances para distinguir entre la ley natural, la civil y el *ius gentium*.

El florecimiento del cristianismo proclama y exalta la suprema dignidad del hombre mediante el fortalecimiento y la difusión de la ley moral y el derecho natural, que exigen el respeto a la persona humana, a su dignidad y prerrogativas. En la Edad Media, el derecho creaba un vínculo obligatorio para todo el pueblo y para todo hombre, cualquiera que fuese el lugar que ocupaba en la sociedad.

La Carta Magna de 1215 constituye un documento transcendental para la transformación del reconocimiento de los derechos humanos, fue proclamada por Juan I o Juan Sin Tierra el 15 de junio de 1215, en él se hace un reconocimiento de un conjunto de garantías individuales (garantías de legalidad, de libre tránsito, libertad de la iglesia, libertad personal, derecho de propiedad, algunas garantías procesales, y la regulación y limitación de cargas tributarias); tales garantías restablecen y consolidan el respeto a las costumbres tradicionales, sus antecedentes son el Código de Derechos del rey Alfredo del siglo IX, la Carta de Libertades de Enrique I en 1100; y los documentos recopilados en el Reino de Aragón en los siglos XII y XIII, como la recopilación realizada por Jaime I en 1247, resaltan el *proceso de manifestación* (antecedente del *juicio de amparo*), *proceso de personas*, la Carta Jurada del Rey Teobaldo II (garantías judiciales), y en la época de Alfonso XIII las Siete Partidas.

En la época histórica de los derechos humanos, destaca como antecedente transcendental los *British Petition of Rights* en 1628, donde se establecen las libertades específicas de la materia que al rey está prohibido violar, se establece el recurso *habeas corpus* para cuestionar la legitimidad de detenciones; y la limitación al poder soberano, así como los derechos del parlamento, la libertad de expresión, exigencia de elecciones periódicas y el derecho de petición al monarca sin temor a represalias.

En la Ilustración se producen los acontecimientos más importantes para la historia de la humanidad y la historia de los derechos humanos; correspondientes a las Revolución francesa y la Declaración

de Independencia de Estados Unidos de América. En la actualidad muchos autores coinciden que la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América de 1776, que parte de los *Bill of Rights* del estado de Virginia (12 de junio de 1776), fue el acontecimiento trascendental para el reconocimiento de los derechos humanos o su positivización (según el enfoque); por otra parte, la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787 se sustenta en la promoción del bienestar general, la libertad y el debido proceso, y se retoman las ideas de Locke (Frosini, 1997: 21).

En 1791 se constituyen los *Bill of Rights*, que limitaban el poder del gobierno federal y garantizaban los derechos y libertades de las personas; a la par de este documento se da la Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadanía también en 1791, como parte de los documentos que proponen la emancipación femenina en el sentido de la igualdad de derechos o emancipación jurídica y legal de las mujeres. En España, por la reorganización mundial, el 19 de marzo de 1812 en Cádiz, se promulga la Constitución de la PEPA por las Cortes Generales de España.

En 1945, como consecuencia de los horrores y violaciones a los derechos humanos derivados de la Segunda Guerra Mundial, se crea la Organización de las Naciones Unidas, que en 1948 realiza la Declaración Universal de los Derechos Humanos, estatuyendo el derecho internacional de los derechos humanos, que en la actualidad ha cobrado una perspectiva dinámica, progresiva, estandarizada como parte de la internacionalización de los derechos humanos.

El derecho internacional de los derechos humanos pasó a ocupar un lugar preponderante después de la Segunda Guerra Mundial, a partir de ahí surge una serie de instrumentos internacionales avocados a la protección de estos derechos, con sus respectivas particularidades que los hacen substancialmente distintos, asimismo, se han creado las Cortes: Europea e Interamericana de los Derechos Humanos, y se tienen sistemas en desarrollo para la protección de derechos humanos como el africano; asimismo, se ha aceptado por algunos países la competencia de la Corte Internacional de Justicia y la Corte Penal Internacional, que deriva del Estatuto de Roma de fecha 17 de julio de 1998.

En México, el referente histórico en materia de derechos humanos deriva de documentos históricos como el “Bando de Hidalgo” (6 de octubre de 1810); “Los sentimientos de la Nación” (14 de septiembre

de 1813), Constitución de Apatzingán (22 de octubre de 1814); en este documento se establecen principalmente las garantías individuales; la Constitución de 1824, la Constitución de 1836 y sus Siete Leyes, que, aunque centralista, considera las garantías individuales; la revolución ideológica y jurídica liberal se plasma en la Constitución yucateca de 1841, en la que don Manuel Crescencio Rejón estatuye nuestro juicio de amparo. Posteriormente en el Acta de Reforma de 1847 se adopta el juicio de amparo, y la Constitución de 1857, en su Título Primero se dedicó un apartado a “Los derechos humanos”, en esta Constitución se da un enfoque iusnaturalista, a diferencia de la Constitución de 1917 que se enfoca netamente al *ius* positivismo; sin embargo, en la Constitución de 1917 se estatuyen los pilares de una justicia social.

No obstante lo anterior, otros autores, por cuestiones didácticas, abordan los derechos humanos a partir del establecimiento de etapas generacionales, propuesta de Karel Vasak en 1979, su división sigue las nociones centrales de las tres frases de la Revolución francesa: libertad, igualdad, fraternidad, considero trascendental retomar la clasificación que hace Nestor Cafferratta (2004: 24), atendiendo a la naturaleza de los derechos humanos, al agrupar las etapas generacionales de la forma siguiente:

*a)* Los derechos de primera generación individuales (civiles y políticos, entre los que destacan la libertad, propiedad, la vida e integridad física): Nestor Cafferratta, citando a Lorrenzetti, dice que el derecho a la libertad fueron consagrados a partir de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, ponen límites a la actividad del Estado en beneficio de la libertad individual, con una característica negativa, son obligaciones de no hacer por parte del Estado.

*b)* Los de segunda generación son los derechos sociales (sociales, económicos y culturales, destacan el derecho al trabajo a una vivienda digna, a la salud): se incorporaron mediante el constitucionalismo social, importan obligaciones de hacer o de dar por parte del Estado, inspirados en la lógica del fomento, que deriva en normas promocionales, constituyen la base jurídica del Estado de bienestar.

*c)* Los de tercera generación o colectivos: fundados en la solidaridad, entre los que se encuentra el derecho a la paz, al medio ambiente, al desarrollo y el derecho al respeto del patrimonio común de la humanidad; se

denominan “nuevos derechos”, surgen como respuesta al problema de la contaminación de las libertades, apunta a la degradación de las libertades por los nuevos avances tecnológicos, impactando al ambiente y la calidad de vida del hombre y las garantías frente a la manipulación genética.

Estos derechos de tercera generación, dice E. Jiménez, son de cooperación o solidaridad, debido a que su fundamento comprende ambos valores, se presentan como emergentes del desarrollo desmedido de la sociedad industrial.

d) Los derechos de cuarta generación. Doctrinalmente se entienden como una nueva especie de derechos, en cuanto atiende a las necesidades de un nuevo sujeto plural de derecho: las generaciones futuras.

En lo que respecta a la protección de los niños, sus antecedentes derivan de las catástrofes de la Segunda Guerra Mundial principalmente por considerarse un grupo vulnerable. En la Antigüedad no se pensaba que los niños debían tener una protección especial, en Roma, por ejemplo, “los niños era sujetos a los designios del *pater familias*”; en la Edad Media eran considerados “adultos pequeños” (Ventura, 2003: 95-110); en tiempos de guerra eran los más afectados, y con motivo de la Revolución industrial eran sujetos a trabajos forzosos sin que se les brindará protección alguna.

La idea de ofrecer protección especial a los niños surgió en Francia a mediados del siglo XIX, permitiendo el desarrollo progresivo de los derechos de los menores; a partir de 1841, las leyes comenzaron a proteger a los niños en su lugar de trabajo, y en 1881, las leyes francesas garantizaron el derecho de los niños a la educación. En el siglo XX se implementó la protección de los niños, incluso en el área social, jurídica y de la salud, la idea de la protección de los derechos de los niños, que comenzó en Francia, se extendió más adelante a toda Europa.

En 1919, con motivo de la creación de la Liga de las Naciones que se transformó en la Organización de las Naciones Unidas, la comunidad internacional le otorgó importancia al tema de los derechos de los niños, y se elaboró el Comité para la Protección de los Niños. El 16 de septiembre de 1924, la Liga de las Naciones aprobó la Declaración de los Derechos del Niño o Declaración de Ginebra, fue el primer tratado internacional que otorgó derechos específicos a los niños y responsabilidades a los adultos.

En 1959 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración de los Derechos del Niño, que describe los derechos de los niños en diez principios, aunque no ha sido firmado por todos los países del mundo, es indicativo en vías de la Declaración Universal sobre los Derechos del Niño, y posterior a ella se presentó una Carta de Derechos Fundamentales que exigiera a los gobiernos al respeto de los Derechos de los Niños (en <http://www.humanium.org.mx>).

En 1979, la Organización de las Naciones Unidas realizó la proclamación para que ese año fuera considerado el Año Internacional del Niño, teniendo lugar el cambio de espíritu; así, el 20 de noviembre de 1989, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño: a lo largo de 54 artículos el documento establece los derechos económicos, sociales y culturales de los niños; aunque para las interpretaciones de los preceptos de la Convención es necesario adentrarnos a los Trabajos Preliminares de la Convención sobre los Derechos del Niño (UNICEF en <http://www.unicef.org/spanish/crc/>).

A la fecha se ha convertido en un tratado internacional con vigencia a partir del 2 de septiembre de 1990. Por otra parte, el 11 de julio de 1990, la Organización para la Unidad Africana aprobó la Carta Africana sobre los Derechos y Bienestar del Niño, en 1999 se adoptó la Convención sobre las peores formas de trabajo infantil y en mayo del 2000 se ratificó el Protocolo Facultativo de la Carta Internacional sobre los Derechos del Niño, que trata la participación de los niños en conflictos armados, prohibiendo dicha participación.

“México no ha escapado de la influencia internacional de la protección de los derechos de los niños”, como se desprende de las diez reformas realizadas en el artículo 4o. constitucional donde se ven materializados diversos valores personales, colectivos y públicos a partir de 1971 (De la Madrid, 2004: 25); como producto de una larga evolución de un Estado liberal, a un Estado social, democrático y de derecho; así como la transformación de los derechos individuales al reconocimiento de los derechos colectivos y sociales, como producto de la dinámica social a fin de lograr la justicia social, asimismo, el 25 de enero de 1991, en México se promulga la Carta de los Derechos del Niño.

Por otra parte, los progresos científicos y tecnológicos en el campo de la genética establecieron fuertes debates con notoria incidencia en los derechos humanos. En 1944 se identificó al ácido desoxirribonu-

cleico (ADN) como la base molecular de la herencia; pese a la resistencia de la comunidad científica, en 1953 Watson y Crick propusieron su modelo estructural de la doble hélice, a partir de ahí el progreso de la ciencia genética fue continuo y acelerado, pasando de los abstractos “factores hereditarios” mendelianos a los genes tangibles y manipulables.

En la historia de la genética hay un “antes del ADN” y un “después del ADN”, que la dividen en dos lapsos más o menos equivalentes: el antes, que comprende desde 1865 (en que Mendel hizo públicos sus experimentos) hasta que se “redescubren” las leyes de Mendel en 1944; y el después del ADN, de 1944 hasta nuestro días. El descubrimiento del ADN influyó en la genética de forma particular, en la biología de manera general y en la misma sociedad, algunos autores han afirmado la necesidad de pensar que la historia y filosofía de la ciencia tendrán que incluir la “Revolución del ADN” como un hito fundamental en la historia de la humanidad, lo mismo que la Revolución industrial. De ahí que autores como Vittorio Frosini, que aborda los derechos humanos a partir de la genética y la bioética, haya referido:

El hombre en la sociedad tecnológica, de la sociedad de la información, del Estado de bienestar, se define como el hombre artificial por su nueva imagen interior, que lo hace sentir distinto del hombre encerrado en el seno de la naturaleza; y podría no obstante, definirse, por su eficacia inventiva, como *homo artifex*, el demiurgo de un mundo nuevo, material y moral, en el cual el progreso de la sociedad tiene sus estándares en los derechos humanos (Frosini, 1997: 7).

De modo tal que la nueva metodología hermenéutica del derecho debe partir de la concepción de los derechos humanos como principios orientadores de guía moral, es decir, como reglas de comportamiento práctico, como puntos firmes de referencia de una ética de la situación, contraria a la ética de preceptos, a una ética del caso concreto, de la responsabilidad personal, de la decisión autónoma, si se viera privada de esos emblemas de humanidad, de la estructura moral como el cuerpo vivo, retomando a Emmanuel Kant. Con motivo del progreso en la ingeniería genética, en 1971 cobró auge la bioética, a partir de la obra del oncólogo y humanista norteamericano Van Rensselaer Potter, quién escribió el primer libro titulado *Bioética*.



La bioética intenta relacionar nuestra naturaleza biológica y el conocimiento realista del mundo biológico con la formulación de políticas encaminadas a promover el bien social; en su sentido amplio puede referirse directamente al hombre mismo –ya sea a nivel individual, de población o de especie– o indirectamente cuando el problema bioético afecta a su entorno ecológico, tanto si se refiere a los seres vivos (plantas o animales) como a la naturaleza inanimada, consiste en el diálogo interdisciplinar entre vida y ética; debido a su trascendencia, la bioética es considerada por algunos como la “ética del siglo XXI” (Cerezo en <<http://cerezo.pntic.mec.es/~jllacaden/presen00.html>>).

El impacto producido por la genética y la bioética provocó que el 11 de noviembre de 1997 la UNESCO aprobará la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos en cuyo texto hace referencia a la necesidad de educar a la sociedad en bioética y a institucionalizar la presencia de los *Comités de Bioética* en la toma de decisiones. En España existe la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida (1997), la Comisión Nacional de Bioseguridad (1997), se han realizados foros para la discusión de temas como la manipulación: genética humana, del ADN humano, de células humanas, individuos humanos; manipulación de poblaciones humanas, embriología y reproducción humana, reproducción asistida, experimentación con embriones, clonación, organismos modificados genéticamente, por mencionar algunos de los temas.

Los debates surgidos por esta etapa de revolución científica han logrado trabajos inter y multidisciplinarios; considerando que aun con los progresos científicos debe existir el respeto de la dignidad humana, para ello se han creado diversos instrumentos internacionales a fin de salvaguardar los derechos que pudieran verse afectados, para establecer límites a la actividad científica a partir del principio de responsabilidad de las generaciones presentes para con las generaciones futuras, como los siguientes:

El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respeto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina de fecha 4 de abril de 1997 (Convenio de Oviedo), el informe explicativo del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con Respeto a las Aplicaciones de la Biología y la Medicina (1997), la Declaración Universal sobre Genoma y Dere-

chos Humanos de la Unesco, de 11 de noviembre de 1997, la Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras de la UNESCO, del 12 de noviembre de 1997.

El Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respeto a las aplicaciones de la biología y la medicina sobre la prohibición de clonar seres humanos, de enero de 1998, y la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de 19 de octubre de 2005, por citar algunos de los instrumentos que conforman nuestro trabajo de investigación.

Tal y como ha referido la doctora Brena Sesma (Cienfuegos *et al.*, 2006: 143-159), de ahí que considerara importante brindar un panorama histórico de los derechos humanos relacionados con la genética y las técnicas de reproducción asistida.

En lo que respecta a las técnicas de reproducción asistida, los antecedentes se encuentran en los trabajos del investigador británico Robert Geoffrey Edwards, uno de los creadores de la fertilización *in vitro* (FIV) y Premio Nobel de Fisiología y Medicina; la fertilización *in vitro* (FIV) ha sido el procedimiento revolucionario sobre reproducción humana.

El 25 de julio de 1978 nace Louise Joy Brown de Bristol, Inglaterra; el primer ser humano producto de la fertilización *in vitro*, acontecimiento que marcó la era de los “bebés de probeta”. Posterior a los trabajos de Edwards y Steptoe, los avances en el campo de las técnicas de reproducción asistida han sido asombrosos, dando lugar a nuevos procedimientos para permitir “la capacidad reproductiva de nuestra especie que puede expresarse antes de nacer o después de la muerte, los límites temporales o tradicionales ya no existen” (Flores y Brena, 2012: 23).

Así, el progreso de la genética ha sido de tal magnitud que es posible la manipulación genética ahora a partir de células embrionarias conocidas como células troncales para crear incluso células sexuales (femeninas y masculinas), todo lo anterior, justificado para fines terapéuticos y reproductivos (Geijsen, 2004: 106-107) (Nayernia, 2006: 125-132) (Clark *et al.*, 2004: 727-739); lo que hace evidente la necesaria reflexión sobre los derechos en juego inmersos.

## Conceptos vinculados a las técnicas de reproducción asistida y algunos postulados teóricos de los derechos humanos

En líneas anteriores comentamos que el término bioética surgió en 1971 con la obra de Van Rensselaer Potter, pero el término bioética deriva de la fusión de dos vocablos griegos: *bios*, “vida”, y *ethos*, “moral”; “expresa el concepto del mundo de la civilización clásica, como la relación, el vínculo o el puente entre la naturaleza, creadora de la vida física, y la sociedad, artífice de las reglas de conducta humana” (Frosini, 1997: 76). Por su parte, en la obra *el Estatuto epistemológico de la bioética*, Miguel Kottow (2005: 15) concluye:

La bioética es una disciplina que amalgama conocimientos teóricos de ética, se somete a los rigores del debate analítico, se abre al conocimiento empírico y lo incorpora en la medida que lo requiere para valorar las realidades, las proyecciones, los dilemas y las situaciones problemáticas que se dan en el ámbito de la reflexión. El discurso de la bioética se somete a criterios de racionalidad, razonabilidad o plausibilidad, prudencia, coherencia interna de los pronunciamientos entre sí, y coherencia externa de lo aseverado con relación a antecedentes históricos y a la realidad social coetánea.

Es decir, la bioética es más amplia que una ética común, comprende la ética teórica y aplicada, con una orientación pragmática como aporte racional y con ayuda del debate analítico para la solución de los problemas concretos derivados de la tecnociencia y sus prácticas complejas, que sobrepasan el sentido moral común. La bioética tiene, por lo menos, dos funciones reconocidas y distintas, pero no separadas: una teórica y crítica, también llamada “analítica” y otra propiamente práctica, o “normativa” [En otras investigaciones se ha expresado que la bioética es la respuesta que pretende encauzar el uso y la aplicación de las tecnologías para que sirvan realmente al progreso de la humanidad] (*La bioética un reto del tercer milenio*, 2002: 19).

Por otra parte, la biogenética, también llamada “ingeniería genética”, es también la fusión de dos vocablos griegos: *bios* “vida” y “genética” del griego *gen* “llegar a ser, convertirse en algo”; trata sobre el desarrollo de técnicas, métodos y procedimientos que permiten una manipulación directa del material genético para alterar la información

hereditaria de una célula, organismo o población. Se pueden producir cantidades ilimitadas de productos biológicos, de otra manera escasos, aplicando la biogenética, identificando y transportando los genes que codifican para los productos de interés hacia nuevos sistemas biológicos de mayor eficiencia.

En 1979, los bioeticistas Beauchamp y Childress definieron los cuatro principios de la bioética: el de beneficencia, no maleficencia, autonomía y justicia, su antecedente fue el *Informe Belmont* (Congreso de Estados Unidos, 1978). Posteriormente, Hans Jonas (1979: 25-35) agrega el principio de responsabilidad, como un nuevo imperativo ético, anteriormente impensable, de un deber de las actuales generaciones hacia las generaciones futuras, establecido de la forma siguiente:

Actúa de tal manera que los efectos de tu acción sean compatibles con la permanencia de una vida humana auténtica sobre la Tierra; o, expresado negativamente: actúa de tal manera que los efectos de tu acción no sean destructivos para la futura posibilidad de una vida humana auténtica.

Este principio obliga, por decirlo de algún modo, a actualizar la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; y en 1998, la Asamblea General de las Naciones Unidas ratificaba y hacía suya la Declaración Universal de la UNESCO sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, de 1997.

Al aplicarle una comprensión valorativa se orienta el contenido jurídico, intentando armonizar la complejidad de la realidad social, ya no se observa al sujeto como un objeto alejado, sino se observa al sujeto como parte de una sociedad (Rearte, 2007 en <[www.redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=15311814](http://www.redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=15311814)>), conociéndolo no sólo como sustancia sino como un ser humano, desde diferentes campos del saber, desde el aspecto biológico, antropológico, psicológico, social, histórico, político y económico, por citar algunos.

En este tenor, el “principio de la responsabilidad” de Hans Jonas es una evaluación crítica de la ciencia moderna y de su “brazo armado”, la tecnología. El filósofo muestra la necesidad que el ser humano tiene de actuar con cautela y humildad frente al enorme poder transformador de la tecnociencia. El orden ético está presente no como realidad visible, sino como un llamado sensato que pide calma, pru-

dencia y equilibrio. El imperativo tecnológico elimina la conciencia, elimina al sujeto, elimina la libertad en provecho de un determinismo. La superespecialización de las ciencias mutila y distorsiona la noción del hombre. Plantea que es necesaria una nueva propuesta ética, que contemple no sólo la persona humana, sino también la naturaleza; no basta, por tanto, una ética de la prudencia, es necesaria una ética del respeto, fundamentada en el temor al propio peligro que somos capaces de prever.

Señala que debe ser una ética de la responsabilidad centrada en este nuevo deber del hombre de preservar su propia especie, frente a una ciencia sin valores ni responsabilidad que nos promete una utopía de progreso indefinido y se siente afectivamente responsable aquél a quien se le confía la guarda de algo percedero; así, la inconsecuente intervención del hombre puede llevarlo a la muerte. El principio de responsabilidad hacia las generaciones futuras es extensible a la investigación genética y biomédica actual, pues Jonas propone: “Actúa de tal modo que los efectos de tu acción sean compatibles con la permanencia de una vida humana auténtica” (Jonas, 1995: 30).

El contenido de los conceptos anteriores nos ayudarán a fundamentar las conclusiones y propuesta que se presenta, siendo preciso ahora abordar los conceptos de esterilidad, infertilidad y reproducción. Ernesto Pérez (Guzmán, 2001: 19-20) nos dice:

En México se denomina esterilidad a la ausencia de concepción después de un año de relaciones sexuales frecuentes, sin usar protección; e infertilidad, al estado donde se logra la concepción pero no hijos viables. La infertilidad puede no ser definitiva y la esterilidad es una incapacidad definitiva o irreversible para concebir, aunque en algunos casos esta imposibilidad puede corregirse mediante procedimientos médico-quirúrgicos.

La esterilidad es una consecuencia de una enfermedad, y se acompaña de una carencia sustancial que es la falta de descendencia de quienes la padecen; esterilidad, lo que no produce nada.

La infertilidad y la esterilidad se usan de forma indistinta como sinónimos; otro término empleado es el de fecundidad, el cual es la probabilidad de lograr el embarazo durante un ciclo menstrual.

La infertilidad es un acontecimiento en la vida de hombres y mujeres caracterizado por la dificultad para concebir y procrear un hijo.

Es un padecimiento complejo, tiene factores determinantes y consecuencias múltiples que se relacionan, entre otras cosas, con la historia sexual y el estilo de vida, así como con las expectativas del medio sociocultural y genérico de las personas afectadas (Cardaci y Sánchez Bringas, 2009: 79).

En el polo opuesto se entiende que reproducción, de acuerdo con la Real Academia Española, es un proceso por el que un ser vivo origina otro ser vivo, al que transmite su información genética: la reproducción sexual conlleva la fusión de células sexuales haploides o gametos, a diferencia de la reproducción asexual, en la que el nuevo ser se genera a partir de un único progenitor; es un proceso mediante el cual los seres vivientes dan origen a su descendencia perpetuando la propia especie.

Alonso (1982: 22), en la obra *la Ciencia de la vida*, dice que la reproducción es una función básica de los seres vivos, como el proceso que permite la continuación de la vida, tanto en el tiempo, porque la perpetua, como en el espacio, porque sustituye a los que mueren e incrementa el número de individuos. La reproducción tiene una íntima relación con la transmisión hereditaria y con la evolución de las especies, procesos que son comunes a todos los sistemas vivos, aunque con diversas modalidades (sexuales o gámicos y asexuales o agámicos).

De los conceptos anteriores surgen las incógnitas y planteamientos que posteriormente se plantearán, en virtud de que, al menos hasta antes del nacimiento de Louise Brown (1978), la reproducción humana era una capacidad del ser humano considerada como natural, pero ahora con motivo de los problemas de esterilidad e infertilidad, se presente como un verdadero derecho subjetivo.

Por otra parte, las técnicas de reproducción asistida (TRA) son prácticas médicas mediante las cuales se trata de aproximar en forma artificial a los gametos femeninos (óvulos) y masculinos (espermatozoides) con el objeto de favorecer el embarazo.

Otros autores, como Barroso (Brena, 2012: 8), señalan que son todos aquellos procedimientos que facilitan la interacción entre gametos (masculino y femenino) y que aumentan la posibilidad del embarazo. En un principio se concibieron con una finalidad terapéutica para solucionar los problemas de infertilidad y esterilidad; pero actualmente se consideran como un verdadero derecho subjetivo que

postula un medio de reproducción alternativo; que puede ser utilizado por mujeres y hombres sin ninguna distinción de estado civil, de opción sexual (Guzmán, 2001: 132-133).

Existen diversos criterios para clasificar a las técnicas de reproducción asistida, entre las que se tiene:

Las técnicas de baja complejidad, incluye la hiperestimulación ovárica controlada (HOC), a manera de no sólo asegurar el crecimiento y desarrollo del gameto femenino “óvulo”, sino de favorecer la probabilidad de éxito del embarazo, incrementando el número de óvulos potencialmente fecundables por ciclo.

Lo anterior puede ser acompañado del coito programado en los días periovulatorios “fértils” o bien, de la inseminación artificial en la que los espermatozoides del varón son seleccionados, centrifugados y colocados en un medio líquido óptimo, a manera de capacitarles para favorecer su movilidad, para posteriormente depositarlos dentro de la cavidad uterina. De esta forma, libremente los gametos masculinos prosiguen su camino hacia la porción distal de las trompas uterinas, donde se encontrarán con el óvulo.

Las técnicas de alta complejidad incluyen la fertilización *in vitro* (FIV), en la que, a diferencia de las estrategias antes mencionadas, no sólo se realizan la hiperestimulación ovárica controlada y la capacidad de los espermatozoides, sino que se obtienen los óvulos directamente de cada ovario por medio de la punción y aspiración vaginal con guía ultrasonográfica y se realiza la fertilización en el laboratorio. Una vez evaluada la calidad de los embriones, éstos son introducidos, a través de un catéter, dentro del útero en el paso tradicionalmente denominado “transferencia embrionaria (FIVTE)”.

Cuando el factor masculino está alterado en mayor grado, se agrega a esta FIV la micromanipulación de los gametos en el laboratorio, realizando en forma directa la introducción de un espermatozoide de calidad óptima al interior del óvulo, para posteriormente evaluar el desarrollo del o los embriones y transferirles al interior del útero; este procedimiento es conocido como ICSI (inyección intracitoplásmica del espermatozoide) (Barroso y Brena, 2012: 9).

Es preciso aclarar la diferencia entre la inseminación artificial y la fecundación *in vitro*, pues casi siempre se confunden por ser ambas

técnicas de reproducción asistida. La inseminación artificial consiste en colocar el semen fresco o congelado en el útero de la mujer, sin contacto sexual, y puede ser homólogo o heteróloga; según la fuente de donde se obtenga el semen, es inseminación “artificial”, porque la conexión entre óvulo y espermatozoide no se hace en forma natural, aunque la posterior fecundación y gestación continúan su proceso bajo las condiciones de la naturaleza. La técnica que se puede utilizar es intravaginal, cervical o pericervical e intrauterina.

La fecundación *in vitro* tiene un procedimiento distinto, se realiza en probeta, pero al igual que la inseminación artificial, puede ser homóloga y heteróloga, según se trate del óvulo del cónyuge o de una mujer extraña, de semen de marido o de un donante. La fertilización *in vitro* y el cultivo de embriones son técnicas que permiten crear una trompa de Falopio artificial en la cual puede ocurrir la fertilización y continuar la segmentación hasta el momento en que el embrión sea transferido al útero. Es decir, en la fecundación *in vitro* se suple a la trompa en sus funciones de recoger el óvulo, servir de receptáculo a la fecundación y transportar el huevo a la cavidad uterina.

De las aclaraciones respectivas deriva otra forma de clasificar las técnicas de reproducción asistida, según el tipo o fuente de los gametos sexuales; y que consiste en *homóloga* y *heteróloga*, según el origen o las personas que aportan los gametos, como se expondrá a continuación.

La inseminación artificial de tipo homólogo recibe este nombre porque el esperma se toma del propio marido y se hace llegar al óvulo de la esposa, introduciéndolo en el útero materno. Es decir, se realiza como si sucediera por vía natural, pues el semen se deposita en la vagina, en el cérvix o en el útero, según las indicaciones médicas, en el momento en que la ovulación está próxima a realizarse.

La inseminación artificial y la fecundación *in vitro* de tipo heterólogo es la que se práctica con semen de un donador, o bien con los óvulos de una donadora, o bien con células sexuales de donadores que nada tendrán que ver con los padres que se hagan cargo del menor producto de ese tipo de inseminación. Lo que plantea diversos debates, considerando que los gametos sexuales provienen de donadores, ya sea masculino o femenino, o de ambos; quienes sólo aportan los gametos, pero de ninguna forma se harán cargo del menor producto de este tipo de técnicas.



Por otra parte, de entre las distintas posibilidades de procreación han aparecido los contratos de maternidad subrogada en sus distintas variantes, se realiza a través de la fecundación *in vitro* y transferencia del embrión o inseminación artificial y consiste en contar con los servicios de una mujer para que lleve el embarazo y entregue al niño o la niña, al nacer, a las personas que lo han encargado. Puede revestir formas diversas de la maternidad-paternidad-filiación y pueden intervenir hasta tres madres y dos padres: por un lado, los padres legales o educadores, no genéticos, que se responsabilizan del cuidado del niño después de nacer; por otro, los padres genéticos: los proveedores del óvulo y el espermia; finalmente, la madre portadora o alquilada, que se limita a llevar el embarazo. La mujer inseminada es una madre sustituta que ha prestado su útero para que pueda lograrse en él lo que no podría realizar una mujer estéril.

Una tercera posibilidad es que una mujer aporte el óvulo, otra gestante el embrión y que una tercera, que encargó el proceso, se quede con el niño; así, la maternidad queda fragmentada; existe una madre biológica, otra gestante y una conocida como social, pues es quien solicitó el proceso.

Lo anterior genera incertidumbre en cuanto a la filiación del niño producto de este tipo de prácticas médicas; de acuerdo con el *Diccionario Enciclopédico de Derecho*; el vocablo filiación proviene del latín *filatio-onis, de filius, hijo*; y es la relación que, de hecho y por razón natural, existe entre el padre o la madre y su hijo, conocido jurídicamente como filiación, es una situación creada entre ambos progenitores y su prole. Del hecho de la generación deriva un conjunto de relaciones jurídicas permanentes entre los progenitores y su hijo. Planiol define la filiación como: “La relación que existe entre dos personas de las cuales una es el padre o madre de la otra. Esta situación crea el parentesco en primer grado y su repetición produce las líneas o series de grados”.

Es decir, el fenómeno biológico de la reproducción de los seres humanos encuentra su expresión en el derecho, en función de ciertos valores culturales, de esencia ético-social, pues a nadie puede escapar que la procreación y el instinto sexual son el origen de la familia, base primaria de la organización de la sociedad. La filiación, partiendo de ese hecho biológico, imprime estabilidad a la relación paterno-filial, que en palabras de Cicu, “sobrepasa la vida individual” y contribuye a

formar el núcleo social primario de la familia a través de un complejo de relaciones jurídicas que nacen del estado civil o estado de familia.

Actualmente, por medio de la fecundación artificial (*in vitro*), la implantación del embrión, la maternidad subrogada y la adopción prenatal, puede ocurrir (y con frecuencia ocurre) que el padre o la madre o ambos no sean los verdaderos progenitores de una persona, porque su concepción, gestación y nacimiento no tiene nada que ver con uno o con otro de las personas que se atribuyen o se ostentan públicamente como progenitores, con detrimento grave de los derechos del hijo aparente y del mismo grupo familiar a que pertenecen quienes se hacen aparecer como padre o madre de una persona engendrada mediante las manipulaciones que establecen dichos procedimientos. Estas y otras posturas serán objeto de análisis en los siguientes capítulos.

La maternidad y paternidad, a decir de algunos autores, constituyen constructos sociales, aunque no es posible negar la trascendencia biológica que reviste para la regulación de derechos y obligaciones que derivan de este hecho natural. En la época antigua no se hubiera pensado sobre la necesidad de clasificar o dividir la maternidad y paternidad, a decir de algunas autoras como Pérez Duarte (1994: 185) y González Contró (Brena, 2012: 111), señalan que las técnicas de reproducción asistida han puesto en entredicho el principio (Paulino) vigente durante siglos en Occidente:

*Mater Semper certa est*, pues hoy puede haber múltiples significados de lo es que la maternidad. Resulta paradójico que los avances científicos han permitido establecer con certeza la paternidad genética mediante las pruebas de ADN y, al mismo tiempo, reducir la seguridad de la filiación con el empleo de las técnicas de reproducción asistida. Así, en la actualidad, mientras se pueden garantizar de mejor manera los derechos del niño(a) respecto del padre, en algunos casos de poner en riesgo otros derechos vinculados con la filiación, debido a la existencia de diversos tipos de “maternidades” y “paternidades”, aunque también es claro que no todos los casos de reproducción asistida son igualmente problemáticos.

Entre los diversos tipos de “maternidad” encontramos los siguientes: pueden coincidir todas en una sola mujer (como sucede en la mayoría de los casos), o corresponder a una o más a distintas mujeres; pudiendo clasificar e incluso dividir la maternidad en:

\* Maternidad social: la maternidad social se refiere al rol asumido por la mujer en la crianza de la niña o niño. Es quien desempeña el papel de madre durante la infancia y adolescencia del hijo, pudiendo haberlo o no gestado. Por ejemplo, una madre adoptiva es la madre social, aunque no gestante ni genética. Es madre social también aquella que procura el nacimiento, aunque no aporte material genético ni geste al niño, siempre y cuando desempeñe el papel de madre.

\* Maternidad genética: se refiere a la mujer que aporta el material genético, es decir, el óvulo para la procreación. Puede tratarse de una donante anónima o coincidir con la madre gestante y diferir de la madre social. En este último caso, por ejemplo, el óvulo de la mujer sería fecundado por el espermatozoide del padre o de un donante y llevaría a cabo la gestación, pero entregaría al bebé al momento de dar a luz. La maternidad legal dependería en este supuesto de la regulación, o a la falta de ella, sobre el parentesco derivado de la reproducción asistida.

\* Maternidad gestante: se trata de la mujer que gesta en su vientre a la niña o niño producto de la reproducción asistida. En caso de no coincidir con la madre social (quien procura el nacimiento), se trata de una subrogación de vientre. Como se mencionó, puede haber aportado el material genético, o haber sido inseminada con el material genético de otra mujer.

\* Maternidad legal: es la mujer reconocida por la ley como madre y, por tanto, ejerce los derechos y deberes vinculados con la patria potestad. La maternidad legal estará determinada por la regulación sobre los distintos supuestos de la reproducción asistida. Por ejemplo, en los Estados en que la maternidad subrogada está prohibida, la madre legal será quien dé a luz, mientras que si está permitida, será la mujer que haya procurado el nacimiento. Derivado de las distintas posibilidades de intervención en la procreación y la falta de legislación es que hay un gran vacío respecto de la maternidad legal.

Por cuanto hace a la paternidad, las autoras Pérez Duarte (1994:185-186) y González Contró (Brena, 2012: 111-113) distinguen las siguientes:

\* Paternidad social: es quien desempeña socialmente el rol de padre. Anteriormente la paternidad social en general iba asociada a una presunción en los casos de hijos nacidos dentro del matrimonio, que establecía la paternidad legal.

\* Paternidad genética: se trata del varón que aporta el material genético para la procreación. Puede tratarse de un donante anónimo, cuyo semen sea utilizado para fecundar a varias mujeres. El padre genético puede también aportar el material para procrear en el vientre de una mujer distinta de su pareja, ya sea con el material genético de ésta, de la madre gestante o de una donadora anónima.

\* Paternidad legal: es la paternidad reconocida por la ley de la cual derivan los derechos y obligaciones vinculados con la patria potestad. Ésta se configura también a partir de una serie de presunciones respecto de los hijos nacidos dentro del matrimonio, pero desde hace algunos años es posible establecerla con seguridad vía las pruebas de ADN.

La clasificación anterior también es considerada por otros autores como Guzmán (2001: 209-219), por lo que no consideramos pertinente por el momento profundizar en el tema, aunque sí ponemos de manifiesto la circunstancia de que aun cuando se ha alcanzado la certeza de la paternidad con las pruebas de ADN, al mismo tiempo, con las técnicas de reproducción asistida, podría llegarse nuevamente a la incertidumbre considerando que los donadores no manifiestan voluntad de ejercer una paternidad, con lo que se generarían quizá nuevos problemas y planteamientos que se mencionarán más adelante.

Otro de los conceptos importantes para el presente capítulo es la identidad como parte del derecho a la identidad, es sumamente complejo; partiremos diciendo que la palabra “identidad” proviene del vocablo latino *identitas*, puede definirse como el conjunto de rasgos propios de un individuo o de una comunidad. Estos rasgos caracterizan al sujeto o a la colectividad frente a los demás; sin embargo, diversos autores distinguen la identidad como un todo complejo, existiendo diversos tipos de identidad, como lo señalan Romeo Casabona y Aparisi en la *Enciclopedia de bioderecho y bioética* (2005: 537), entre los que se tienen:

La identidad personal, como una realidad compleja, con múltiples aspectos, significados y funciones, remite a la dimensión más intrínseca y original de la persona, a las claves que le permiten comprenderse a sí misma y entender su lugar en el mundo. Siguiendo a Erikson, podría definirse como “la habilidad para experimentarse a uno mismo como algo que tiene continuidad y constancia, y de actuar en consecuencia. Para

este autor, presupondría, la certeza de mantener una continuidad interna, así como una adecuada integración personal y social, unida a la capacidad de asunción de un cierto rol”.

Es posible referirse a la identidad desde dos perspectivas complementarias: la objetiva y la subjetiva. Desde un punto de vista objetivo, la identidad nos remite a una realidad dada, que se asume y de la que, progresivamente, se toma conciencia; no se ha elegido el nombre, sexo, constitución somática, temperamento, raza, familia, nacionalidad, cultura o contexto histórico y social en el que se desarrolla nuestra existencia y que, por otro lado, nos confieren una impronta fundamental. Por tanto, dice Romeo (2005: 539), sería adecuado reconocer una identidad colectiva, en la que se inserta la individual. No obstante, es evidente que, por otro lado, la libertad permite a cada persona reorganizar los elementos recibidos de un modo original. Ello nos sitúa ante un aspecto subjetivo de la identidad.

Desde la perspectiva subjetiva, la identidad es, en suma, el resultado de una historia única e irrepetible, porque cada persona es diferente. El individuo humano a lo largo de su trayectoria vital se reinventa a sí mismo, aunque dentro de unos límites finitos. Por ello, desde este segundo punto de vista, se podría definir a la identidad como el resultado de un proyecto vital racional, en el que existe una cierta continuidad entre la realidad recibida y la reelaboración personal de la misma.

Las fases psicológicas evolutivas de la identidad pueden entenderse a la luz del principio epigenético. La epigénesis es un concepto de la embriología que indica el desarrollo continuo de un órgano, según un plan preestablecido, de modo armónico, en relación con todos los demás órganos. El desarrollo personal, después del nacimiento, acontece de modo análogo: en general, cada elemento tiende a aparecer en un momento determinado (*proper rate*) y según cierto orden de sucesión (*normal sequence*). La identidad lograda sería el resultado de la armónica integración de cada uno de estos elementos. Se manifestaría mediante un bienestar psicosocial, unido a la íntima seguridad de ser reconocido y aceptado por los demás.

La conciencia que cada ser tiene de sí mismo está ligada, inevitablemente, a la conciencia del otro. La relacionalidad es intrínseca a la estructura de la persona y, por ello, la identidad se define en conexión con la alteridad: en realidad, la identidad y alteridad se reclaman reci-

procamente. Esta realidad biológica encierra en sí misma un profundo significado personal. Spaemann denomina identidad natural básica a la dimensión biológica de la persona. Dicha dimensión natural –el organismo– permite que el ser humano sea en todo momento re-identificable desde fuera.

A grandes rasgos, podemos decir que la identidad biológica se refiere al conocimiento del origen biológico; por su parte, la identidad genética se enfoca a algo más complejo, a la originalidad, a la autenticidad, a ser una persona única e irrepetible por el conjunto de combinaciones genéticas que pueden existir y que hacen a la persona auténtica; constituye algo sumamente complejo, y que es protegido por el derecho desde diversas aristas, principalmente en el derecho penal se protege prohibiendo la clonación humana, mientras que la identidad biológica hasta ahora es confundida con la filiación; al respecto existen posturas a favor y en contra, básicamente se puede decir que atiende a confusiones teóricas y jurídicas, siendo necesario saber cuál es el bien jurídico tutelado para entender y formarnos una definición y diferencia entre la identidad genética y la identidad biológica o si al cabo de todo pueden unirse ambos conceptos para brindar una mayor protección.

La identidad y el derecho a la identidad, entendido en sentido amplio, es un derecho complejo, algunos autores señalan que constituye un núcleo en torno del cual el bien jurídico es protegido mediante la vigencia de un conjunto de derechos relacionados.

Así, en una primera acepción por el derecho a la identidad, se protege la vida humana y en sí única, indivisible, individual y digna. Al respecto, el doctor Hugo Daniel D'Antonio (ONI, 2006), disertante de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia de Menores y Familia, define el derecho de la identidad como el presupuesto de la persona que se refiere a sus orígenes como ser humano y a su pertenencia, abarcando su nombre, filiación, nacionalidad, idioma, costumbres, cultura propia y demás elementos componentes de su propio ser. Como señala Gómez Bengoechea (2007: 57), el reconocimiento expreso y autónomo del derecho a la identidad es relativamente reciente. Sólo desde hace algunos años ha comenzado a ser mencionado en el ámbito internacional y en el derecho interno de los diversos países.

Hasta la fecha, una de las características de este derecho, debido posiblemente a lo novedoso de su reconocimiento, es la ausencia de un contenido uniforme en los distintos ordenamientos jurídicos. Por ello, aunque se comience a reconocer como derecho autónomo, su configuración varía notablemente. Por otro lado, también encontramos la tendencia a reducirlo a uno de los elementos que lo configuran, pero que no lo abarcan plenamente, como por ejemplo, la filiación. De hecho, es muy frecuente que el derecho a la identidad se remita exclusivamente a la facultad legal de acceder y conocer el origen biológico de una persona.

Es evidente que el derecho a la identidad debe ser contemplado de forma amplia en las prácticas de reproducción asistida, no sólo en lo que respecta a la clonación, sino interpretado como un derecho en sentido amplio, desde la perspectiva y fundamentación de los derechos de los niños.

Los derechos de los niños casi no son previstos al legislarse lo relativo a las técnicas de reproducción asistida y existen confusiones terminológicas, que se han regulado en algunos países como Alemania: la protección del *nasciturus*, que se refiere al concebido no nacido, a quien está en el seno materno y tiene una protección jurídica. *Nasciturus* significa también el no nato, que es un producto protegido por el Código Civil mientras está en el seno materno y que, si nace muerto, nunca fue persona; por el contrario, si resulta vivo y viable, es decir, nace con la capacidad de convertirse en persona física jurídica, la ley, por una ficción legal, lo considerará como tal desde que fue engendrado, desde que fue concebido, desde que, como opinan algunos juristas, empezó a haber vida en el claustro materno.

Por las posturas ideológicas y la idiosincrasia de las sociedades modernas, el *nasciturus* puede o no ser contemplado y protegido, aunque reiteramos, deberían existir parámetros que permitan su protección, considerando que se convertirán en futuros niños, de darse las condiciones adecuadas.

De acuerdo con González Contró (2008:17-19; 2012: 2-4), el concepto de niño fue desarrollándose a lo largo de la historia como resultado de diversas circunstancias. Durante siglos fue considerado únicamente un renuevo de la estructura social, su valor estaba determinado por su pertenencia a una familia y como tal se consideró en las primeras atribuciones de derechos subjetivos que lo excluyeron

como titular individual, incluyéndolo en la esfera paterna del ciudadano –varón– propietario. No es sino hasta hace muy poco que se comienzan a estudiar los rasgos distintivos del niño y se ve la necesidad de garantizar ciertas condiciones para su desarrollo.

Por otra parte, la historia de la infancia como categoría social tampoco había sido objeto de interés hasta 1962, cuando Philippe Ariés, con su obra *L'Enfant et la vie Familiale sos l'Ancien Regimen*, puso de manifiesto la ignorancia en la que había permanecido esta etapa de la vida y suscitó la curiosidad por conocer las consecuencias de esta falta de distinción a lo largo de los siglos.

En las obras de Mónica González Contró (2008: 471-487; 2012: 52-77) encontramos las propuestas de fundamentación de los derechos de los niños como parte de las teorías que sustentan las conclusiones a las que llegaremos en el apartado correspondiente; González Contró (2012: 17-23) nos dice que el problema de los derechos de los niños no se encuentra en el derecho objetivo, sino en el subjetivo para poder ejercitar de forma directa esos derechos, los niños sólo pueden ser titulares de derechos, pero no pueden defenderlos directamente; mucho menos participan en las legislaciones que deben velar por sus derechos.

La limitación que existe en los derechos de los niños se expresa mediante la evolución que han sufrido sus derechos con reciente reconocimiento; basados en teorías a veces liberales, utilitaristas, paternalistas, según el caso, entre las que se encuentran: teoría de la voluntad o del reclamante, teoría del interés o del beneficiario; citando a Ortiz, González Contró nos dice que la protección de los derechos de los niños constituye una responsabilidad, un deber moral colectivo, de ahí que deben establecerse reglas de conducta de acuerdo con la capacidad moral de comprensión.

González Contró (2012: 27) coincide con Robert Alexy al señalar que existen libertades protegidas directamente y otras que deben ser protegidas indirectamente para efecto de no causar daño al agente, aunque existen objeciones a las teorías de interés, interviniendo las posturas paternalistas, que son rechazadas por los adultos por la autonomía de la voluntad y la creencia de que los hijos son propiedad de los padres; en realidad, las teorías del interés y las paternalistas son un poco más aceptables para las posturas teóricas de los derechos de los niños, igualmente se tiene la postura de la visión utilitaria que entien-



de a los niños como material para el futuro de la sociedad, sin considerar su dignidad presente; cada derecho involucra una serie de intereses, la teoría voluntarista establece como punto de partida la facultad de realizar o renunciar a un derecho, la teoría del interés señala que un derecho se convierte en algo forzoso que debe cumplirse.

La realización de un derecho humano es una exigencia de importancia moral, pertenecen a los derechos subjetivos, que obliga al Estado a señalar determinados principios considerando la desventaja y la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los niños frente a los adultos, rebasando la dignidad del niño; la dignidad es la consideración y respeto que merece todo ser humano, considerar al otro como un igual.

La propuesta que realiza González Contró se basa en fundamentos tanto teóricos como jurídicos y conceptuales, pero también filosóficos; para lograr la equidad de los derechos de los niños frente a los derechos de los adultos, se requiere políticas públicas de prevención, garantía y protección a los derechos de los niños, siendo necesario el análisis de las categorías sociales y el enfoque de derechos entre las relaciones, decisiones y derechos de los adultos frente a los de los niños.

La reforma en materia de derechos humanos realizada en nuestro país el 10 de junio de 2011 implica obligaciones por parte del Estado para realizar acciones a favor de los niños, pese a las resistencias culturales, sociales, jurídicas y de otra índole para reconocer a los niños y niñas como titulares de derechos, esto, sumado al fenómeno que se presenta señalado en líneas anteriores, tiene como consecuencia colocar a los niños y niñas en una condición de especial vulnerabilidad, frente a las técnicas de reproducción asistida, especialmente las de tipo heterólogo en donde todos los que participan son personas diversas que se encargarán de cuidar y velar por los derechos del menor, que ni siquiera se encuentra contemplado qué sucedería con dichos menores si posterior a su nacimiento se niega su reconocimiento legal.

Lo anterior supone la necesidad de poner un especial énfasis en la obligación de promoción de los derechos de los niños por parte del Estado mexicano, para así poder avanzar hacia el respeto, protección y garantía de los mismos.

En un sentido similar, Robert Alexy nos señala postulados y criterios para efecto de resolver los conflictos que se presentan en la prác-

tica de los derechos humanos, principalmente cuando se da una colisión de tales derechos, como la que se puede presentar en las técnicas de reproducción asistida en donde, por una parte, se tiene el derecho a la procreación y, por otra, el derecho a la identidad genética que tienen los menores.

Para Alexy (2003: 93-137; 2004: 39-65; 2007: 457-493), toda aseveración acerca de la existencia de un derecho fundamental presupone la vigencia de una norma de derecho fundamental, una norma de derecho fundamental, según su estructura, puede ser principio o regla. Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas existentes. Por tanto, los principios son mandatos de optimización. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces hay que hacer exactamente lo que ella exige. De modo que las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo posible, tanto en lo fáctico como en lo jurídico. La diferencia entre regla y principios no es de grado, sino cualitativa.

Cuando existe un conflicto entre reglas, hay dos formas de solucionarlo. La primera es introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimina el conflicto. La segunda es declarando inválida por lo menos una de las reglas, mediante reglas tales como *lex posterior derogat legi priori* o *lex specialis derogat legi generali*, aunque también es posible proceder con la importancia de las reglas en conflicto. En todo caso, la decisión que se toma para solucionar un conflicto de reglas es una decisión acerca de la validez de alguna de ellas.

El conflicto o colisión entre principios no es un problema que se resuelve haciendo que un principio invalide a otro, sino ponderando a qué principio se le debe dar un mayor peso específico. En este sentido, el autor habla de que, bajo ciertas circunstancias, un principio *precede* a otro. A esto Alexy llama la *ley de colisión*, es de fundamental importancia en la *teoría* de Alexy, ya que refleja que los principios, en primer lugar, son mandatos de optimización entre los cuales no existen relaciones absolutas de precedencia, y en segundo lugar, que se refieren a acciones y situaciones que no son cuantificables.

Alexy hace notar que la Ley Fundamental alemana al parecer establece por lo menos un principio absoluto, al señalar en su artículo 1o., párrafo 1, frase 1: “La dignidad humana será inviolable”, afirma que

la norma de dignidad humana puede ser tratada como regla o como principio. Cuando la norma de la dignidad humana es tratada como regla, la cuestión es si la norma es violada o no, si se lesiona o no la dignidad humana. Para Alexy, la Ley Fundamental contiene un sistema combinado de principios y reglas de derecho fundamental. Incluso existen normas que tienen un carácter doble, como es el caso del artículo 1o. citado.

Ahora bien, para que la ponderación entre diversos principios siga siendo racional, el autor formula también una *ley de ponderación*. De esta forma, la medida de satisfacción o de no satisfacción o de afectación de uno de los principios deberá depender del grado de importancia de la satisfacción del otro. Ya desde la misma definición de principio, que es un mandato de optimización en la medida de lo posible, aquello que es ordenado por el principio fue puesto en relación con aquello que es ordenado por principios opuestos.

Para el autor, la ponderación no se trata de una cuestión de todo o nada, sino de una tarea de optimización. Por otra parte, la *ley de ponderación*, en cuanto tal, no formula ninguna pauta que podrían ser resueltos los casos. Sin embargo, el modelo de ponderación como un todo proporciona un criterio al vincular la ley de ponderación con la teoría de la argumentación jurídica racional. La ley de ponderación dice qué es lo que tiene que ser fundamentado racionalmente.

### **Aspectos jurídico-prácticos de las técnicas de reproducción asistida y de los derechos de los niños**

La Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, reconoce el derecho a la identidad que tienen los niños, fundamentalmente, los aspectos de la identidad relacionados con los orígenes biológicos de una persona.

En su artículo 8o., se establece lo siguiente: 1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, nombre y relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la

asistencia y protección adecuadas con miras a reestablecer rápidamente su identidad.

Por lo que se refiere al derecho comparado, la identidad personal o sus manifestaciones concretas están, en general, reconocidas en el derecho interno de los diversos países. No obstante, en la línea de lo ya señalado, el contenido que se le asigna a este derecho es diverso, pudiendo variar, significativamente, de un país a otro. Siguiendo a Gómez Bengoechea (2007: 79), sería posible destacar tres modelos de reconocimiento constitucional de este derecho:

*a)* Países que consagran el derecho a la identidad como derecho autónomo y con contenido propio. Incluso, pueden llegar a incluirlo entre los derechos fundamentales. Sería el caso de Portugal, Rumania, Ecuador, Perú o Paraguay.

*b)* Constituciones que no reconocen, de manera autónoma y expresa, el derecho a la identidad pero sí alguna de sus dimensiones como, por ejemplo, la identidad de los pueblos indígenas (reconocida, con frecuencia, en las Constituciones de los países, latinoamericano como, por ejemplo, Venezuela, Nicaragua, Panamá, Colombia., Paraguay, Argentina, Bolivia...); la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad (España o Alemania); la determinación de la filiación y la investigación de la paternidad (Italia, Venezuela, Panamá, El Salvador, Suiza...); la identidad nacional y cultural (Guatemala, Colombia...); el nombre y la inscripción en el Registro (Venezuela, El Salvador...). En algunos países, a la protección de alguna de sus manifestaciones de la identidad, se une el reconocimiento de la identidad como derecho autónomo.

*c)* Por último, encontramos constituciones que no reconocen un derecho autónomo a la identidad, ni tampoco protegen sus expresiones o manifestaciones más comunes. Entre tales países podrían mencionarse Francia, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Suecia, Rusia, Chile, México...

Asimismo, el acceso a la identidad biológica en los procesos de adopción y reproducción artificial es igualmente variante en los diferentes países, como referimos en líneas arriba; Romeo Casabona (2005: 557) refiere que en la identidad personal es posible distinguir entre componentes recibidos y contruidos, aunque ambos están llamados a combinarse armónicamente. Entre los primeros merece es-

pecial atención la filiación. El reconocimiento del origen biológico constituye una pequeña parcela de la identidad. Sin embargo, su representación en la conformación de una personalidad equilibrada es muy decisiva. En realidad, la identidad biológica es uno de los elementos más importantes que conforman la identidad a nivel personal y social. Ello puede ayudar a explicar por qué el derecho a la identidad se reconduce, en muchas ocasiones, al derecho a conocer el origen biológico de una persona. Este derecho incluiría, entre otras, las siguientes exigencias jurídicas:

*1.* El derecho del recién nacido a ser identificado e inscrito en el Registro Civil. *2.* El derecho a la determinación de la filiación, la problemática se plantea, de una mera más específica, en la reproducción artificial con intervención de donante/s. En este tema, aunque existe una regulación jurídica muy diversa, es posible reconocer dos corrientes legislativa: *a)* La primera, encabezada por Alemania y Suecia, otorga prioridad a la dignidad y los derechos del niño y, en concreto, a su derecho a tener una familia biparental compuesta, en la medida de lo posible, por su padre y madre naturales. Se tienen que reconocer al hijo el derecho a una maternidad no disociada (no se suele admitir la donación de óvulos) y a la propia identidad, de tal modo que, en el supuesto de la donación de esperma, admite el derecho a conocer la identidad de su padre biológico; *b)* La segunda corriente otorga prioridad a la eficacia de las técnicas, a la intimidad del donante, o a los deseos de los padres. Los países que optan por esta dirección no ponen obstáculos a las técnicas heterólogas (con disociación entre padres biológicos y legales), y no otorgan al niño el derecho a conocer la identidad de sus progenitores, ya que garantizan el anonimato para los donantes de gametos. Ordenamientos cercanos a esta posición son el español y el francés. La posición española es especialmente paradigmática, ya que nuestra legislación contiene una regulación severa del secreto y el anonimato, inmunizando al donante de las acciones de reclamación de paternidad. Por ello, regula esta cuestión tan delicada sin tener en cuenta las consecuencias que el secreto, o el desconocimiento, puede tener en el futuro para la persona. Además, ello implica una clara discriminación respecto a la posibilidad de investigar la paternidad en los casos de filiación natural o adopción. *3.* Derecho a acceder a los datos de la filiación, especialmente en los supuestos de adopción. *4.* Derecho a la investigación de la paternidad (Romeo, 2005: 567).

Romeo (2005: 567) considera que la persona no es sólo biología, ni sólo autoconciencia, sino una unidad muy compleja. Dicha realidad es la que el derecho debe acoger. Como es de observarse, la identidad y el derecho a la identidad es sumamente complejo, por el momento se ha dado un panorama de su contenido; pero en líneas posteriores, se volverá a abordar el tema con mayor profundidad.

Por cuanto hace al referente jurídico en nuestro país, la protección de ambos derechos: el de los padres a la libertad para decidir el número de hijos que desea tener y el papel que juega el Estado por prevenir, garantizar, respetar y proteger los derechos de los niños, derivan del artículo 4o. constitucional, la Ley General de Salud en sus artículos 23, 24, 67, 68, 96, 98, 100, todo el Título Quinto Bis, Capítulo único, artículos 314, 320, 321, 323, 466; y en el artículo 40, del Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud. En lo que respecta a la legislación del Estado de México, las técnicas de reproducción asistida son contempladas en los artículos 4.112 al 4.116 del Código Civil, es importante comentar que en el artículo 4.115 se prohíbe expresamente la investigación de la paternidad en los casos de inseminación artificial, transgrediendo los derechos de los niños, asimismo, nada se contempla en cuanto a la investigación de la maternidad, lo que evidencia el estado de indefensión en el que quedan los niños producto de este tipo de prácticas médicas.

También en la legislación penal del Estado de México se abordan las técnicas de reproducción asistida; en el Título Tercero, de los Delitos Contra las personas; Capítulo VII Disposición de Células y Procreación Asistida, relativo al artículo 251 Ter., pero sin contemplar los derechos de los niños, aun cuando los derechos de los niños contienen un marco normativo que parte de la Constitución, hasta las leyes para la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, de competencia federal y en el Estado de México, entre otros instrumentos internacionales que se han realizado para la protección de los derechos de los niños; donde resaltan principios como la dignidad, el interés superior de los niños y el derecho que tienen a conocer sus orígenes, en un derecho a la identidad jurídica y biológica, omitiendo lo relativo a la identidad genética.

En lo que respecta a la dimensión práctica del tema abordado, resaltan las sentencias pronunciadas por la Corte Interamericana de los

Derechos Humanos y la Corte Europea de los Derechos Humanos, en los casos: *Gretel Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*; *Evans vs. Reino Unido*; *Caso Odièvre vs. Francia*; *S. H. y otros vs. Austria*, cada uno con sus propios matices tratados de forma distinta, algunos más criticables que otros, lo que evidencia la necesidad de considerar estándares, criterios de ponderación y el reconocimiento del derecho a la identidad genética en un sentido amplio.

## Conclusiones

A lo largo de la exposición se presentaron argumentos y los postulados que se tienen entorno a las técnicas de reproducción asistida, permitiéndonos llegar a conclusiones como las siguientes:

Al analizar el proceso histórico de los derechos humanos, derechos de los niños, de la genética, el surgimiento de la bioética y las técnicas de reproducción asistida, inmersas en ese proceso histórico, nos percatamos de lo complicado que ha sido del reconocimiento de los derechos de los niños, así como de los matices de los derechos humanos; en una primera etapa se da prioridad al individualismo (liberalismo), luego aparecen los derechos civiles, posteriormente se dan los derechos sociales, económicos y culturales, más tarde los derechos colectivos fundados en la solidaridad, la paz, el medio ambiente, el patrimonio común de la humanidad hasta llegar a los derechos que implican un principio de responsabilidad con las generaciones futuras.

Este referente histórico nos obliga a considerar la vinculación existente de la aplicación de las prácticas de reproducción asistida a partir de los postulados teóricos de la responsabilidad que se tiene con las generaciones futuras, como parte de la progresividad de los derechos humanos, de ahí que la interpretación y aplicación de las técnicas de reproducción asistida no deben ser entendidas o reducidas a los derechos de libertad e individualismo imperante en la primera etapa de los derechos humanos.

Ahora bien, los aspectos conceptuales como la bioética, el principio de responsabilidad, la fertilidad, la reproducción, la filiación, la explicación de las técnicas de reproducción asistida, la paternidad, maternidad, sus divisiones actuales, la identidad, los tipos de identidad, y los postulados teóricos que se tienen; por una parte, los que de-

fienden las técnicas de reproducción asistida en toda su amplitud: Brena (2012), Guzmán (2001) y Romeo Casabona (2005), que hace notar las aristas a favor y en contra; y por otra parte, tenemos la postura de González Contró (2012), quien intenta reivindicar los derechos de los niños como parte de la fundamentación que debe imperar en el proceso legislativo para poder vislumbrar y considerar a los niños como sujetos prevalecientes de derechos y no sólo como objetos puestos a la exclusiva finalidad de los adultos.

En lo que se refiere a los aspectos jurídicos, como se presentó, la protección de los derechos de los niños se encuentra en un sinnúmero de instrumentos nacionales e internacionales; sin embargo, al existir lagunas en la Ley General de Salud y las interpretaciones tan amplias que hacen del artículo 4o. constitucional, así como del contenido que se tiene en legislaciones civiles como la del Estado de México, que permiten las técnicas de reproducción asistida, sin conferirle a los niños producto de ese tipo de técnicas, el conocimiento de sus orígenes los deja en estado de indefensión y se opone a lo previsto por el artículo 4o. constitucional, así como a los instrumentos internacionales que complementan nuestro sistema jurídico a partir de la reforma del 10 de junio de 2011.

La situación se complica cuando en otros países se presentan casos polémicos como los de “Baby M”, donde no se sabía a quién se debía conferir la guarda y custodia de la menor por la participación de dos mujeres en el proceso de reproducción, en ese caso fueron dos mujeres, pero podrían darse casos de la participación de tres mujeres y un solo varón o de hasta cinco sujetos participando para lograr el objetivo de tener un hijo.

El concepto de reproducción, como señalamos en el apartado correspondiente, no es amplio, como se ha interpretado; es la derivación de un ser de otro, de ahí que no puede hablarse de reproducción ni un derecho de procreación en las técnicas de reproducción asistida de tipo heterólogo en donde participan más de cuatro sujetos en donde las células sexuales son proporcionadas por donadores, gestadas en una segunda mujer y entregado el producto (niño) a una tercera, en donde puede o no puede participar el esposo, concubino o pareja, pero que tendría que reconocer para no dejar en estado de indefensión al menor.

Asimismo, es equívoca la interpretación que se le da al artículo 4o. constitucional, considerando que en estricto sentido no contiene



ni el derecho a la procreación ni el derecho a la identidad por parte de los menores, dado que en primer término el artículo 4o. constitucional lo que deseaba es que las parejas pudieran planificar el número de hijos y el momento para tenerlos, mas no conferir un derecho subjetivo como tal, aunque sí les confiere derechos de libertad y a la salud; asimismo, y aunque el artículo 4o. constitucional reconozca el derecho de los menores, el papel del Estado por hacer prevalecer sus derechos y su interés superior, no se tiene reconocido un derecho a la identidad en sentido amplio que comprenda el derecho a la identidad genética e identidad biológica.

La protección del derecho a la identidad de los niños entra en nuestra Constitución vía el artículo 1o. constitucional, que señala el reconocimiento de los derechos humanos en nuestra Constitución y en otros instrumentos internacionales que confieran una protección mayor; así las cosas, es la puerta en la que el derecho a la identidad del niño se ve protegida y respaldada constitucionalmente en busca de enaltecer su dignidad y como sujeto prevaleciente de derecho.

Sin embargo, cabe destacar que la misma Convención de los Derechos del Niño, en sus artículos 7 y 8, limita el derecho a la identidad del niño, considerando la interpretación y su etapa de creación que tenía matices positivistas y normativos a ultranza, luego entonces se limitó el derecho a la identidad, a una identidad jurídica basada simplemente en otorgarle al menor un nombre, nacionalidad y filiación, pero la filiación también interpretada desde un aspecto jurídico, negando el nexo biológico y jurídico que existe en un fenómeno que hasta hace 36 años era un hecho natural y que por tanto no se podía regular, pero que en la actualidad, con motivo de la práctica indiscriminada e ilimitada de las técnicas de reproducción asistida, es necesaria su regulación.

De lo anterior tenemos, entonces, que en la forma en la que se encuentra la legislación y ante la problemática que se vive, es necesario que los derechos de las personas que tienen algún impedimento para concebir a un menor se pondere con el derecho que tienen los niños para tener certeza en su identidad genética y biológica; dado que en algunos casos no se soluciona el problema de la infertilidad ni de la reproducción, por el contrario, se genera un ser tratado como un objeto para la satisfacción de la necesidad de otro, la ponderación entre un caso y otro amerita una argumentación amplia no sólo en la solución

de controversias, como lo plantea Alexy, sino que dicha técnica nos ayude a lograr una legislación que consense, armonice y proteja todos los derechos en juego en estas técnicas de reproducción asistida.

Asimismo, es necesario conferir y elevar el derecho a la identidad de los menores a un rango constitucional más amplio, más humano, en donde se respete la dignidad de los niños y no simplemente reducirlo a un formulismo o rigorismo jurídico como ha acontecido; la reforma en materia de derechos humanos y los casos polémicos existentes en otros países nos obligan evidentemente a hacer frente al problema, considerando que en nuestro país este tipo de prácticas médicas se realizan sin discriminación ni limitación alguna y al margen de la ley; es evidente que no todo lo que se puede hacer debe hacerse, por el contrario, cada acción implica una reflexión consciente, real y práctica, no para prohibir todas las técnicas de reproducción asistida, pero sí para establecer los parámetros y límites de derechos que deben existir, en donde la responsabilidad hacia las generaciones futuras debe imperar en todo momento como parte de los principios de bioética y de una ética compleja, analítica y pragmática.

## **Fuentes consultadas**

### ***Bibliografía***

Alexy, Robert (2003), *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Colombia, Universidad Externado de Colombia.

\_\_\_\_\_ (2004), *Teoría de los derechos fundamentales*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

\_\_\_\_\_ (2007), *Teoría de la argumentación jurídica*, Perú, Lima, Palestra Editores.

Brena Sesma, Ingrid (2000), *Intervención del Estado en la tutela de los menores*, 2a. ed., México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas.

\_\_\_\_\_ (2005), *Las adopciones en México y algo más*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas.

\_\_\_\_\_ y Carlos María Romeo Casabona (2006), *Código de Leyes sobre genética*, tt., I, II y III, México, UNAM-Instituto de Inves-

tigaciones Jurídicas / Bizkaiko Foru Aldundia Diputación Floral de Bizkaia / Universidad de Deusto Deustuko Unibertsitatea / Universidad del País Vasco, Euskal Herriko Unibertsitatea / Fundación BBVA.

- \_\_\_\_\_ (2012), *Reproducción asistida*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Caferratta, A. Nestor (2004), *Introducción al derecho ambiental*, México, Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (Semarnat) / Instituto Nacional de Ecología (INE) / Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA).
- Cicu, Antonio (1930), *La filiación*, Madrid, Cárdenas Editor.
- Cienfuegos Salgado, David *et al.* (2006), *Bioderecho, tecnología, salud y derecho genómico*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- De la Madrid H., Miguel (2004), *Constitución, Estado de derecho y democracia*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- De la Mata Pizaña, Felipe (2008), *Derecho Familiar*, México, Porrúa.
- Frosini, Vittorio (1997), *Derechos humanos y bioética*, Santa Fe de Bogotá, Colombia, Temis.
- Galindo Garfias, Ignacio (2004), *Derecho civil. Primer curso*, 23a. ed., México, Porrúa.
- Garrafa, Volnei *et al.* (2005), *Estatuto epistemológico de la bioética*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas / Red Bioética / Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética / UNESCO.
- Gómez Bengoechea, Blanca (2007), *Derecho a la identidad y filiación. Búsqueda de orígenes en adopción internacional y en otros supuestos de filiación transfronteriza*, Madrid, Dykinson.
- González Contró, Mónica (2008), *Derechos humanos de los niños. Una propuesta de fundamentación*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- \_\_\_\_\_ *et al.* (2012), *Propuesta teórico metodológica para la armonización legislativa desde el enfoque de derechos de niñas, niños y adolescentes*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas / Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF-Nacional).
- Guzmán Ávalos, Aníbal (2001), *Inseminación artificial y fecundación in vitro humanas, un nuevo modo de filiación*, Veracruz, Universidad Veracruzana, Xalapa.

- Hans, Jonas (1979), *Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, s. e., s. I.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM (2000), *Derechos de la niñez*, 2a. ed., México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2008), *Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH).
- Jiménez García, Joel Francisco (2000), *Derechos de los niños*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas / Cámara de Diputados-LVIII Legislatura.
- Méndez Costa, María Josefa *et al.* (2001), *Derecho de familia*, tt. I, II y III, Argentina, Buenos Aires, Rubinzol-Culzoni Editores.
- Ollero, Andrés (2007), *Derechos Humanos entre la moral y el derecho*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Peces-Barba, Gregorio *et al.* (2001), *Historia de los derechos fundamentales*, t. II, vol. I., Madrid, Dykinson.
- Pérez Contreras, María de Monserrath (2000), *Derechos de los padres y de los hijos*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas / Cámara de Diputados-LVIII Legislatura.
- Pérez Duarte, Alicia Elena (2000), *Derecho de la familia*, 2a. ed., México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Pous de la Flor, María Paz (2001), *Curso sobre la protección jurídica del menor*, Madrid, España, s. e.
- Romeo Casabona, Carlos María (2005), *Enciclopedia de bioderecho y bioética, t. I (a-h)*, España, Cátedra Interuniversitaria / Fundación BBVA / Diputación Floral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano / Universidad de Deusto / Universidad del País Vasco / EHU.
- Silva García, Fernando (2011), *Garantismo judicial, libertad reproductiva*, 19a. ed., México, Porrúa.

## **Poligrafía**

- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.* (2014), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, t. I, México, Poder Judicial de la Federación-Consejo de la Judicatura Federal / Universidad Nacional Autónoma del Estado de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Instituto de Investigaciones Jurídicas (1994), *Diccionario jurídico mexicano* 10a. ed., México, Porrúa / Universidad Nacional Autónoma del Estado de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas.

### ***Legislación***

*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* (2012), 74a. ed., México, Sista.

Ley General de Salud y Reglamento de la Ley General de Salud en Materia de Investigación para la Salud (2010).

Ley Federal para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de México (2014).

*Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México* (2010), México, Sista.

*Código Civil y Código Penal del Estado de México* (2013), 20a. ed., México, Ediciones Fiscales Isef.

*Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de México* (2013), 20a. ed., México, Ediciones Fiscales Isef.

Declaración de Ginebra, Asamblea de la Sociedad de Naciones, 24 de septiembre de 1924.

Declaración Universal de los Derechos del Niño, Asamblea General de las Naciones Unidas, 20 de noviembre de 1959.

Convención sobre los Derechos del Niño, Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 44/25, de fecha 20 de noviembre de 1989.

### ***Electrónicas o cibernéticas***

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

<<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>.

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

<<http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>>.

<<http://www.humanium.org.mx>>.

<<http://www.unicef.org/spanish/crc/>>.

<<http://bibliojuridica.org>>.

<<http://www.edomex.gob.mx/legistel/>>.  
<<http://www.scjn.gob.mx/RecJur/BibliotecaDigitalSCJN/IndiceBibliotecaDigital/IndiceColeccionHistorica/DerechoProcesalCivil>>.  
<<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/orden-publico/orden-publico.htm>>.  
<<http://www.clam.org.br/ES/destaque/conteudo.asp?cod=10205>>.  
<<http://www.redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=15311814>>.  
<[http://www.fongdcam.org/manuales/derechoshumanos/datos/docs/Punto%202%20Articulos%20y%20Documentos%20de%20referencia/2.2%20historia%20Y%20declaraciones/2.2.3%20origen%20y%20evolucion%20ddhh\\_los%20derechos%20humanos%20y%20la%20historia.pdf](http://www.fongdcam.org/manuales/derechoshumanos/datos/docs/Punto%202%20Articulos%20y%20Documentos%20de%20referencia/2.2%20historia%20Y%20declaraciones/2.2.3%20origen%20y%20evolucion%20ddhh_los%20derechos%20humanos%20y%20la%20historia.pdf)>.

### ***Criterios Jurisprudenciales***

Tesis: 1a. XLV/2012, Bajo el rubro: “DERECHO A LA IDENTIDAD PERSONAL. EL CONOCIMIENTO DEL ORIGEN BIOLÓGICO DE LA PERSONA TIENE TRASCENDENCIA PSICOLÓGICA Y JURÍDICA PARA EL INDIVIDUO”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tomo I, Instancia Primera Sala, Tesis Aislada, marzo de 2012, p. 273.

Tesis: P. LXV/2009, Bajo el rubro: “DIGNIDAD HUMANA. EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO LA RECONOCE COMO CONDICIÓN Y BASE DE LOS DEMÁS DERECHOS FUNDAMENTALES”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXX, Instancia Pleno, Tesis Aislada, Diciembre de 2009, p. 8.

Tesis: 1a. CXVI/2011, Bajo el rubro: “DERECHO A LA IDENTIDAD DE LOS NIÑOS”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXXIV, Instancia Primera Sala, Tesis Aislada, Septiembre de 2011, 1034.

# IV

## PROBLEMÁTICA DEL DIVORCIO INCAUSADO EN EL ESTADO DE MÉXICO

*Raúl Horacio Arenas Valdés\**  
*Ma. Enriqueta Lecuona Miranda\*\**

### Introducción

El 3 de mayo del 2012 fueron publicadas en la *Gaceta Oficial del Gobierno del Estado de México* las reformas al Código Civil y Código de Procedimientos Civiles, que derogan las causales del divorcio necesario e introducen el divorcio incausado, también llamado acausal, exprés o unilateral.

El legislador al hacer estas reformas no toma en cuenta la naturaleza del matrimonio que, en nuestro derecho, es considerado como una institución y un contrato. Esta omisión del legislador provoca la fractura de la figura, deja sin sentido los deberes derivados del matrimonio, provoca inestabilidad e inseguridad y desprotege a los miembros de la familia, porque al establecer un divorcio incausado basado en la voluntad unilateral, no percibe que este contrato *sui generis* no sólo es del ámbito privado sino que se trata de un acto mixto que está

---

\* Maestro en Derecho y profesor de tiempo completo, adscrito al Centro de Investigación en Ciencias Jurídicas, Justicia Penal y Seguridad Pública de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México (UAEMéx).

\*\* Maestrante en Estudios Jurídicos de la Facultad de Derecho de la UAEMéx.

protegido por normas de orden público e interés social, y que éstas son un límite al ejercicio de la autonomía de la voluntad, en virtud de que el Estado y la sociedad tienen pleno interés en el mantenimiento de esta institución.

De esta forma, se percibe la falta de coherencia y sistematización, es decir, carencia en la técnica legislativa<sup>1</sup> de la reforma, expresada en la inclusión de figuras provenientes de otros países, sin tomar en cuenta la realidad social y cultural del Estado mexicano, que perjudican al sistema jurídico y a la parte más vulnerable de la familia: a los hijos y al cónyuge que no solicitó el divorcio.

La idea de un divorcio sin causa parte de considerar la libertad como un principio absoluto, por lo que “en su afán por ser respetuoso de la libertad individual, el Estado se sitúa a una distancia tan grande del individuo que termina dejándolo solo. El principio *laissez faire, laissez passer*<sup>2</sup> vuelve a la vida” (Suárez, citado en Martínez, 2010: 125). Esto quiere decir que “el individuo ha de ser libre para hacer lo que quiera” (Martínez, 2010: 45); sin embargo, es necesario limitar esa libertad para evitar que el individuo se cause daño a sí mismo y a los demás y que, con el “pretexto de preservar la libertad, la destruyamos” (Martínez, 2010: 46).

---

<sup>1</sup> “La ciencia (técnica, doctrina o teoría) de la legislación se ocupa del proceso o actividad cuyo resultado es la producción de normas jurídicas...” (Atienza, 1997: 17).

<sup>2</sup> La frase *laissez faire, laissez passer* significa “dejar hacer, dejar pasar”. Se refiere a la libertad en la economía, libre mercado, libre de impuestos y mínima intervención del Estado. Adam Smith, en sus teorías económicas, utilizó esta expresión, y se le adjudica la creación del término de libre mercado. La idea fundamental es que, en afán de desarrollar la economía y beneficiar a la sociedad, el Estado no intervenga en los asuntos económicos. Esta poca o nula intervención del Estado ha permeado todos los ámbitos, incluyendo al derecho civil y familiar, donde su intervención se va haciendo cada vez menor bajo los conceptos de libertad de las partes. Por lo que la regulación del divorcio incausado puede verse como otro triunfo del liberalismo con efectos no siempre positivos.



Al parecer, el divorcio incausado, sustentado en el ejercicio de la autonomía personal y el libre desarrollo de la personalidad,<sup>3</sup> justifica “abusar de sus derechos, faltar al principio de solidaridad” (Martínez, 2010: 47) para librarse de deberes que voluntariamente contrajeron y que crearon una forma de vida.

Para el desarrollo de este trabajo, se parte de la premisa de que el divorcio incausado es contrario a las normas de orden público e interés social, deja sin sentido el contrato de matrimonio y puede ocasionar daños al cónyuge que no solicitó el divorcio e hijos. Se estudia el matrimonio como contrato y el divorcio como forma de disolución, posteriormente se analiza el orden público e interés social y el papel de la autonomía de la voluntad en las normas del derecho de familia, se estudia la racionalidad legislativa en la producción normativa para concluir la problemática del divorcio incausado en el Estado de México.

## **Matrimonio**

### ***Regulación en México***

La influencia del Código de Napoleón de 1804 en los códigos civiles mexicanos de 1870, 1884 y 1928 se refleja en el principio de la autonomía de la voluntad en materia de contratos.<sup>4</sup> El matrimonio civil en México fue introducido por la Ley del Registro Civil del 27 de enero de 1857.<sup>5</sup> La ley de reforma del 3 de julio de 1859 reguló al ma-

---

<sup>3</sup> El libre desarrollo de la personalidad se entiende como “la facultad natural de que gozan los hombres para actuar, de acuerdo con su modo peculiar de ser, al objeto de acrecentar, o simplemente llevar a la práctica sus cualidades diferenciales de orden físico, intelectual o moral”; también se puede definir como “la facultad natural de que gozan los hombres para realizar sin obstáculos, las acciones u omisiones que le permitan expresar; y argumentar progresivamente, aquellas cualidades de capacidad, disposición, virtudes y prudencia que deben distinguir a la persona” (Martínez, 2010: 18).

<sup>4</sup> “La ley del 20 de septiembre de 1792 admite el principio de disolubilidad del matrimonio, originando el divorcio. Se permite por consentimiento mutuo o por incompatibilidad de carácter. Este cambio se debe no sólo a la naturaleza contractual e individual dominante en la época, sino a una reformulación del matrimonio, entendido de un modo afectivo y amoroso” (Castañeda, 2012: 73).

<sup>5</sup> “Las autoridades civiles tendrían facultades para celebrar y registrar algunos actos del estado civil... que celebrado el sacramento ante el párroco y previas las solemnidades

trimonio como un contrato civil y, posteriormente, por el Decreto 7 200 del 25 de septiembre de 1873, se incorporó a la Constitución de 1857.<sup>6</sup> La ley orgánica del 14 de diciembre de 1874 reiteró la idea del matrimonio como contrato.<sup>7</sup> En este mismo sentido, la Constitución de febrero de 1917 consideraba al matrimonio como un contrato.<sup>8</sup> El 9 de abril de 1917 se promulgó la Ley sobre Relaciones Familiares que derogó las normas relativas del Código de 1884, la cual estuvo vigente hasta el 1 de octubre de 1932, cuando entró en vigor el Código Civil de 1928.

### *Concepto*

Para Tomás de Aquino, “el matrimonio, en cuanto es oficio de la naturaleza, debe ser estatuido por la ley natural; en cuanto es sacramento por el derecho divino; en cuanto es oficio de la comunidad, pertenece al derecho civil” (Magallón, 2006: 7).

El matrimonio se considera desde dos puntos de vista: como acto jurídico y como estado permanente de vida de los cónyuges: efecto del matrimonio (acto) produce un efecto patrimonial; da nacimiento a un conjunto de relaciones jurídicas entre cónyuges (estado). El matrimonio como

---

canónicas, los consortes se presentarán ante el oficial del Estado Civil a registrar el contrato de matrimonio” (Adame, 2004: 6-7).

<sup>6</sup> El decreto emitido por Sebastián Lerdo de Tejada establecía que “son adiciones y reformas a la misma Constitución Artículo 2o. El matrimonio es un contrato civil. Este y los demás actos de las personas son, de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil en los términos prevenidos por las leyes, y tendrán la fuerza y validez que los mismos les atribuyan” (Magallón, 2007: 177).

<sup>7</sup> “Dejaba claro el carácter contractual y de libre voluntad para contratar, en la celebración del matrimonio, además de que confería a los Estados la obligación de legislar en materia del estado civil de las personas. Artículo 23.- Corresponde a los Estados legislar sobre el estado civil [...] VIII. La voluntad de los contrayentes libremente expresada en la forma que aparezca la ley, constituye la esencia del matrimonio civil, en consecuencia, las leyes protegerán la emisión de dicha voluntad e impedirá toda coacción sobre ella [...] IX. El matrimonio civil no se disolverá más que por la muerte de uno de los cónyuges, pero las leyes pueden admitir la separación temporal por causas graves que serán determinadas por el legislador, sin que por la separación quede hábil alguno de los consortes para unirse con otra persona” (Magallón, 2006: 178).

<sup>8</sup> El párrafo 3 del artículo 130 establecía expresamente que “el matrimonio es un contrato civil” (Magallón, 2006: 189).

estado civil, se compone de un complejo de deberes y facultades, derechos y obligaciones,<sup>9</sup> en vista y para protección de los intereses superiores de la familia, a saber: la protección de los hijos y la mutua colaboración y ayuda de los cónyuges (Galindo, 2009: 493).

El matrimonio se percibe “como el acto jurídico complejo, estatal, cuyo objeto es la creación del estado matrimonial entre un hombre y una mujer” (Baqueiro, 2008: 47). Para Planiol y Ripert, “el matrimonio es una institución y constituye un acto complejo, también tiene carácter contractual” (Rojina, 1989: 293).

Existen diferentes formas de ver el matrimonio: como institución,<sup>10</sup> como acto jurídico mixto<sup>11</sup> y como contrato, para efectos de este trabajo se considerará como contrato civil *sui generis* de carácter mixto. En los actos jurídicos<sup>12</sup> interviene la voluntad de los

---

<sup>9</sup> “Artículo 4.16. Los cónyuges están obligados a guardarse fidelidad, solidaridad, respetarse en su integridad física y psicológica, dignidad, bienes, creencias, nacionalidad, orígenes étnicos o de raza y en su condición de género, a contribuir a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente.

Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número de hijos que deseen tener, así como a emplear métodos de reproducción asistida para lograr su propia descendencia. Este derecho sólo será ejercido por común acuerdo de los cónyuges y de conformidad con las restricciones que al efecto establezcan las leyes” (Código Civil del Estado de México, 2014: 32).

<sup>10</sup> “El matrimonio como institución jurídica es un conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y persiguen una misma finalidad [...] Para Hauriou, la institución es una idea de obra que se realiza y dura jurídicamente en un medio social. En virtud de la realización de esta idea se organiza un poder que requiere órganos; por otra parte, entre los miembros del grupo social interesado en la realización de esta idea, se producen manifestaciones comunes, dirigidas por los órganos del poder y regidas por procedimientos” (Rojina, 1989: 291).

<sup>11</sup> Para Rojina (1989), el matrimonio es un acto jurídico mixto porque se perfecciona con el consentimiento y con la solemnidad, esto es, con la intervención del Oficial del Registro Civil, se distingue así de los privados donde sólo participan particulares y de los públicos porque sólo intervienen órganos estatales.

<sup>12</sup> “El acto jurídico siempre es voluntario y la persona o personas que lo realizan se proponen como resultado precisamente los efectos jurídicos que de esos acto resultan...” (De la Peza, 1997: 18).

participantes que desean las consecuencias jurídicas que producirán, siendo el acto jurídico<sup>13</sup> por excelencia el contrato.<sup>14</sup>

Como todos los contratos, el matrimonio debe reunir los elementos de existencia y validez de todo acto jurídico,<sup>15</sup> la falta de ellos se sanciona con la nulidad,<sup>16</sup> además de que por su carácter de acto mixto requiere las solemnidades<sup>17</sup> que marcan la ley.

El Código Civil del Estado de México recoge la concepción institucional y contractual del matrimonio,<sup>18</sup> regula los impedimentos

---

<sup>13</sup> Artículo 7.6 Acto jurídico es toda declaración o manifestación de la voluntad hecha con el objeto de producir consecuencias de derecho (Código Civil del Estado de México, 2014: 104).

<sup>14</sup> Artículo 7.30. “Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones.

Artículo 7.31 “Los convenios que crean o transfieren obligaciones y derechos, reciben el nombre de contratos” (Código Civil del Estado de México, 2014: 106).

<sup>15</sup> Artículo 7.7 “Para la existencia del acto jurídico se requiere: I. Consentimiento; II. Objeto; solemnidad en los casos que así lo disponga la ley.

Artículo 7.8. Para que el acto jurídico sea válido se requiere: I. Capacidad; II. Ausencia de vicios en el consentimiento; III. Que el objeto, motivo o fin sea lícito; IV. Formalidades, salvo las excepciones establecidas por la ley.

Artículo 7.9. El autor o autores del acto jurídico adquieren derechos y contraen o imponen obligaciones” (Código Civil del Estado de México, 2014: 104-105).

<sup>16</sup> “Artículo 7.10. Es inexistente el acto jurídico cuando no contiene una declaración de voluntad, por falta de objeto que pueda ser materia de él, o de la solemnidad requerida por la ley. No producirá efecto legal alguno, ni es susceptible de valer por confirmación, ni por prescripción. Puede invocarse por todo interesado.

Artículo 7.14. La falta de forma, el error, el dolo, la violencia, la lesión y la incapacidad produce la nulidad relativa del acto” (Código Civil del Estado de México, 2014: 105).

<sup>17</sup> Artículo 4.2. “El matrimonio debe celebrarse con las solemnidades siguientes: I. Ante el Titular o los Oficiales del Registro Civil; II. Con la presencia de los contrayentes o mandatarios, en el lugar, día y hora, designados; III. Con la comparecencia de sus testigos; IV. La lectura de la solicitud y los documentos relacionados; V. El titular u Oficial del Registro Civil, procederá a interrogar a los testigos si los pretendiente son las mismas personas a que se refiere la solicitud y si existe algún impedimento legal; VI. En caso de no existir impedimento, hará saber a los contrayentes los derechos y obligaciones del matrimonio y preguntará a cada uno de ellos si es su voluntad unirse en matrimonio; estando conformes los declarará unidos en nombre de la ley y la sociedad, asentándose el acta correspondiente” (Código Civil del Estado de México, 2014: 31).

<sup>18</sup> “Artículo 4.1. Bis. El matrimonio es una institución de carácter público e interés social, por medio de la cual un hombre y una mujer voluntariamente deciden compartir un estado de vida para la búsqueda de su realización personal y la fundación de una familia” (Código Civil del Estado de México, 2014: 31).

para contraerlo,<sup>19</sup> las causas de nulidad,<sup>20</sup> considera irrenunciables los fines del matrimonio<sup>21</sup> y protege esta figura por las normas de orden público e interés social.<sup>22</sup> A su vez, en la exposición de motivos de la reforma al Código Civil y Código de Procedimientos Civiles del Estado de México del 3 de mayo del 2012, el legislador de manera expresa manifiesta que “el matrimonio se sustenta fundamentalmente en la autonomía de la voluntad [...] el matrimonio, en su carácter de contrato civil...” (*Gaceta de Gobierno del Estado de México*, 2013: 34).

Con lo expuesto en este apartado queda acreditado de manera fehaciente que el matrimonio es un contrato civil y, por tanto, le resultan aplicables las reglas de los contratos civiles para su constitución,

---

<sup>19</sup> Artículo 4.7. “Son impedimentos para contraer matrimonio: I. la falta de edad requerida por la ley, cuando no haya sido dispensada; II. La falta de consentimiento de quienes legalmente deben otorgarlo; III. El parentesco por consanguinidad sin limitación de grado en línea recta, ascendente o descendente; en segundo grado en línea colateral y el del tercer grado colateral, siempre que no se haya obtenido dispensa; IV. El parentesco de afinidad que hubiere existido en línea recta, sin limitación alguna; V. El adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio, cuando haya sido judicialmente comprobado; VI. El atentado contra la vida de alguno de los casados, judicialmente comprobado, para contraer matrimonio con el que quede libre; VII. La violencia para obtener el consentimiento para celebrar el matrimonio; VIII. La embriaguez habitual y el uso indebido y persistente e estupefacientes, psicotrópicos o de cualquier otra sustancia que altere la conducta y produzca dependencia; IX. La impotencia incurable para la cópula, la bisexualidad; las enfermedades crónicas e incurables que sean contagiosas o hereditarias. No serán impedimentos cuando sean aceptadas por el otro contrayente; X. Trastornos mentales, aunque haya espacios de lucidez; XI. El matrimonio subsistente de alguno de los contrayentes.

Artículo 4.8. En la adopción, el adoptante no puede contraer matrimonio con el adoptado o sus descendientes.

Artículo 4.9. El tutor no puede contraer matrimonio con la persona que haya estado bajo su guarda...” (*Código Civil del Estado de México*, 2014: 32).

<sup>20</sup> Artículo 4.61. “Son causas de nulidad del matrimonio: I. El error acerca de la persona con quien se contrae; II. Que el matrimonio se haya celebrado con alguno de los impedimentos señalados en este Código; III. Que se haya celebrado sin las formalidades que la ley señala” (*Código Civil del Estado de México*, 2014: 36).

<sup>21</sup> Artículo 4.3. “Cualquier estipulación contraria a los fines esenciales del matrimonio se tendrá por no puesta” (*Código Civil del Estado de México*, 2014: 32).

<sup>22</sup> Artículo 4.1. “Las disposiciones de este Código que se refiera a la familia, son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger su organización el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad, libertad y la equidad de género.

Las relaciones jurídicas familiares constituyen el conjunto de deberes, derechos y obligaciones de las personas integrantes del grupo familiar, derivados de lazos de matrimonio, concubinato o parentesco...” (*Código Civil del Estado de México*, 2014: 31).

nulidades y manera de resolver las obligaciones de los mismos.<sup>23</sup> Esto era así en el divorcio necesario, ahora derogado en el Estado de México, donde el cónyuge culpable de haber incumplido con los deberes y obligaciones del matrimonio que estaban estipulados en las causales, era condenado al pago de daños y perjuicios que el divorcio ocasionara el cónyuge que no dio causa del divorcio.

## Divorcio

### *Antecedentes*

En Roma, el matrimonio se disolvía por mutuo acuerdo, llamado divorcio, o por voluntad de uno sólo de los cónyuges, denominado repudio. Como “el matrimonio romano no exige ni solemnidad de forma ni la intervención de autoridad alguna” (Bravo, 2000: 155), únicamente necesitaba una declaración de consentimiento sin ninguna formalidad, teniendo un carácter eminentemente privado, así que la disolución dependía de la forma de celebración.<sup>24</sup> Al no existir ningún tipo de formalidad en el matrimonio, el divorcio se basó en la

---

<sup>23</sup> Al matrimonio, como contrato civil, le resultan aplicables los siguientes artículos del Código Civil del Estado de México.

“7.33. La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse a la voluntad de uno de los contratantes.

7.77. El contrato es bilateral cuando las partes se obligan recíprocamente

7.345. La facultad de rescindir las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere con lo que le corresponde.

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la rescisión de la obligación con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos [...]

7.346. El incumplimiento de una obligación de dar, hacer o no hacer, trae como consecuencia [...] la reparación de los daños y la indemnización de los perjuicios” (Código Civil del Estado de México, 2014: 106, 109 y 128).

<sup>24</sup> En Roma existía el matrimonio *cum manu* que colocaba a la mujer “bajo la potestad del marido *loco filiae*, lo que significa que la mujer ocupaba el lugar de una hija, es decir, no se encontraba en el plano de igualdad con el marido sino por debajo de él” y el matrimonio *sine manu* que era una especie de matrimonio libre porque la mujer no se encontraba bajo la *manus* del marido “en el matrimonio *sine manu* la mujer no salía de su familia natural [...] su marido no adquiría sobre ella ninguna potestad; la mujer ocupaba entre el marido el mismo plano de igualdad” (Bravo, 2000: 157-156).

*affectio maritalis*<sup>25</sup> o mutuo consentimiento de los cónyuges<sup>25</sup>, por lo que el cese de dicho consentimiento era la causa para disolver el matrimonio; sin embargo, este deseo de separación debía hacerse en un escrito y cumplir con varias condiciones.<sup>26</sup>

Con el derecho canónico el matrimonio se tornó indisoluble, únicamente era posible la separación de cuerpos; sin embargo, las ideas de la Revolución francesa<sup>27</sup> llevaron a aprobar la ley del 20 de septiembre de 1792 con lo que es posible disolver el matrimonio, por supuesto que estas ideas se llevaron al Código de Napoleón de 1804.

En México, el divorcio se conoce desde la época prehispánica en el derecho maya<sup>28</sup> y mexica.<sup>29</sup> Durante el periodo colonial, la legisla-

---

<sup>25</sup> “Las *Iustate Nuptiae* en Roma son el resultado de la conjugación de dos elementos: La convivencia del hombre y la mujer, con la consecuente procreación y educación de los hijos, y la intención de los cónyuges de ser marido y mujer; a esta intención de ser esposos, Ulpiano le llama *Affectio Maritalis*.

Pero precisamente porque el matrimonio resultaba de la coexistencia del *Affectio Maritalis* y de la convivencia, las nupcias subsistían mientras se dieran, de manera simultánea los dos, y dejaban de serlo cuando faltaba uno de ellos, ya que los romanos creían que no tenía razón que se conservara un matrimonio, si el *Affectio Maritalis* había desaparecido.

Por todo lo anterior, podemos considerar que, en el matrimonio entre romanos, el elemento intencional, o sea el *Affectio Maritalis*, se puede considerar causa eficiente de las nupcias, ya que al faltar, lo que puede acaecer en cualquier momento, sus consecuencias son semejantes a la verificación o de una condición resolutoria en la relación conyugal; situación completamente distinta a nuestro derecho, ya que lo que es causa eficiente en el matrimonio, es decir, lo que le da existencia, es el consentimiento, en virtud de su naturaleza contractual...” (Huber, 2000: 37).

<sup>26</sup> “Debe proceder de una persona con buen juicio, no de una persona insensata. La voluntad de divorciarse debe ser objeto de reflexión y con intención de separarse para siempre. Si el libelo ha sido mandado o confeccionado en un momento de arrebato deberá examinarse la conducta que adopta el sujeto que tiene el deseo de divorciarse. La voluntad de divorciarse ha de permanecer hasta que se haga la notificación al otro cónyuge. Si el que envió el libelo de repudio se arrepiente de esta decisión, y el otro cónyuge la desconoce, el matrimonio perdura, a no ser que éste mismo quiera disolverlo” (Ruiz, 1992: 96-97).

<sup>27</sup> “Lo considera consecuencia natural y necesaria de la Declaración de los Derechos del hombre. El texto de la Constitución adoptada en 1791, reconoce el matrimonio como un contrato civil disoluble...” (Rubellin, citado en Castañeda, 2012: 72).

<sup>28</sup> “Consistía en el repudio por parte del marido en caso de que la mujer fuera estéril o no realizara adecuadamente sus labores” (Cruz, 2005: 8).

<sup>29</sup> “Los casados comparecían ante la autoridad, y después de escuchar la queja del cónyuge afectado o de ambos, los separaba y multaba si eran concubinos o después de amonestarlos con severidad si eran casados, los divorciaba tácitamente, pues se negaba a participar de manera expresa en la conducta antisocial que significaba la disolución del vínculo matrimonial” (Cruz, 2005: 25-26).

ción en materia de divorcio estaba influida por el derecho canónico y no fue sino hasta la promulgación del primer Código Civil en 1870 que se reguló la separación o divorcio no vincular decretado por juez.<sup>30</sup> Las causas de divorcio no vincular aumentaron en el Código de 1884.<sup>31</sup> En el siglo XX, los Decretos del 29 de diciembre de 1914 y del 29 de enero de 1915 emitidos por Venustiano Carranza, establecen por primera vez el divorcio vincular.<sup>32</sup> Posteriormente, la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917 y el Código Civil de 1928 conservarían el divorcio no vincular.

El 3 de octubre de 2008 fueron publicadas en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* las reformas al Código Civil y Código de Procedimientos Civiles que derogan las causales de divorcio e instituyeron el divorcio exprés. En este mismo sentido, en el Estado de México se publicó el 3 de mayo de 2012, en la *Gaceta Oficial de Gobierno del Estado*, las reformas al Código Civil y Código de Procedimientos Civiles que derogaron el divorcio necesario e instauraron el divorcio incausado.

---

<sup>30</sup> El artículo 240 establecía como causas de divorcio las siguientes: “El adulterio de alguno de los cónyuges, la propuesta del marido de prostituir a la mujer, la incitación para cometer algún delito, el intento de corromper a los hijos o de permitir su corrupción, el abandono no justificado del domicilio conyugal por más de dos años, la sevicia o trato cruel de un cónyuge respecto del otro, y la acusación falsa hecha por un cónyuge al otro” (Adame, 2004: 18).

<sup>31</sup> Las causas de divorcio eran “que la mujer dé a luz en el matrimonio a un hijo concebido antes del matrimonio, de persona distinta de su esposo, la negativa de cualquiera de los cónyuges de dar alimentos al otro que tiene derecho a ellos; los ‘vicios incorregibles’ de embriaguez o juego; una enfermedad crónica, incurable, contagiosa o hereditaria contraída antes del matrimonio, y que ignorara el cónyuge sano; la infracción de las capitulaciones matrimoniales [...] abandono del hogar con causa justificada, cuando el abandono ha durado más de un año y el cónyuge que abandonó justificadamente no pidió el divorcio” (Adame, 2004: 21-22).

<sup>32</sup> La razón de estos decretos sería “para tratar de complacer a dos de sus ministros – Palavicini y Cabrera– que planeaban divorciarse de sus respectivas esposas” (Chávez, 1995: 443).



## Concepto

La palabra divorcio proviene del latín *divortium*, que significa dividir. El *Diccionario de la Real Academia Española* en su versión electrónica lo define como “la acción de divorciarse”; éste, de acuerdo con la misma fuente, consiste en el “dicho de un juez competente: disolver o separar, por sentencia, el matrimonio, con cese efectivo de la convivencia conyugal”, también “separar, apartar personas que vivían en estrecha relación, o cosas que estaban o debían estar juntas”. Por su parte, el *Diccionario panhispánico de dudas* refiere que la acción de divorciarse consiste “como transitivo, ‘disolver [un matrimonio]’; como pronominal, ‘obtener el divorcio’. También se usa figuradamente con el sentido de ‘separar (se) personas o cosas estrechamente vinculadas’”.

El *Diccionario jurídico* define el divorcio como “la forma legal de extinguir un matrimonio válido en la vida de los cónyuges por causas surgidas con posterioridad a la celebración del mismo y que permite a los divorciados contraer con posterioridad un nuevo matrimonio válido” (IIJ-UNAM, 1994: 1184).

“El divorcio es una ruptura de un matrimonio válido, en vida de los esposos, decretada por autoridad competente y fundada en alguna de las causas expresamente establecidas por la ley” (Galindo, 1993: 577).

La legislación civil del Estado de México establece el concepto de divorcio a partir de sus efectos en el artículo 4.88, que estatuye: “El divorcio disuelve el matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro” (Código Civil del Estado de México, 2014: 38). Actualmente, en México existen tres tipos de divorcio: causal o necesario, voluntario o consensual por vía judicial o administrativa y el divorcio incausado, exprés, acausal o unilateral.<sup>33</sup>

---

<sup>33</sup> “Artículo 4.89. El divorcio se clasifica en incausado y voluntario. Es incausado cuando cualquiera de los cónyuges lo solicita sin que exista necesidad de señalar la razón que lo motiva y es voluntario cuando se solicita de común acuerdo” (Código Civil del Estado de México, 2014: 38).

Actualmente el divorcio incausado se encuentra en las legislaciones del Distrito Federal y los estados de Coahuila, Guerrero, Hidalgo, México, Sinaloa y Yucatán.

## *El divorcio en el derecho comparado*

El antecedente del divorcio incausado se puede ver en la Unión Europea, donde no existe armonización comunitaria y de derecho interno de los Estados miembros en materia de divorcio. Los Estados miembros<sup>34</sup> admiten el divorcio por falta de *affectio maritalis*;<sup>35</sup> sin embargo, únicamente Finlandia, Suecia y España regulan un divorcio incausado.<sup>36</sup>

---

<sup>34</sup> El divorcio por falta de *affectio maritalis* lo contemplan Alemania, Austria, República Checa, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Letonia, Polonia y el Reino Unido en sus tres jurisdicciones: Inglaterra y Gales, Escocia e Irlanda del Norte, en el caso de este último, la posibilidad de solicitar el divorcio es reciente y está reconocida por la *Family Law Divorce Act* de 1996.

Austria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, Francia, Lituania, Luxemburgo y Portugal tienen un sistema de divorcio basado en la culpa. La causa de divorcio por separación de hecho entre los cónyuges en Bélgica está prevista que requiere dos años; Chipre, cinco años; Francia, dos años; Irlanda, cuatro años; Letonia, tres años; Lituania, un año; Luxemburgo, tres años, si no existe acuerdo entre los cónyuges, y cinco años si hubo acuerdo de separación entre ellos, y Portugal, un año si hay acuerdo y, para el caso de falta de acuerdo, tres años. Para Alemania, Austria, Grecia, Holanda, Hungría, Italia, Reino Unido y República Checa, la separación de hecho entre los cónyuges sirve como prueba para demostrar que el matrimonio no puede repararse.

<sup>35</sup> El término *affectio maritalis* en el contexto actual es diferente al concepto romano y significa “el divorcio por ruptura irremediable del matrimonio” (Barbero *et al.*, 2005: 119); en este sentido, resulta de la falta de convivencia entre cónyuges por separación entre ellos, por un periodo determinado y habitando en domicilios diferentes.

<sup>36</sup> Finlandia y Suecia, países de tradición nórdica, exigen un periodo que puede considerarse como de reflexión o reconsideración de la petición de divorcio. En el caso de Finlandia, se exige siempre un plazo de seis meses; en Suecia, este plazo sólo se requiere si uno de los cónyuges quiere divorciarse y el otro no o si tienen un hijo menor de 16 años.

La ley 15/2005 establece el divorcio incausado en España, por lo que ahora no se toma en consideración que uno de los cónyuges no desee el divorcio y únicamente se exige que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio para que cualquiera de los cónyuges solicite el divorcio sin importar la causa que lo motive.

## Resultan interesantes las legislaciones de Francia<sup>37</sup> y Alemania.<sup>38</sup>

<sup>37</sup> Francia modificó su legislación en el 2000. El divorcio por mutuo consentimiento se encuentra regulado en los artículos 230 y 232 del Código Civil francés. El divorcio por la aceptación de la ruptura del matrimonio está en los artículos 233 y 234 del mismo ordenamiento. Esta modalidad de divorcio puede iniciarse a instancia de uno o de ambos cónyuges, pero deben aceptar de forma conjunta que el matrimonio se ha fracturado o roto y no tienen la necesidad de manifestar las razones o hechos que ocasionaron la ruptura. El juez decretará el divorcio solamente si está convencido de que cada uno de los esposos expresó libremente su acuerdo para el divorcio.

Tanto el divorcio por mutuo consentimiento como el divorcio por aceptación de la ruptura del vínculo matrimonial requieren el acuerdo de ambos cónyuges. El hecho de que en el segundo tipo puede iniciarse a petición unilateral de uno de ellos no implica que el juez decretará el divorcio sin el acuerdo del otro cónyuge. En ambos sistemas se necesita el acuerdo de los esposos, la diferencia estriba en que en el divorcio por mutuo consentimiento los cónyuges no tienen que expresar las razones por las que se quieren divorciar y solamente deberán someter ante el juez el proyecto de convenio para regular los efectos de divorcio que presenten.

En el divorcio por aceptación de la ruptura del matrimonio, ambos cónyuges reconocen la existencia de hechos que les han impedido mantener su vida en común; sin embargo, las consecuencias jurídicas del divorcio no serán reguladas por convenio entre ellos sino que serán dictadas por el juez.

El Código Civil francés regula en los artículos 237 y 238 un tercer tipo de divorcio denominado divorcio por alteración definitiva del vínculo conyugal, entendido esto como la situación en que los esposos ya no viven juntos durante el término de por lo menos dos años por lo que, para el emplazamiento o el requerimiento de divorcio los cónyuges, éstos deben vivir separados.

El cuarto tipo de divorcio en la legislación francesa es el divorcio por culpa que “representa aproximadamente 40% de todos los casos de divorcio presentados en Francia [...] el legislador francés consideró su supresión, pero finalmente creyó que ésta era una medida prematura y que resultaba más adecuado mantener esta causal de divorcio” (Barbero *et al.*, 2005: 122-123). El divorcio por culpa puede solicitarlo cualquiera de los cónyuges cuando exista una grave o repetida violación de los deberes y obligaciones derivados del matrimonio y que sean imputables a uno de ellos y que haga imposible la vida en común. Este tipo de divorcio se encuentra en los artículos 242 al 246 del Código Civil francés.

<sup>38</sup> En Alemania se prevé como única causa de divorcio el fracaso del matrimonio, así, el artículo 1565 del Código Civil alemán indica que el matrimonio puede disolverse cuando ha fracasado, entendiéndose como fracaso cuando ya no existe vida en común entre los esposos y que sea improbable que se restaure la misma. En el artículo 1566 del Código Civil alemán se establece que el fracaso del matrimonio se acreditará cuando los esposos viven separados por más de un año y han convenido en divorciarse, pudiendo anexar ese acuerdo a una demanda conjunta o en la de aceptación de la demanda interpuesta por el otro cónyuge. Y para el caso de que los cónyuges lleven separados tres años o más no se requerirá acuerdo de los esposos y entonces la petición de divorcio puede ser planteada por sólo uno de ellos.

El fracaso de un matrimonio se da por la falta de cohabitación, además de que se requiere el término de un año y mutuo acuerdo para solicitarlo y en el caso del divorcio uni-

En la primera se prevén cuatro tipos de divorcio: por mutuo consentimiento, por aceptación de ruptura del matrimonio, por alteración definitiva del vínculo conyugal y el causal. En Alemania se regula como única causal de divorcio el fracaso del matrimonio, y por causa excepcional, el juez puede negar el divorcio.

## Orden público e interés social

El derecho tiene funciones de organización, coordinación y límite de la libertad jurídica de los individuos. El orden público sirve para que el derecho pueda cumplir con sus funciones y mantener la libertad y convivencia en una sociedad, lo que se obtiene creando órganos, entidades o instituciones como el propio Estado, la familia y el matrimonio.

Resulta difícil definir el orden público por tratarse de un término ambiguo<sup>39</sup> y vago.<sup>40</sup> Los vocablos que se utilizan en diversos países dan muestra de que el concepto es confuso, por ejemplo, en “Alemania es el *vorbehaltklausel* o cláusula de reserva, en Italia se utiliza el término *ordine público*, en Francia se denomina *l’ordre public*, para Inglaterra y Estados Unidos es *public policy*” (Magallón, 1987: 146). Generalmente el orden público “contiene tanto la moral como las buenas costumbres de una sociedad” (Magallón, 1987: 148).

---

lateral, tres años de vida separada. Además de que el juez puede negar el divorcio en casos excepcionales y atendiendo al interés superior del menor, donde a su juicio considerara que resulta indispensable para los hijos menores que se mantenga el matrimonio, esta facultad se encuentra prevista en el artículo 1568 del Código Civil alemán.

<sup>39</sup> Un término ambiguo es “susceptible de asumir diversos significados, generalmente distinguibles por el contexto” (Atienza, 2013: 61).

<sup>40</sup> “Mientras que la ambigüedad es una dificultad que afecta [...] a las palabras [...] la vaguedad [...] es más grave, en cuanto afecta a los conceptos. Estos pueden analizarse en un plano intensional o connotativo y en un plano extensional o denotativo. La *intensión* de un concepto es el conjunto de propiedades que lo caracterizan, y su *extensión* el campo de aplicabilidad del mismo. Por ejemplo, la intención de ‘juez es un conjunto de propiedades (funcionario que tiene a su cargo la aplicación de las normas jurídicas, etc.), y su extensión, el conjunto de las personas (pasadas, presentes o futuras) que hay sido son o serán jueces [...] Y la *vaguedad* consiste precisamente en que es posible que la intención o’ la extensión de los conceptos no esté bien determinada. Hay *vaguedad intensional* cuando las propiedades connotadas no pueden determinarse exhaustivamente. Hay *vaguedad extensional* cuando la indeterminación afecta al campo de aplicación del concepto” (Atienza, 2013: 63-64).

## El orden público puede verse como

...un conjunto de normas que contienen principios y axiomas de organización social que todos reconocen y admiten como necesarios o esenciales para la estabilidad y desarrollo de un país [...] se refiere a la cultura jurídica de una comunidad determinada, incluyendo tradiciones, ideales e incluso, normas y mitos sobre su derecho y su historia institucional [...] se construye con los ideales y principios fundamentales sobre los cuales reposa la integración social (Chávez, 1996: 34).

El orden público también funciona como un límite, está compuesto por “un conjunto de normas e instituciones que no pueden ser alteradas, ni por la voluntad de los individuos porque la autonomía de la voluntad está limitada...” (Chávez, 1996: 35). También está constituido por “normas irrenunciables [...] las leyes imperativas, son las normas de orden público porque en ellas no prevalece el valor del principio de la autonomía de la voluntad” (Magallón, 1987: 147).

De tal suerte que, “el orden público está formado por normas básicas y principios jurídicos que constituyen la estructura, la organización de un Estado, y por tanto, resguardan el interés general, mismo que se vincula a los intereses del propio Estado, por lo que resulta que no es posible dejarlas de lado por la voluntad de los particulares” (Rombolá, 2007: 691).

La idea de orden público puede resumirse en “leyes rigurosamente obligatorias” (Savygny, citado en Magallón 1987: 155-156) y que “las leyes de orden público [...] están formuladas en función del beneficio colectivo, y por tanto, su aplicación debe ser general y no particular” (Pillet, citado por Magallón, 1987: 156). En síntesis, el orden público está constituido por instituciones y normas de una comunidad que no pueden ser alteradas por voluntad de los individuos, estas normas son aceptadas por la sociedad, tienen por objeto la cohesión social y el funcionamiento del sistema jurídico.

Por otro lado, el interés social, también llamado interés público, es “el conjunto de pretensiones relacionadas con las necesidades colectivas de los miembros de una comunidad y protegidos mediante la intervención directa y permanente del Estado” (IIJ-UNAM, 1994: 1779); es decir, el Estado protege de manera más extensa a la colectividad formada por los individuos, que al individuo mismo. La protección

del interés social se encamina a un grupo social considerado como vulnerable, ésta es la razón por la que la familia,<sup>41</sup> considerada como grupo vulnerable dada su fragilidad, es protegida por el Estado con normas de orden público e interés social.

## **Autonomía de la voluntad**

La teoría del acto jurídico fue desarrollada tanto por la doctrina francesa como la alemana. La primera contempla al hecho jurídico en sentido amplio, el hecho jurídico en sentido restringido, y el acto jurídico. Para Bonnecase, el acto jurídico es

...una manifestación exterior de la voluntad, bilateral o unilateral, cuyo objeto directo es engendrar, fundado en una regla de derecho o en una institución jurídica, en contra o en favor de una o varias personas un estado, es decir, una situación jurídica permanente y general, o por el contrario, un efecto jurídico limitado que se reduce a la formación, modificación o extinción de una relación de derecho (Domínguez, 2003: 503).

Así, el acto jurídico resulta ser una manifestación de voluntad que tiene por objeto crear una situación o consecuencias jurídicas deter-

---

<sup>41</sup> El Código Civil del Estado de México en los artículos 4.1 y 4.1 bis establece este carácter:

“Artículo 4.1. Las disposiciones de este Código que se refieran a la familia, son de orden público e interés social y tienen por objeto proteger su organización y el desarrollo integral de sus miembros, basados en el respeto a su dignidad y la equidad de género [...]

“Artículo 4.1 bis. El matrimonio es una institución de carácter público e interés social, por medio del cual un hombre y una mujer voluntariamente deciden compartir un estado de vida para la búsqueda de su realización personal y la fundación de una familia” (Código Civil del Estado de México, 2014: 31).

En este mismo sentido, la Exposición de Motivos de la reforma al código civil y código de procedimientos civiles expresa: “Partiendo de la premisa de que el matrimonio se sustenta fundamentalmente en la autonomía de la voluntad de las personas, resulta pertinente y oportuno el establecimiento de un juicio de divorcio sin causa, comúnmente denominado *exprés*; derivado del cual, el matrimonio en su carácter de contrato civil pueda terminarse por la voluntad de uno de sus contrayentes, mediante el establecimiento de los medios jurídicos necesarios al efecto. Debe privilegiarse la libertad de la voluntad de la persona...” (*Gaceta del Gobierno del Estado de México* del 3 de mayo del 2012: 34-35).

minadas, no distingue entre diversos tipos de actos, sino que toda manifestación de voluntad será un acto jurídico.

La doctrina alemana, si bien tiene su fundamento en la francesa, se diferencia de ésta en cuanto a la necesidad de distinguir entre el acto jurídico en sentido estricto y el negocio jurídico. El acto jurídico ya tiene previstas las consecuencias en la norma, no pueden modificarse, y únicamente falta la voluntad como presupuesto para la actualización de las consecuencias. De esta suerte, el matrimonio es un acto jurídico donde el papel de la libertad se limita a aceptar las normas ya establecidas para el mismo sin que puedan modificar su contenido o sus fines. Por otro lado, los efectos del negocio jurídico<sup>42</sup> dependen

---

<sup>42</sup> “El dogma de la autonomía de la voluntad surgió durante el auge del individualismo y del liberalismo económico del siglo pasado (*sic*), al amparo de la teoría del contrato social de Rousseau que creía en la bondad natural del individuo y en la necesidad de limitar por el pacto social la libertad sólo para conservar ésta. La autonomía de la voluntad se reducía a sostener, primero, que salvo muy raras excepciones todas las obligaciones contractuales, nacían de la soberana voluntad de dos partes libres iguales y, segundo, que eran justas todas esas obligaciones creadas por la voluntad” (Sánchez, 1994: 5).

Para Betti, “la autonomía (como actividad y potestad de autorregulación de intereses y relaciones propias, desplegada por el mismo titular de ella) puede ser reconocida por el orden jurídico estatal en dos distintas y diversas funciones. *a*) Puede ser reconocida como fuente de normas jurídicas destinadas a formar parte del mismo orden jurídico que la reconoce. *b*) Puede, también, ser reconocida como presupuesto y fuente generadora de relaciones jurídicas ya disciplinadas, en abstracto y en general, por las normas del orden jurídico”.

“Aquí nos interesa considerar la autonomía privada solamente. Esta autonomía es reconocida por el orden jurídico, en el campo del derecho privado, exclusivamente en la segunda de las funciones citadas. Es decir, como actividad y potestad creadora, modificadora o extintiva, de relaciones jurídicas entre individuo e individuo; relaciones cuya vida y vicisitudes están ya disciplinadas por normas jurídicas existentes”.

“La manifestación suprema de esa autonomía es el negocio jurídico. El cual es precisamente concebido como un acto de autonomía privada, al que el derecho atribuye el nacimiento, la modificación o la extinción de relaciones jurídicas entre particulares. Tales efectos jurídicos se producen en cuanto que están dispuestos por las normas, las cuales, acogiendo como presupuesto de hecho el acto de autonomía privada, se remiten a él como supuesto necesario y suficiente”.

“La autonomía privada configura también una autorregulación y, específicamente, una regulación directa, individual, concreta de terminados intereses propios, por obra de los mismos interesados. Entre el interés regulado y la voluntad reguladora (éste es el punto característico) existe aquí inmediata coincidencia, porque son, intereses y voluntad, de las mismas personas. En la autonomía creadora de normas jurídicas reconoce el ordenamiento estatal una verdadera y propia fuente de derecho objetivo, dentro de la órbita de competencia que le corresponde *ab origine*. Por el contrario, en la autonomía creadora de relaciones jurídicas, el orden jurídico se limita a reconocer a los particulares la facultad de dar

de la voluntad de los individuos, por lo que su razón de ser se encuentra en la autonomía. En términos de De Castro y Bravo, “el poder de la persona para poder dictar reglas (testamento) y para dárselas a sí mismo (contrato), es decir, la autonomía (*subject made law*) es la médula del negocio jurídico” (Domínguez, 2003: 508).

La doctrina y la jurisprudencia identifican la autonomía de la voluntad<sup>43</sup> con la libertad de actuar a pesar de no ser sinónimos. La primera comprende la libertad como supuesto<sup>44</sup> y también es el fundamento de la fuerza obligatoria de los actos humanos, esto es, la libertad como autodeterminación sin la cual no hay voluntad, y la fuerza vinculante o autorresponsabilidad, que emana de la propia voluntad.

De esta manera, puede decirse que “la autonomía de la voluntad es la cualidad de la voluntad (*sic*) en cuya virtud el hombre tiene la facultad de autodeterminarse y autorresponsabilizarse conforme los dictados de su conciencia sin más límites que las idénticas y concurrentes facultades de otros hombres” (Moisa, 2004: 62). La autonomía de la voluntad tiene como antecedente la libertad y como consecuencia la fuerza vinculante, lo que da lugar a la autodeterminación y a la autorresponsabilidad de los actos, por lo que el individuo es libre de obligarse o no, pero una vez que se ha obligado, debe cumplir con la obligación contraída.

Resulta que, la autonomía de la voluntad es “un elemento de la libertad general, es la libertad jurídica y es, en suma, el poder del hombre de crear por un acto de voluntad una situación de derecho, cuando este acto tiene un objeto lícito” (Duguit, 1975: 51). Por su parte, Kant entiende la libertad “como la propiedad de la voluntad por la cual

---

vida a situaciones aptas para engendrar vínculos entre ellos. La autonomía privada ofrece, por tanto, caracteres propios, inconfundibles con los de cualquiera otra autonomía” (Domínguez, 2003: 506-507).

<sup>43</sup> La autonomía de la voluntad es el “Poder que el derecho confiere a las personas para definir el contenido de sus relaciones jurídicas conforme a sus intereses, sin otros límites que los derivados de las leyes imperativas, de la moral y del orden público”. RAE, disponible en <<http://lema.rae.es/drae/?val=autonomia>>. Consulta: 5 de septiembre de 2014.

<sup>44</sup> La libertad es la “Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos”. RAE, disponible en <<http://lema.rae.es/drae/?val=libertad>>. Consulta: 5 de septiembre de 2014.



puede ser eficiente, independientemente de causas extrañas que la determinen” (Kant, 1998: 55).

La principal limitación a la libertad se resume en la frase “yo no puedo hacer todo lo que quiero, por ejemplo, no puedo volar” (Berlin, 2000: 235), por lo que la vida en sociedad exige la regulación a la libertad individual que, en ocasiones, puede colisionar con el libre albedrío de otros individuos. El derecho no pretende eliminar la libertad sino ordenar las libertades, estableciendo límites para coexistir con los semejantes. No es posible la existencia de libertades absolutas porque esto sería como negar la libertad y el sistema de convivencia.

Los individuos tienen límites al ejercitar la autonomía de la voluntad, no pueden sobrepasarlo, porque lo contrario sería romper el equilibrio de un determinado sistema jurídico; por tanto, el derecho debe coordinar las libertades y derechos individuales para lograr la estabilidad de sus instituciones el bien común.

El término libertad es equívoco<sup>45</sup> y puede entenderse en un sentido positivo y otro negativo, en éste, la libertad se entiende como una inhibición de los poderes públicos respecto de la esfera individual, se trata de la ausencia de interferencias para que el individuo actúe según su libre albedrío. La libertad positiva,<sup>46</sup> también llamada autodeterminación o autonomía, es una libertad en el ámbito personal que puede equipararse con la autorrealización. En todo caso, es necesario diferenciar la libertad como facultad de la voluntad y como derecho.<sup>47</sup>

---

<sup>45</sup> El equívoco, también llamado dilogía o anfibología, “se relaciona con el juego de palabras, y se funda en la homonimia y la polisemia de éstos; es decir, en que la unicidad de su forma se acompaña con la pluralidad de su significado” (Beristain, 2010: 153).

<sup>46</sup> “Es positiva porque indica la presencia de algo, a saber, de un atributo específico de la voluntad, que es la capacidad de moverse hacia un objetivo sin ser movido. Teniendo en cuenta que se suele llamar ‘libertad’ también a esta situación, que podría llamarse de forma más apropiada ‘autonomía’, en la medida en que la definición hace referencia no tanto a lo que hay cuanto a lo que falta. Como cuando se dice que autodeterminarse significa no estar determinados por los otros no depender para las propias decisiones de otros, o determinarse sin ser determinados. Llevando hasta sus extremas consecuencias esta observación, habría que decir inmediatamente que, siendo ‘libertad’ un término que indica, en la multiplicidad de las propias acepciones, carencia de algo, la expresión libertad positiva es contradictoria” (Bobbio, 1993: 100-101).

<sup>47</sup> “Conviene, desde luego, distinguir la libertad como atributo de la voluntad del hombre de la libertad como derecho. Aquélla es generalmente concebida como poder, o facultad natural de autodeterminación. Podría definirse diciendo que es la aptitud de obrar

Considerando lo expuesto, la libertad es la base de la autonomía de la voluntad del derecho privado y la condición necesaria aunque no suficiente de la libertad que el derecho pretende garantizar en la vida social. La autonomía es fundamento de una libertad que sólo puede ser limitada por el orden público e interés social.

La autonomía de la voluntad tiene estrecha relación con el derecho de familia porque, amparadas en los efectos, las relaciones jurídicas familiares se han personalizado a tal punto que se han desdibujado las limitaciones para el actuar de los particulares dentro del ámbito familiar, confundándose los intereses con sentimientos y con la libertad. Esta situación “eminente individualista en el derecho de familia [...] en lugar de proteger a los débiles e indefensos, como son los hijos menores y la mujer casada, desnaturalizó y desarticuló, por completo, al matrimonio en aras de una ficticia igualdad de funciones de los consortes en relación con el hogar” (Sánchez, 1994: 9). Es así que las nuevas disposiciones en materia de divorcio incausado que propugnan por la libertad<sup>48</sup> como valor supremo, lo que verdaderamente están regulando son aspectos de la autonomía y no de la autonomía de la voluntad.

El legislador, al concebir la libertad como autonomía para realizar determinada acción, reduce el derecho a un simple orden coactivo, no de la libertad, sino de las voluntades autónomas de los individuos y la voluntad “es una especie de causalidad de los seres vivos en cuanto que son racionales” (Kant, 1998: 55); es decir, que el hombre tiene facultad de autodeterminarse y autorresponsabilizarse.

---

por sí, o sea, sin obedecer a ninguna fuerza o motivo determinante. Es, como diría Kant, una causalidad cuyo primer momento es sólo causa, no efecto de otra causa [...] La libertad jurídica no es poder ni capacidad derivada de la naturaleza, sino derecho. Podríamos decir, con toda justicia, autorización” (García, 1991: 216).

<sup>48</sup> La exposición de motivos de reforma al Código Civil y Procedimientos Civiles dice que “debe privilegiarse la libertad de la voluntad de la persona, mediante establecimiento de un procedimiento específico para la procedencia del divorcio sin causa...” (*Gaceta Oficial de Gobierno del Estado de México*, exposición de motivos, 2012: 35).

## Racionalidad legislativa

La producción de normas, como actividad que despliega el legislador, “debe poseer ciertas características formales y producir determinados efectos en el sistema jurídico<sup>49</sup> y en el sistema social” (Atienza, 1997: 18). Este proceso de creación debe ser armónico entre los diversos elementos involucrados: “edictores, destinatarios, sistema jurídico, fines y valores”<sup>50</sup> (Atienza, 1997: 24) para lograr que la nueva norma<sup>51</sup> sea realmente eficaz<sup>52</sup> y se inserte coherentemente dentro del sistema al que pasará a formar parte. Así, por ejemplo, el legislador introduce una figura con la intención de mejorar un procedimiento, la nueva figura debe estar en concordancia con todo el engranaje y no contraponerse a ninguna norma contenida en el sistema, de lo contrario, existirá una inadecuación entre la figura y el sistema al que se implanta, provocando falta de racionalidad legislativa.<sup>53</sup>

---

<sup>49</sup> “Según la perspectiva positivista, el sistema jurídico es, al menos en lo esencial, un sistema de reglas que se pueden identificar como reglas jurídicas sobre la base de su validez y eficacia [...] Dworkin contrapone a este modelo un modelo de principios [...] el sistema jurídico está compuesto, además de reglas, de un modo esencial, por principios jurídicos” (Alexy, 2010: 7-8).

<sup>50</sup> “Desde una perspectiva muy abstracta, puede decirse que los edictores son los autores de las normas; los destinatarios, aquellos a quienes éstas se dirigen, el sistema jurídico, el conjunto del que pasa a formar parte la nueva ley; los fines, los objetivos o metas (entendidos en el sentido más amplio) que se persiguen al establecer las leyes; y los valores, las ideas que sirven para justificar dichos fines” (Atienza, 1997: 24).

<sup>51</sup> “El campo normativo no es homogéneo y cabe distinguir entre muchos tipos de normas. En otras palabras, el término *norma* y sus sinónimos (parciales) como *regla*, *pauta*, *imperativo*, *prescripción*, *orden*, *prohibición*, etc., suelen usarse en distintos sentidos y, por tanto, cabe distinguir varios conceptos de norma...” (Alchourrón y Bulygin, 2011: 10).

La norma jurídica puede entenderse como la “adecuación lógica que se desarrolla observando los procedimientos especialmente determinados para su creación y sanción; destinada a regular las conductas humanas, a señalar los deberes y conductas que deben ser observados por las personas y al imponer sanciones para el caso de inobservancia o incumplimiento” (Rombolá, 2007: 674).

<sup>52</sup> “La eficacia es una propiedad contingente de las normas legisladas...” (Alchourrón y Bulygin, 2011: 12).

<sup>53</sup> “La racionalización de la actividad legislativa puede entenderse de diversas maneras... cabe distinguir cinco modelos o niveles de racionalidad: una *racionalidad comunicativa o lingüística* (R1), en cuanto que el emisor (edictor) debe ser capaz de transmitir con fluidez un mensaje (la ley) al receptor (destinatario); una *racionalidad jurídico-formal* (R2), pues la nueva ley debe insertarse armoniosamente en un sistema jurídico: una *racionalidad pragmática* (R3), pues la conducta de los destinatarios tendría que adecuarse a lo

La redacción de un texto normativo<sup>54</sup> está sujeta a principios como el de interés público,<sup>55</sup> certeza jurídica,<sup>56</sup> eficacia o efectividad<sup>57</sup> y coherencia jurídica,<sup>58</sup> que deberán ser observados por el legislador a fin de evitar problemas de aplicación e interpretación de la ley. Entonces, la composición de una norma deberá cumplir con los cinco niveles de lo que lo que Manuel Atienza (1997) denomina racionalidad legislativa.

*a. Racionalidad lingüística.* Consiste en la claridad comunicativa entre el emisor de la ley y el destinatario. Una ley será irracional si el acto de comunicación es defectuoso por mala redacción del texto y, el mensaje no es comprendido por el destinatario.

*b. Racionalidad jurídico formal.* En este nivel, lo que se pretende es lograr la sistematicidad de las leyes; es decir, que formen un conjunto sin lagunas para que el derecho actúe como dispositivo para prevenir conductas y consecuencias del actuar humano, en otras palabras, que funcione “como un sistema de seguridad”<sup>59</sup> (Atienza, 1997: 32). Una norma es irracional si desgasta la estructura del ordenamien-

---

prescrito en la ley: una *racionalidad teleológica* (R4), pues la ley tendría que alcanzar los fines sociales perseguidos; y una *racionalidad ética* (R5), pues las conductas prescritas y los fines de las leyes presuponen valores que tendrían que ser susceptibles de justificación ética” (Atienza, 1997: 27-28).

<sup>54</sup> “Un texto normativo es el conjunto coherente de enunciados escritos que fijan normas acerca de una materia o actividad. Los textos normativos deben ser generales, impersonales, abstractos, obligatorios y coercitivos” (López, 2010: 3).

<sup>55</sup> En este sentido, se entiende como interés público “la pretensión de un sector poblacional para que un bien o actividad material o cultural, que les es común, sea proporcionado o protegido por el Estado al considerarlo éste como primordial. Por ello es muy importante que el objeto y finalidad de la ley que se elabore satisfaga plenamente el interés público” (López, 2010: 14).

<sup>56</sup> “La certeza jurídica implica el conocimiento seguro y claro de algo [...] implica el conocimiento sobre lo que se puede hacer o exigir, o acerca de lo que se está obligado a evitar o no impedir; o sea, acerca de las libertades, derechos y obligaciones que garantiza o impone una norma jurídica” (López, 2014: 15).

<sup>57</sup> Aplicado a los textos normativos, significa que la norma realmente funcione para lo que fue hecha.

<sup>58</sup> “Significa cohesión, congruencia, conexión de una cosa con otra [...] conformidad y adecuación de las normas entre sí. Es decir, el sistema jurídico es un conjunto unitario de normas coherentes y ordenadas, lo cual supone la ausencia de incompatibilidades o contradicciones entre los elementos que lo conforman” (Lastra, citado en López, 2010: 16).

<sup>59</sup> La seguridad jurídica se entiende como “la seguridad que nos proporciona el Derecho de prever, hasta cierto punto, la conducta humana y las consecuencias de dicha conducta [...] En el derecho moderno un alto grado de previsibilidad que cabe llamar certeza jurídica [...] La certeza en el derecho es variable: menor en los sistemas jurídicos poco

to; es decir, el legislador, al no respetar los criterios del propio sistema normativo, provoca contradicciones.

*c. Racionalidad pragmática.* “Consiste en la adecuación de la conducta de los destinatarios a lo prescrito...” (Atienza, 1997: 36), con el propósito de que se obedezca la ley. Una norma es irracional si no logra producir efectos en el comportamiento de los individuos.

*d. Racionalidad teleológica.* Los legisladores fungen como representantes de “los intereses sociales, particulares o generales, que logran que los mismos se traduzcan en leyes” (Atienza, 1997: 37). La persecución de estos objetivos o intereses no implica que estén justificados, porque en ocasiones, al pretender ciertos fines, se olvida si realmente eran los que se tenían que buscar. Una norma carece de esta racionalidad si “no produce efectos o produce efectos no previstos y que no puedan tampoco considerarse como deseados o deseables” (Atienza, 1997: 38).

*e. Racionalidad ética.* Los objetivos que se pretenden con una ley cambiarán según el sistema ético que se tome como referencia para justificar los fines; por lo que una ley carece de esta racionalidad si no está justificada éticamente porque “prescriba comportamientos inmorales (o no prescriba lo que moralmente sería obligatorio) o persiga fines ilegítimos” (Atienza, 1997: 39).

Conforme los tipos de racionalidad legislativa propuestos por Atienza (1997), es posible mostrar que el divorcio incausado, como norma insertada por el legislador, carece de racionalidad jurídico formal y teleológica.

Resulta irracional en el nivel jurídico formal porque es incongruente con la figura del matrimonio como contrato sinalagmático al permitir que, de manera unilateral, se dé por terminado sin ningún incumplimiento y sin indemnización; con lo que se ocasiona una pérdida de certeza y seguridad para quienes optan por esta forma de constitución familiar. Del mismo modo, al no haber considerado que el orden público e interés social se encuentran sobre el interés particular, se fractura la coherencia del sistema jurídico.

---

evolucionados (que, en el límite, tienden a confundirse con la moral) y, mayor en los sistemas jurídicos desarrollados...” (Atienza, 2013: 193).

“Por seguridad jurídica en sentido estricto habría que entender la capacidad de un determinado ordenamiento jurídico para hacer previsibles, seguros, los otros valores, esto es, la igualdad y la libertad” (Atienza, 2013: 194).

El divorcio incausado también carece de racionalidad teleológica al producir efectos diversos a los deseados o previstos. El único objetivo del legislador era “que el procedimiento no tenga obstáculos” (Exposición de motivos, 2012: 37); para facilitar la disolución matrimonial; sin embargo, este nuevo procedimiento puede producir daños al cónyuge que no reclamó el divorcio, desprotección a los hijos porque después de declarado el divorcio, se tendrá que iniciar un proceso jurisdiccional para fijar pensión alimenticia, patria potestad, guarda y custodia; la posibilidad de estar frente a un abuso de derecho<sup>60</sup> por parte de uno de los cónyuges.

### **Problemática del divorcio incausado**

La introducción del divorcio incausado en la legislación civil del Estado de México fracturó la sistemática y orden lógico que tenía el divorcio, de tal modo que se perdió la relación y coherencia que existía entre los deberes y obligaciones que derivadas del matrimonio y las causales de divorcio. La regulación de las causales obedecía al criterio de considerarlas como incumplimientos a dichos deberes; por tanto el cónyuge que los incumplía y que resultaba culpable de la disolución, era quien tenía que hacerse responsable de las consecuencias producidas por la disolución del vínculo matrimonial.

Actualmente, no existe un elemento real para poder determinar cuál de los cónyuges deberá hacerse cargo de los efectos del divorcio, dejando éstos para después de decretado el mismo. Con esto se percibe que, con el afán de decretar velozmente la disolución, el legislador olvidó la importancia de los efectos derivados del matrimonio, como la situación de los hijos, la guarda y custodia, patria potestad, alimentos, visitas y convivencias, soslayando el hecho de que se podrían ocasionar daños al cónyuge que no solicitó el divorcio, en virtud de

---

<sup>60</sup> El cónyuge que solicita el divorcio unilateral obra al amparo de la ley y en aparente ejercicio de su derecho, excede la buena fe de su cónyuge y provoca daños a terceros. El problema radicaría en entender qué debe considerarse como exceso en el ejercicio de la facultad; sin embargo, la propia concesión de esta facultad ya es injusta, porque provoca en los cónyuges una sensación de falta de estabilidad e inseguridad absoluta.

que se verá modificado su estado civil<sup>61</sup> y su realización personal sin su consentimiento, vulnerándose así la dignidad del individuo. Además de que no tendrá derecho a ningún tipo de indemnización por el daño<sup>62</sup> que se le hubiera provocado, por lo que resulta necesario que el cónyuge que se considere perjudicado con la ruptura, tenga derecho a prestaciones económicas que le compensen del divorcio no deseado.

De esta manera, se percibe que el legislador introdujo una norma carente de racionalidad jurídico formal, que contraviene el sistema jurídico y teleológica; al permitir la disolución unilateral de un contrato, sin que exista indemnización, ya no únicamente por el incumplimiento de los deberes y obligaciones conyugales, sino tampoco por el daño que injustamente se le causa por el divorcio mismo, cuando afecta su dignidad personal como cónyuge que sufre la separación. Para algunos doctrinarios

...es ir demasiado lejos el que el cónyuge que, en ejercicio de su libertad, rompe el matrimonio, no sufra ningún tipo de consecuencias: ha roto, se nos dice, un proyecto de vida nacido en principio por un acuerdo de los contrayentes con una cierta vocación de continuidad. Por ello, nos dice Guilarte, el legislador, tan sensible al respeto de la voluntad individual, debiera haberlo sido también con las eventuales consecuencias patrimoniales del desistimiento unilateral (Martínez 2008: 43).

---

<sup>61</sup> El estado civil es un atributo de la personalidad que consiste en la forma en que el individuo se presenta ante la sociedad, se refiere a la manera en que se relaciona con los propios valores de la persona y es irrenunciable.

<sup>62</sup> El daño sería de tipo moral y, por tanto, debería considerarse la posibilidad de obtener la reparación de dicho daño en virtud de que su vida, su honra, la consideración que los demás tienen de él podría verse afectado, supuestos que contempla el artículo 7.154 del Código Civil del Estado de México, para lo cual sería necesario extender la reparación del daño moral al ámbito contractual y no únicamente extracontractual como lo establece el artículo 7.155 del mismo ordenamiento.

Artículo 7.154. “Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en su honor, crédito y prestigio, vida privada y familiar, al respeto a la reproducción de su imagen y voz, en su nombre o seudónimo o identidad personal, su presencia estética, y los afectivos derivados de la familia, la amistad y los bienes”.

Artículo 7.155. “La obligación de reparar el daño moral sólo será exigible si el mismo se produce como consecuencia de un hecho ilícito extracontractual, independientemente de que se hubiera causado daño material y de la reparación que por el mismo procediera” (Código Civil del Estado de México, 2014: 115).

El divorcio sin causa se parece al repudio romano, la diferencia es que en Roma no existía ningún tipo de formalidad para contraer matrimonio y en nuestro derecho sí son necesarias las formalidades y solemnidades establecidas por la ley. “Si bien es cierto que no puede obligarse a persona alguna a continuar con una relación conyugal *a fortiori*, es también una necesidad responsabilizar a quien ha contraído matrimonio, a cumplir con los efectos de dicha relación jurídica” (Castañeda, 2012: 79).

El divorcio unilateral provoca la pérdida de estabilidad que se busca con la celebración del matrimonio, un sistema que facilita la ruptura a tal extremo incide en la inestabilidad matrimonial. Equipara al matrimonio con el concubinato en el sentido de que el simple hecho de no querer continuar con la vida en común es suficiente para disolverlo, con lo que el legislador retoma el concepto de *affectio maritalis* del derecho romano y no el sentido actual que le dan los países europeos; de aquí es que surgen las siguientes interrogantes: ¿para qué se requiere la formalidad y solemnidad en la celebración del matrimonio?, ¿por qué se necesita que el divorcio sea declarado por un juez, si lo único que se toma en cuenta es la falta de *affectio maritalis*?

El rompimiento del matrimonio supone que los deberes del matrimonio han dejado de cumplirse, razón por la cual, la ley establecía una serie de causas que, en caso de que alguno de los cónyuges incurriera en ellas, el otro se encontraba legitimado para solicitar el divorcio, por lo que “la consideración de determinados hechos antijurídicos como causa del divorcio para el cónyuge que no los haya cometido constituye una sanción” (Diez Picazo, 1997: 115). El divorcio causal obedecía a una lógica en relación con los deberes del matrimonio; es decir, deber incumplido igual a causal para divorcio. El divorcio incausado ha desarticulado esta sistemática, por lo que el término matrimonio ha quedado vacío, sin sentido alguno, “el matrimonio queda convertido en una palabra que no significa otra cosa que una formalidad legal y social convencional, carente de contenido preciso, concreto y estricto” (Viladrich, 1989: 124). Efectivamente, el divorcio unilateral provoca que los deberes, obligaciones y derechos derivados del matrimonio sean intrascendentes e insignificantes, porque ahora nada importa que sean cumplidos o no.

El matrimonio queda reducido a la voluntad de contraerlo, pero ¿qué sucede con los efectos?, ¿dónde queda la obligatoriedad de los



contratos? Como se vio en este trabajo, el matrimonio es un contrato civil, bilateral, con un contenido patrimonial y extrapatrimonial, modifica el estado civil de las personas y crea efectos hacia terceros como los derivados de la filiación, por lo que no puede darse por terminado por la voluntad de una de las partes, se requiere el consentimiento de los cónyuges o el incumplimiento de alguno de los deberes matrimoniales, por lo que el divorcio unilateral rompe con la sistemática del matrimonio y es contrario a la teoría contractual, donde los actos bilaterales no pueden darse por terminados por una sola de las partes.

Al tenor de esta reflexión, el divorcio no podría solicitarse de manera unilateral porque: 1) el acto que dio origen es el matrimonio, y éste es un contrato bilateral; 2) el poder de los particulares de dar por terminado un contrato se tiene para el caso del incumplimiento de alguna de las obligaciones;<sup>63</sup> 3) el cumplimiento de los contratos no puede dejarse a una sola parte;<sup>64</sup> 4) el matrimonio es un contrato solemne, reviste una forma especial establecida por la ley y desde el momento en que se celebra, obliga a las partes.<sup>65</sup> En el divorcio causal, ahora derogado, el cónyuge inocente podía solicitar el pago de los daños y perjuicios ocasionados por el divorcio, en el divorcio incausado no se prevé dicha facultad.

Los individuos, llamados contrayentes, tienen plena libertad de contratar; es decir, pueden elegir si quieren o no contraer matrimonio y también deciden con quien contraerlo. La libertad que no se tiene es la libertad contractual que, a su vez, implicaría la autonomía de la voluntad, misma que no existe en el matrimonio en razón de que no es

---

<sup>63</sup> En el caso del matrimonio, los deberes y obligaciones de los cónyuges se encuentran en los artículos del 4.16 al 4.23 del Código Civil del Estado de México. Las causales de divorcio ahora derogadas obedecían a los incumplimientos tácitos a estos deberes, por lo que el cónyuge que fuera declarado inocente del divorcio podía solicitar la indemnización por concepto de daños y perjuicios que se le hubieran considerado, en virtud de que él no incumplió con sus obligaciones. Con el divorcio incausado, se suprimió esta facultad de pedir el pago de los daños y perjuicios.

<sup>64</sup> Artículo 7.33. “La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse a la voluntad de uno de los contratantes” (Código Civil del Estado de México, 2014: 106).

<sup>65</sup> Artículo 7.32. “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento de las partes; excepto aquellos que deban revestir una forma establecida por la ley. Desde que se perfeccionan, obligan a los contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a las consecuencias que, según su naturaleza, son conforme a la buena fe, a la costumbre o a la ley” (Código Civil del Estado de México, 2014: 106).

factible para los contrayentes cambiar los derechos y deberes propios del contrato y, por ende, en realidad no existe el ejercicio de la autonomía, como facultad de autodeterminación. Los artículos 4.16, 4.17, 4.18, 4.22 y 4.23 del Código Civil del Estado de México estatuyen parte del contenido obligacional del matrimonio, mismo que no puede ser modificado por la sola voluntad de las partes por tratarse de normas de orden público.

El divorcio incausado provoca la pérdida de estabilidad de la institución del matrimonio, estabilidad que es lo que en realidad buscan los contrayentes; el legislador lo asemeja al concubinato,<sup>66</sup> si bien ambas figuras están reguladas en el Código Civil del Estado de México, lo que la diferencia radica en el hecho de que quien opta por el matrimonio quiere estar protegido jurídicamente con “mayor pretensión de estabilidad” (Martínez, 2000: 33), estabilidad que el legislador le ha quitado; ahora ¿cuál es la diferencia real entre el matrimonio y el concubinato si ambos parten de la voluntad de un hombre y una mujer con el propósito de compartir un estado de vida? El Código Civil regula dos figuras diferentes, con efectos similares. El matrimonio como contrato solemne, cuya disolución requiere la declaración de un juez, y el concubinato que, por ser una unión de hecho, no requiere ningún tipo de formalidad; por lo que, en éste sí es factible la terminación por autonomía de la voluntad unilateral, sin necesidad de la intervención de un juez; entonces, si la intención del legislador es privilegiar de manera irrestricta la libertad y no poner ningún obstáculo para la disolución de los vínculos, ¿cuál es el propósito de mantener ambas figuras en la legislación?

El concubinato, carente de formalidades, es similar al matrimonio romano en el cual sí era aplicable que la falta de *affectio maritalis* o

---

<sup>66</sup> Artículo 4.403. “Se considera concubinato la relación de hecho que tienen un hombre y una mujer, que sin estar casados y sin impedimentos legales para contraer matrimonio, viven juntos, haciendo una vida en común por un periodo mínimo de un año; no se requerirá para la existencia del concubinato el periodo antes señalado, cuando reunidos los demás requisitos, se hayan procreado hijos en común” (Código Civil del Estado de México, 2014: 63).

Artículo 4.404. “La concubina y el concubinario tienen los derechos y obligaciones alimentarias, de familia, hereditarios y de protección contra la violencia familiar reconocidos en este Código y en otras disposiciones legales, así como los establecidos para los cónyuges, en todo aquello que les sea aplicable, sobre todo los dirigidos a la protección de la mujer y los hijos” (Código Civil del Estado de México, 2014: 63-64).

de voluntad de continuar lo dieran por terminado. La forma de celebración del acto determinaba la disolución, caso contrario en nuestro derecho donde, el matrimonio sí está sujeto a formalidades y solemnidad.

La reforma al Código Civil y al Código de Procedimientos Civiles del Estado de México pasa por alto que el orden público rige lo relacionado con la familia y el matrimonio,<sup>67</sup> “se puede señalar que existe un orden público familiar, porque el derecho de familia en sus normas incorpora ideales morales, religiosos y culturales como son las tradiciones propias del núcleo familiar, que hacen al matrimonio y a la familia necesarios para la integración y desarrollo del país” (Chávez, 1996: 34). Con esto se patentiza la falta de coherencia en el divorcio unilateral, porque el orden público funge como límite en el actuar de los particulares dentro del derecho de familia, donde la autonomía de la voluntad está supeditada al interés general.<sup>68</sup>

Las personas tienen libertad para crear sus relaciones o lazos de parentesco mediante el concubinato o el matrimonio; pero, una vez generados, surgen como consecuencia deberes, obligaciones y derechos que no pueden abandonarse de forma unilateral, ya sea porque se trate de normas de orden público o porque vulneren derechos de terceros.<sup>69</sup>

Podría compararse el divorcio unilateral con la revocación, porque tienen en común que existe un retiro de la voluntad; sin embargo, existe una diferencia de fondo que estriba en que la segunda sólo procede respecto de actos unilaterales, y el matrimonio no lo es, por lo que ese retiro unilateral de voluntad resulta improcedente.

---

<sup>67</sup> Artículo 4.1. “Las disposiciones de este Código que se refieren a la familia, son de orden público e interés social...”

Artículo 4.1 bis. “El matrimonio es una institución de carácter público e interés social...”

<sup>68</sup> El derecho familiar contiene normas que son de orden público; es decir, buscan “el bien común de la sociedad familiar, es la ayuda y protección que deben prestarse entre sí todos los miembros de la familia y más en particular los padres a los hijos” (Villoro, 1996: 478).

<sup>69</sup> Artículo 1.3. “La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público o cuando no perjudiquen derechos de terceros” (Código Civil del Estado de México, 2014: 23).

Frente a estas circunstancias, el divorcio incausado parece una renuncia de derechos privados, porque el cónyuge que lo solicita declina su derecho a estar casado; sin embargo, el conflicto surge al revisar el artículo 1.3 del Código Civil del Estado de México que prohíbe la renuncia de derechos privados si se hace contra las normas de orden público o se perjudica a terceros. De esta forma, el cónyuge solicitante puede usar su derecho para pedir el divorcio, abusando de esta facultad concedida por el legislador, y faltando a la buena fe de su cónyuge, al solicitar un divorcio intempestivo.<sup>70</sup> Por el contrario, el cónyuge que hubiera dado causa a un divorcio por incumplir sus deberes puede solicitar unilateralmente el divorcio, y si maliciosamente no hubiera desempeñado un trabajo remunerado con el propósito de obtener la pensión alimenticia,<sup>71</sup> la obtendría de manera injusta, lo que podría configurar un enriquecimiento ilegítimo.

## Conclusiones

El divorcio incausado sólo se puede entender en el sentido pragmático de aparente economía procesal; sin embargo, la aparente ventaja de celeridad se desdibuja, porque los cónyuges seguirán un conflicto largo y tortuoso por los aspectos verdaderamente relevantes que el legislador dejó para después de la declaración del divorcio, éstos son: patria potestad, guarda y custodia, régimen de visitas y alimentos; descuida a los hijos que resultan ser la parte más vulnerable. Además de que deja en estado de indefensión al cónyuge, que contrajo matrimonio como una forma de realización personal y no se le ofrece ninguna manera de compensar el daño que le pueda causar la separación.

---

<sup>70</sup> “Dejar al cónyuge, por el hecho de la ruptura, de la noche a la mañana, sin recursos y sin que pueda hacer frente a la nueva situación, supone un daño cuya causación es responsable el otro cónyuge” (Martínez, 2008: 38).

<sup>71</sup> Artículo 4.99. “En todos los casos, el cónyuge que carezca de bienes o que durante el matrimonio haya realizado cotidianamente trabajo del hogar consistente en tareas de administración, dirección, atención del mismo o al cuidado de la familia, o que esté imposibilitado para trabajar, tendrá derecho a alimentos, sin menoscabo de la repartición equitativa de bienes” (Código Civil del Estado de México, 2014: 39).

En este afán por lograr celeridad, el legislador olvidó que todo lo relativo al derecho de familia, incluido el matrimonio, está protegido por las normas de orden público e interés social, que fungen como dos grandes límites al ejercicio de la autonomía de la voluntad; es decir, los cónyuges tienen libertad para contraer el matrimonio; pero no pueden cambiar el contenido obligacional de éste, además de que, en su carácter de contrato bilateral, no puede darse por terminado más que por mutuo consentimiento o por incumplimiento a las obligaciones y deberes, los que se reflejaban en el catálogo de causales que preveía el ahora derogado divorcio necesario.

El ejercicio de la libertad de los individuos no puede ser irrestricto o absoluto, debe haber límites para poder convivir armónicamente con las demás personas. Cada sujeto es autónomo en su propia esfera individual; esto es, que las decisiones que él mismo tome, únicamente le afecten a sí mismo y no a los demás. “El querer individual es voluntad ilimitada siempre que no afecten derechos de otros” (Martínez, 2019: 124). Entonces, la libertad del individuo para dar por terminado el matrimonio no puede ser ilimitada justificándola en su derecho general de libertad que, a su vez, se funda en el libre desarrollo de la personalidad. El orden público permite restringir esta libertad porque, su ejercicio desvirtúa el contenido esencial de una institución, garante de orden social como lo es el matrimonio. Esta restricción no es arbitraria sino que se justifica en los valores y fines que persigue la propia sociedad, entonces, el límite más importante es la esencia misma de la institución matrimonial y, el problema radica en considerar que la libertad personal es el único elemento válido en el libre desarrollo de la personalidad.

Resulta equivocada la apreciación del legislador en cuanto a que si por la voluntad se contrajo el matrimonio, por la misma voluntad se puede disolver; esto es así porque no hace la diferencia entre la voluntad en sí misma y el consentimiento necesario para crear el contrato bilateral. Al confundir voluntad con consentimiento, ve al matrimonio como acto unilateral en lugar de bilateral y, de esta manera trata de justificar la disolución unilateral sin causa. El peligro de la disolución unilateral de este contrato *sui generis* puede llevarse a otro tipo de contratos, por ejemplo, en la compraventa, donde una vez perfeccionado el contrato, entregada la cosa y satisfecho el precio, la ley no permite que por capricho o voluntad de una sola de las partes, sin cau-

sa alguna y sin incumplimiento, se disuelva el contrato, permitirlo implicaría romper con la certeza jurídica que buscan las partes en el contrato. Es así que para la resolución se requiere mutuo acuerdo de las partes contratantes o el incumplimiento de alguna de ellas en el caso de la rescisión. El divorcio incausado provoca que la figura del matrimonio pierda sentido y contenido dentro del derecho actual, por lo que plantea la necesidad de recuperar ese significado, la importancia en el cumplimiento de los deberes que derivan del mismo, el sentido de ayuda mutua y proyecto común que implica. Con esto, en ningún momento se pretende obligar la permanencia dentro de una relación que resulte perjudicial, lo que se pretende es poner de manifiesto que no se debe olvidar la naturaleza del acto para regular la forma de disolución, ni sobrepasar los límites que el derecho impone con las normas de orden público e interés social que se encuentran sobre la autonomía de la voluntad de los particulares, porque lo contrario implica romper con la sistemática y coherencia que debe guardar el orden jurídico.

El divorcio sin causa puede provocar que, de manera ilegítima y faltando a la buena fe de su consorte, un cónyuge pueda abusar del derecho concedido por el legislador y solicitar el divorcio de manera sorpresiva, ya sea con la intención de perjudicar a su pareja, obtener un beneficio económico o simplemente por capricho. Esta situación resulta a toda luz injusta, en virtud de que se vulnera la dignidad del cónyuge no desea el divorcio, ya sea porque el matrimonio es parte de su proyecto de vida o porque no ha dado causa al divorcio.

La dignidad del cónyuge que no desea el divorcio incausado se ve afectada porque se le instrumentaliza, se le considera como un medio y no como un fin en sí mismo. El cónyuge que ahora solicita el divorcio de forma unilateral, al contraer el matrimonio, pudo haberlo hecho únicamente con el propósito de desarrollar la personalidad individual de él mismo, por cuestiones sociales, económicas, culturales o de cualquier otra índole, sin que interese el proyecto común que es el parte del objeto del matrimonio.

Como se observa, la falta de racionalidad jurídico formal y teleológica en la normatividad relativa al divorcio incausado provoca gran cantidad efectos no deseados ni previstos por el legislador y, como se ha expuesto, resulta que su implantación contraviene el sistema jurídico y puede provocar perjuicios al otro cónyuge, quien podría tener

determinadas expectativas de convivencia en su plan de vida, las cuales podrían haber condicionado situaciones laborales, sociales, económicas, familiares.

Con lo expuesto no se pretende negar el derecho al divorcio, lo que intenta es que el legislador, de forma responsable y con la debida técnica legislativa, revise el contenido de los deberes y derechos matrimoniales, la calidad de contrato sinalagmático que tiene, el significado de las normas de orden público e interés social que regulan el derecho de familia para evitar la erosión del sistema jurídico, el debilitamiento de la familia y de propia sociedad.

## **Fuentes consultadas**

### ***Bibliografía***

- Adame Goddard, Jorge (2004), *El matrimonio civil en México*, México, IIJ-UNAM.
- Alexy, Robert (2010), *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara.
- Alchourrón, Carlos y Eugenio Bulygin (2011), *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, 3a. ed., México, Fontamara.
- Atienza, Manuel (2013), *El sentido del derecho*, España, Ariel.
- \_\_\_\_\_ (1997), *Contribución a una teoría de la legislación*, España, Civitas.
- Baqueiro Rojas, Edgard y Rosalía Buenrostro Báez (2008), *Derecho de familia*, México, Oxford.
- Barbero, Teresa, Eduardo Peña, Iris Gaja y Cristina Galán (2005), *La nueva ley del divorcio*, Madrid, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad.
- Berlin, Isaiah (2000), *Los conceptos de libertad, en cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza.
- Bravo González, Agustín y Beatriz Bravo Valdés (2000) *Derecho romano. Primer curso*, 17a. ed., México, Porrúa.
- Bobbio, Norberto (1993) *Igualdad y libertad*, Paidós, Barcelona.
- Chávez Asencio, Manuel F.(1996), *La familia en el derecho. Convenios conyugales-familiares*, 3a. ed., México, Porrúa.
- \_\_\_\_\_ (1995), *La familia en el derecho. Relaciones jurídicas conyugales*, 3a. ed., México, Porrúa.

- \_\_\_\_\_ (1994), *La familia en el derecho. Derecho de familia y relaciones jurídicas familiares*, 3a. ed., México, Porrúa.
- Cruz Barney, Oscar (2005), *Historia del derecho en México*, 2a. ed., México, Oxford.
- De la Peza, José Luis (1997), *De las obligaciones*, México, McGraw-Hill.
- Díez Picazo, L. y A. Guillón (1997) *Sistema de derecho civil*, vol. IV, Madrid.
- Domínguez Martínez, Jorge Alfredo (2003), *Derecho civil. Parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*, 9a. ed., México, Porrúa.
- Duguit, León (1975), *Las transformaciones del derecho*, Buenos Aires, Heliasta.
- Galindo Garfias, Ignacio (2009), *Derecho civil. Primer curso. Parte general. Personas, familia*, 26a. ed., México, Porrúa.
- García Maynez, Eduardo (1991) *Introducción al estudio del derecho*, 42a. ed., México, Porrúa.
- Gavidia Sánchez, Julio (2007), *La reforma del matrimonio (leyes 13 y 15/2005*, Madrid), Marcial Pons.
- Kant, Emmanuel (1998), “Fundamentación de la metafísica de las costumbres”, en *Fundamentación de la metafísica de las costumbres-Crítica de la razón práctica-La paz perpetua*, capítulo 2, trad. M. García Morente, México, Porrúa / UNAM.
- López Ruiz, Miguel (2010), *Redacción de textos normativos*, México, Porrúa.
- Maluquer de Motes, Carlos (1993), *Derecho de la persona y negocio jurídico*, Barcelona, Bosch.
- Mansur Tawill, Elías (2006), *El divorcio sin causa en México. Génesis para el siglo XXI*, México, Porrúa.
- Magallón Ibarra, Jorge Mario (2006), *El matrimonio, sacramento, contrato, institución*, México, Porrúa.
- \_\_\_\_\_ (1987), *Instituciones de derecho civil, t. I*, México, Porrúa.
- Martínez Vázquez de Castro, Luis (2010), *El principio del libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado*, España, Aranzaldi.
- \_\_\_\_\_ (2008) *El concepto del matrimonio en el Código Civil*, España, Aranzaldi



- Messineo, Francisco (1952), *Doctrina general del contrato*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Moisa, Benjamín (2004), *La autonomía de la voluntad y la predisposición contractual*, Córdoba, Argentina, Zavaila Editor.
- Morillas Fernández, Marta (2009), *Divorcio objetivo y violencia doméstica*, Madrid, Dykinson.
- Pallares, Eduardo (1987), *El divorcio en México*, México, Porrúa.
- Peña Oviedo, Víctor (2013), *Código de Procedimientos Civiles del Estado de México. Comentado y concordado*, México, Flores Editor.
- Rojina Villegas, Rafael (1989), *Compendio de derecho civil*, t. I, 23a. ed., México, Porrúa.
- Ruiz Fernández, Eduardo (1988), *El divorcio en Roma*, Madrid, Universidad Complutense.
- Sánchez Meda, Ramón (1994), *De los contratos civiles*, 13a. ed., México, Porrúa.
- Serrano Alonso, Eduardo, Serrano Gómez, Carolina (2005), *El nuevo matrimonio civil. Estudio de las leyes 13/2005, 1 julio y 15/2005 8 de julio de reforma del Código Civil*, Madrid, Edisofer.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) (2014), *El divorcio incausado*, México, SCJN.
- Viladrich, Pedro Juan (1989), *Agonía del matrimonio legal*, 2a. ed., Pamplona, Eunsa Ediciones / Universidad de Navarra.
- Villoro Toranzo, Miguel (1996), *Introducción al estudio del derecho*, 12a. ed., México, Porrúa.

### ***Hemerografía***

- Chávez Asencio, Manuel F. (1988-1989) “Matrimonio y divorcio”, en *Revista Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 19, pp. 413-427.
- Gaceta Oficial del Distrito Federal* (2008), Décima Séptima Época, 3 octubre 2008, núm. 434 pp. 11-16.

## **Legislación**

*Código Civil del Estado de México* (2014), México, Sista.

*Código de Procedimientos Civiles del Estado de México* (2014), México, Sista.

*Código Civil del Distrito Federal* (2013), México, Sista.

*Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal* (2013) México, Sista.

## **Diccionarios**

Beristáin, Helena (2010), *Diccionario de retórica y poética*, México, Porrúa.

Cornejo Certucha, Francisco M. (2009), en *Diccionario jurídico*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Porrúa.

Huber Olea, Francisco Javier (2000), *Diccionario de derecho romano*, México, Porrúa.

Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM (1994), *Diccionario Jurídico Mexicano*, México, UNAM / Porrúa.

Rombolá, Néstor Darío y Reboiras, Lucio Martín (2007), *Diccionario Ruy Díaz de ciencias jurídicas y sociales*, 5a. ed., Buenos Aires, Ediciones Mundo.

## **Fuentes electrónicas**

Acedo Penco, Ángel (1996-1997), “El orden público actual como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia”, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, disponible en <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=119367>>. Consulta: 22 de septiembre de 2013.

Castañeda Rivas, María Leoba (s.a.), “El divorcio con causa *versus* “incausado” o acausal”, consultado en <[www.derecho.unam.mx/investigacion/publicaciones/revistacultura/pdf/CJ\(Art4\).pdf](http://www.derecho.unam.mx/investigacion/publicaciones/revistacultura/pdf/CJ(Art4).pdf)>. Consulta: 23 de julio de 2013.

\_\_\_\_\_ (2012) “El divorcio sin causa rompe la organización de la Familia y desprotege a sus miembros (estudio prospectivo)”, *Re-*

- vista de Derecho Privado*, edición especial, III-UNAM. pp. 65-83, disponible en <[www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/23/dtr/dtr4.pdf](http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derpriv/cont/23/dtr/dtr4.pdf)>. Consulta: 23 de julio de 2013.
- Chico González, Luis Ángel (s.a.), “La inconstitucionalidad del divorcio incausado vigente en el Distrito Federal”, disponible en <[epikeira.lean.uia.mx/old/numeros/14-divorcio-incausado.pdf](http://epikeira.lean.uia.mx/old/numeros/14-divorcio-incausado.pdf)>. Consulta: 23 de julio de 2014.
- Comisión Nacional de Derechos Humanos (s.a.), “Divorcio incausado”, disponible en <[www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/programas/mujer/6\\_monitoreolegislacion/6.10/c/c.pdf](http://www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/programas/mujer/6_monitoreolegislacion/6.10/c/c.pdf)>. Consulta: 24 de julio de 2014.
- Corral Requejo, Flor Alejandra (2012), “Análisis del divorcio incausado vigente en el D. F.”, en *Lecturas Jurídicas*, núm. 18, época VI, mayo, disponible en <[fd.uach.mx/maestros/2012/10/15/Lecturas\\_juridicas\\_18.pdf](http://fd.uach.mx/maestros/2012/10/15/Lecturas_juridicas_18.pdf)>. Consulta: 23 de junio de 2013.
- Gaceta del Gobierno del Estado de México* (2012), tomo CXCIII. A: 202/3/001, jueves 3 de mayo de 2012, número 81, páginas 24 a 49, *Exposición de Motivos*, disponible en <<http://www.edomex.gob.mx/legistelfon/doc/pdf/gct/2012/may036.PDF>>. [10 de septiembre de 2013]. disponible en <[www.poderjudicialdf.gob.mx/work/models/PJDF/Transparencia/IPO/Art14/FR01Leyes/LeyProDatPerDF\\_20081003.pdf](http://www.poderjudicialdf.gob.mx/work/models/PJDF/Transparencia/IPO/Art14/FR01Leyes/LeyProDatPerDF_20081003.pdf)>. Consulta: 3 de agosto de 2014.
- Güitrón Fuentesvilla, Julián (2005), “El orden público en el derecho familiar mexicano”, Congreso Internacional de Derecho de Familia, disponible en <<http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/familia/pdf/15-147s.pdf>>. Consulta: 24 de octubre de 2013.
- Poder Judicial Michoacán, “El divorcio incausado”, disponible en <[www.poderjudicialmichoacan.gob.mx/web/familiar/contenido/obras/Investigacion-Incausado.pdf](http://www.poderjudicialmichoacan.gob.mx/web/familiar/contenido/obras/Investigacion-Incausado.pdf)>. Consulta: 10 agosto 2014.
- Real Academia Española (s. a.), *Diccionario de la lengua española*, disponible en <[www.rae.es/rae/es/drae/?val=divorcio](http://www.rae.es/rae/es/drae/?val=divorcio)>. Consulta: 5 de septiembre de 2014.
- Real Academia Española (s.a.), *Diccionario panhispánico de dudas*, disponible en <[www.rae.es/rae/es/dpd?key=divorcio](http://www.rae.es/rae/es/dpd?key=divorcio)>. Consulta: 5 de septiembre de 2014.
- Código Civil Alemán, disponible en [www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/index.html](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/index.html)>. Consulta: 4 abril de 2014. Consulta: en

<[www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/index.html#p5301](http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/index.html#p5301)>. Consulta: 24 mayo de 2014.

Código Civil Francés, disponible en <[www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid0agf24e1ea8cfb87525f90bf09d8f12.tpdj016v\\_1?cidTexte0legitext000006070721&dateTexte=20140908](http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid0agf24e1ea8cfb87525f90bf09d8f12.tpdj016v_1?cidTexte0legitext000006070721&dateTexte=20140908)>. Consulta: 4 de julio de 2014.

Código Civil Español (2014), disponible en <<http://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>>. Consulta: 1 junio de 2014.

Family Law Divorce Act (1996), disponible en <<http://www.irishstatutebook.ie/1996/en/act/pub/0033/sec0005.html#sec5>>. Consulta: 1 de junio de 2014.

V

**ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO JURÍDICO  
LABORAL DE ORDEN INDIVIDUAL A LA LUZ  
DE LA TEORÍA DE RONALD DWORIKIN\***

*María de Lourdes González Chávez\*\**  
*José Eduardo Guerrero Mejía\*\*\**

## **Introducción**

Galones de tinta se han empleado para plasmar el testimonio que diversos autores han sostenido respecto a la teoría de Ronald Dworkin. Posturas que muchas veces convergen y otras también divergen —que son las más—, por ello, en la preparación y elaboración del presente capítulo no pasó desapercibido atender, entre otras, la postura del profesor Herbert Hart;<sup>1</sup> el modelo argumentativo de Stephen

---

\* Este trabajo corresponde, en parte, a uno de los capítulos de la investigación realizada *in situ* de la Junta Local de Conciliación y Arbitraje del Valle de Toluca. En él se analizó la teoría que sirve de soporte a este capítulo, y las que se refieren líneas arriba.

\*\* Doctora en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), profesora-investigadora del Centro de Investigación en Ciencias Jurídicas, Justicia Penal y Seguridad Pública, de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México (UAEMéx).

\*\*\* Maestrante en Estudios Jurídicos de la Facultad de Derecho, UAEMéx.

<sup>1</sup> En la obra *Concepto de derecho*, Hart se refiere a la “Regla de reconocimiento” como un proyecto para comprender el derecho como la unión de reglas primarias y secundarias. Así también para explicar las condiciones de un sistema jurídico.

Toulmin;<sup>2</sup> y la *teoría de la racionalidad práctica* de Robert Alexy.<sup>3</sup> Temas que por su amplitud y complejidad requieren un análisis más profundo. Pero en este trabajo se eligió como hilo conductor la teoría interpretativa de Dworkin, porque a la luz de ésta podemos vincular el propósito del mismo. Sin embargo, todas en su conjunto son valiosas, porque sus aportaciones han enriquecido el bagaje de conocimientos, no sólo de aquellos autores que siguen realizando estudios sobre su teoría, sino también de aquellos que, de manera incipiente, nos encontramos inmersos en la investigación de la ciencia jurídica y el ejercicio del derecho.

### ***La concepción interpretativa de Ronald Dworkin***

Para entrar en materia es prudente atender el significado de la palabra *interpretación*, como Bravo Peralta lo cita al referirse a “Las modalidades de la teleología jurisprudencial” (Bravo Peralta, 2012: 120-121), interpretar significa: *explicar o declarar el sentido de algo*, y principalmente el de un texto. En pocas palabras, la interpretación de la norma implica desentrañar el sentido que encierra.

Pero el sentido de la ley en ocasiones no equivale a la voluntad del legislador. En estos casos, cuando se interpreta la ley, a este tipo de interpretaciones se le denomina *lógico-sistemática* (Bravo Peralta, 2012: 120-121).

Pero no se puede seguir considerando a la interpretación como aquella actividad que nos va a proporcionar un significado independiente de los enunciados normativos, porque de otra forma se le estaría otorgando, a voluntad, un carácter propiamente normativo. Si bien es cierto que el derecho al no estar predeterminado, el juzgador realiza su función de resolver los asuntos que se someten a su jurisdicción, introduce, bajo su “discrecionalidad”, elementos externos al ordena-

---

<sup>2</sup> Toulmin no trabaja con técnicas de argumentación, sino con el esquema de la argumentación. Le interesa el contenido, la sustancia de la misma. Para él, las argumentaciones no son sólo lógicas, sino que más bien se caracterizan por producir un conocimiento nuevo.

<sup>3</sup> En la obra de Alexy, los principios revisten una gran importancia, impulsa una teoría del discurso práctico general que después aplica al campo jurídico.

miento jurídico. También lo es que esto no legitima la arbitrariedad subjetiva que en muchos casos se comete.

De esa manera el operador jurídico, como suele suceder, ante el vacío de la ley o ante la duda de la interpretación gramatical del precepto normativo, puede usar cualquier método de interpretación que bajo su *discrecionalidad* sea el más adecuado para resolver el caso concreto que se le presente. Por lo que entonces, resulta necesario dar paso a una argumentación jurídica racional en todas las cuestiones decisivas. Llegado ese momento, el juzgador deberá hacer uso de los principios generales del derecho. Pero también puede utilizar cualquier otro método que le permita conocer, controlar, completar, restringir o extender su alcance.

Ronald Dworkin expone su teoría del derecho planteando una interrogante que involucra a todo sistema legal: ¿cómo establecen los jueces –o más bien cómo deberían establecer– qué es la ley? El autor que sirve como hilo conductor de este capítulo, sostiene que los jueces deben decidir los casos difíciles *interpretando* y no simplemente aplicando decisiones legales del pasado. Para ello, formula una teoría general sobre qué es la interpretación –tanto en literatura como en derecho– que permite ver o percibir dos conceptos o dos realidades como diferentes, y cuál puede prevalecer sobre los demás.

En ese sentido, toda interpretación legal refleja una teoría que subyace sobre el carácter general que posee la ley. De tal forma, Dworkin la evalúa en sus dos principales vertientes: por un lado, el convencionalismo, que considera que la ley de una comunidad es sólo aquello que las convenciones establecidas dicen que es; por el otro, el pragmatismo, asume que la práctica legal se comprende mejor como una herramienta de la sociedad para lograr sus objetivos (Dworkin, 2012: 132-141).

Sin embargo, Dworkin no está de acuerdo con dichas vertientes y proporciona los argumentos persuasivos necesarios para defender una tercera teoría: “El derecho como integridad, la cual sostiene como objetivo fundamental el responder a la necesidad de que una comunidad política actúe de forma coherente y de acuerdo con principios establecidos para todos sus miembros” (Dworkin, 2012: 132-141).

Dentro de las teorías que divergen del argumento de Dworkin se ubica al positivismo jurídico, que determina que el derecho es el conjunto de normas que regula la conducta de los habitantes de una co-

munidad, con el objeto de determinar, por medio de los poderes públicos, qué conductas son punibles. Estas normas pueden ser identificadas mediante pruebas que hacen distinguir las normas jurídicas válidas de las ilegítimas. Otro aspecto distintivo del positivismo es la justificación a la discreción del juez en aquellos casos en los que no se encuentre la norma aplicable al caso, ya sea porque no existe o porque las vigentes son vagas e imprecisas. En tal situación, está facultado para preparar una norma nueva o ampliar o modificar una existente. Lo que conlleva a decir que, ante la ausencia de una norma jurídica, entonces hay un vacío de obligaciones, luego entonces, el juez que aplica su discrecionalidad no está aplicando un derecho jurídico a un determinado conflicto.

Su obra se puede considerar como si estableciera una tercera alternativa al positivismo jurídico y a la teoría del derecho natural, es decir, una *teoría interpretativa del derecho*. Su argumento va en el sentido de sostener que “a la par de las reglas, los sistemas jurídicos contenían además principios” (Bix, 2010: 113-114). Es decir:

Los ordenamientos jurídicos no se componen tan sólo de estructuras normativas, ya que comprenden, junto a las normas en sentido estricto, esto es, las reglas o disposiciones específicas, los principios que llevan algún tipo de peso moral, que van más allá del derecho establecido, en cuanto se refieren ya sea a fines, como el bienestar público, ya sea a valores, entre ellos los derechos individuales.

En su argumento sostuvo que la conexión entre derecho y moral se manifiesta en las actividades necesariamente interpretativas de los jueces y de los juristas. De acuerdo con el punto de vista de Dworkin, cuando se pretende entender las prácticas sociales humanas, debe presentarse desde la mejor óptica moral posible,<sup>4</sup> esto es, deben ser interpretadas. Lo que permitirá articular las conductas particulares de

---

<sup>4</sup> La separación entre derecho y moralidad es propia del positivismo jurídico, según el cual los jueces van a decidir los casos basados no en cualquier principio de moralidad crítica, sino en una serie de principios diferentes que tal vez pudieran resultar inconscientes. En efecto, para Dworkin la inclusión de test morales aplicables a los insumos (reglas, decisiones previas, etc.) que arrojan las prácticas jurídicas es una condición necesaria para la existencia de aquellas e inherente al proceso de razonamiento jurídico, es decir, las “prácticas jurídicas”.



los sujetos, tanto pasadas, presentes y futuras, en una especie de narrativa coherente con el objetivo establecido. Reitera que al emplear este método para el caso del derecho, el objetivo que persigue es limitar el poder coercitivo del Estado, restringiéndolo a aquellos casos en que el ejercicio de este poder esté justificado. En este sentido, la tarea de cada juez es aplicar este mismo esquema interpretativo a la materia en que verse la controversia que ha de resolver. Reitera que los principios jurídicos son realidades heterogéneas respecto de las normas, que en cierta forma resultan complementarios de éstas dentro del orden jurídico. Las normas tienen validez porque han sido establecidas y pueden ser cambiadas por una deliberación. En tanto que la validez de los principios dependerá en cuánto correspondan a las exigencias morales sentidas en un periodo particular, y su *peso relativo* puede concluir por modificarse con el transcurso del tiempo.

“Los principios –además– informan las normas jurídicas concretas de tal forma que la literalidad de la norma puede ser desatendida por el juez cuando viola un principio que en ese caso específico se considera importante” (Dworkin, 2002: 9).

“Los tribunales se ven obligados a recurrir a los principios para resolver los llamados ‘casos difíciles’ o ‘casos dudosos’, en los que no resulta posible aplicar una norma sin cometer al hacerlo una injusticia”. Los principios se aplican mediante la ponderación de su valor relativo al caso. Los principios jurídicos poseen una dimensión de la que carecen las reglas jurídicas: la dimensión del peso específico o de la importancia respectiva (Faralli, 2007: 24-27). De ese modo, puede haber, y con frecuencia hay, principios que favorecen resultados contradictorios en un mismo asunto jurídico.

### *Los casos difíciles*

La postura del positivismo jurídico ante el caso difícil es abandonar el problema a la irracionalidad y al sentimiento subjetivo del juez. Por ello, Dworkin mantiene la tesis de la “búsqueda de la racionalidad”.<sup>5</sup> De ahí la importancia de que el juez actúe con racio-

---

<sup>5</sup> La mentalidad racionalista procede de la cabeza hacia afuera: se dedica a proyectar racionalidad en la realidad. El racionalista da saltos de mayor recorrido y procede con de-

nalidad y con una discrecionalidad limitada. Abone su intuición y creatividad para darse a la búsqueda de criterios y la construcción de teorías que justifiquen sus decisiones. La teoría del derecho precisamente ayuda a la reducción de la irracionalidad, y del sentimiento subjetivo del juez, que siempre estará latente porque es un ser humano, y como tal, está sujeto a los errores.

A mayor abundamiento, los positivistas sostienen que cuando una controversia no se puede incluir en una norma jurídica específica, previamente establecida por una institución, entonces, el juez tiene “discreción” para estar en posibilidades de emitir la correspondiente resolución binaria, es decir, a favor o en contra. De esta postura, se infiere que, aparentemente, una u otra de las partes tenía un “derecho preexistente de ganar” el juicio. Lo que entonces sucede es que el juez, al introducir nuevos derechos jurídicos por un acto de discreción judicial aplicado *ex post facto*, es decir, retroactivamente, cambia las consecuencias jurídicas del acto, o estatus legal de hechos o relaciones existentes con anterioridad a la vigencia de la ley.

Dworkin sostiene que *los casos difíciles tienen respuesta correcta*; reconoce que puede haber situaciones a las que no pueda aplicarse ninguna norma concreta, pero eso no significa que no sean aplicables *los principios*. Afirma que el material jurídico compuesto por normas, directrices y principios es suficiente para dar una respuesta correcta al problema planteado. Sólo una visión del derecho que lo identifique con las normas –como el positivista– puede mantener la tesis de la discreción judicial (Dworkin, 2002: 13).

Una observación que Dworkin realiza a partir de sus obras y que siempre hemos de tener presente, es al afirmar que cuando nos encontramos frente a un caso difícil no es una buena solución dar libertad absoluta al operador jurídico. Esto es así porque éste no está legitimado ni para dictar normas ni mucho menos para dictarlas de forma retroactiva. Al operador jurídico se le debe exigir la búsqueda de criterios y la construcción de teorías que justifiquen la decisión. Y ésta debe ser consistente con la teoría. “Los jueces en los casos difíciles deben acudir a los principios. Pero como no hay una jerarquía preesta-

---

ción, su instinto es empezar a partir de una *tabula rasa*, rehacer todo desde los cimientos. Para el racionalista, si una teoría o un programa no tiene éxito en la práctica, la culpa es de la práctica; en definitiva, lo que es verdad en teoría, también debe ser verdad en la práctica.

blecida de principios es posible que éstos puedan fundamentar decisiones distintas”. Dworkin sostiene que los principios son dinámicos y cambian con gran rapidez y que todo intento de canonizarlos está condenado al fracaso. “Por esta razón la aplicación de los principios no es automática sino que exige el razonamiento judicial y la integración del razonamiento en una teoría. El juez ante un caso difícil debe balancear los principios y decidirse por el que tiene más peso. El *re-construccionismo* conduce a la búsqueda incesante de criterios objetivos...” (Dworkin, 2002: 14).

Por supuesto que esto no quiere decir que se va a crear un catálogo de criterios basados en principios que van a estar ahí, en reserva, para cuando se necesiten aplicar a un determinado caso concreto. Los principios, como lo cita el autor, son dinámicos y por tanto mutables. De lo anterior, se resalta nuevamente la importancia del razonamiento judicial. El juez es responsable de ponderar los principios cuando exista la presencia de principios concurrentes, y decidirse por aquel que, de acuerdo con su contenido material, o sea, su peso específico, determine cuándo se debe aplicar en una situación determinada. De tal manera, la teoría de Dworkin enfoca su análisis del derecho desde la perspectiva de los casos difíciles que, de acuerdo con su argumento, se deben resolver para reducir la incertidumbre, así también, las incertezas que éstos producen.

### ***Respuestas correctas***

Ante la posibilidad de una fundamentación relativamente objetiva de las decisiones jurídicas y de los problemas morales, Dworkin refiere que por medio del distanciamiento crítico respecto al escepticismo ético, así como mediante la articulación de una propuesta moderadamente cognoscitivista que en su caso parece ligada a la dimensión argumentativa del discurso jurídico y moral, es la línea argumental que le lleva a considerar factible la individualización de una *respuesta correcta* a las diversas cuestiones que se suscitan con ocasión de la interpretación de los principios y de los derechos en un marco pluralista.

Pues bien, esa respuesta se expresa, primariamente, dentro de la perspectiva de un método que admite que se pueden alcanzar decisiones correc-

tas y representan una propuesta que pretende superar la alternativa excluyente entre el cognitivismo y el no cognitivismo. La presencia de los principios y la inclusión de componentes morales en el derecho se ven de este modo relacionadas con la creencia en la posibilidad de obtener decisiones que tengan su fundamento en términos racionales, mediante los postulados de la coherencia y de la universalidad de las decisiones. La tesis de la *respuesta correcta* nos viene a decir que del derecho y sus recursos siempre puede deducirse una respuesta que dé la mejor solución (la solución correcta) al caso concreto de acuerdo con el sistema jurídico... (Faralli, 2007: 91).

Es importante dejar claro que Dworkin *no* genera una teoría consistente de la *argumentación jurídica*, toda vez que reconoce las dificultades para analizar la solución correcta y no establece los criterios para fiscalizar la decisión de un juez.

De este modo, Dworkin manifiesta su desacuerdo con la teoría de la función discrecional de los jueces enunciando la *tesis de la respuesta correcta*. Tesis que surge de la afirmación de que todas o casi todas las decisiones jurídicas tienen una respuesta correcta única. En tal tesitura, hay respuestas correctas a preguntas jurídicas por la simple razón que los jueces deben alcanzar un resultado en las cuestiones puestas a su consideración, y algunas respuestas son mejores que otras.

Sin embargo, la tesis de la *respuesta correcta* ha provocado ataques que persisten a partir de las muchas discusiones respecto a su argumento. Objeciones que sostienen que la mejor manera de probar o refutar la existencia de respuestas correctas únicas en todos los casos jurídicos es “considerar casos difíciles, individuales, y construir un argumento de que un resultado particular es el único, el correcto, o argumentar que en este caso ninguna respuesta es mejor que las alternativas. Así, es muy poco probable que haya un argumento global que pruebe o refute la determinación jurídica”.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Joseph Raz se preocupa por distinguir entre decisiones judiciales, diferenciar aquellas que están basadas en estándares jurídicos y aquellas que lo están en estándares extra-jurídicos, entre aquellas que aplican decisiones anteriores (aplican derecho existente) y aquellas que crean decisiones novedosas (crean derecho nuevo). Al respecto, Dworkin opina que tales distinciones no vienen al caso, pues no ve ninguna razón para considerar cualquier estándar que los jueces deben usar como un estándar “jurídico”.

Ante estas afirmaciones, como era de esperarse, surgieron las “objeciones generales” planteadas a la posibilidad de respuestas correctas basadas en los problemas de la inconmensurabilidad, ya sea que se pueda declarar significativamente que una teoría es mejor que otra cuando una alternativa es mejor en un aspecto, por ejemplo, “ajuste”, y la otra alternativa es mejor en un aspecto diferente, por ejemplo “valor moral” y demostrabilidad. Por ello, Dworkin no puede concluir que hay respuestas correctas únicas a todas las cuestiones jurídicas y que estas respuestas correctas no serán demostrables al menos en principio bajo condiciones óptimas... (Bix, 2010: 122-124).

Ante esta disparidad de opiniones surge la siguiente interrogante: ¿por qué podría la discusión de la “tesis de la respuesta correcta” valer la pena? Interrogante que se plantea y que va dirigida a los operadores jurídicos y abogados. Si ellos creen que en los casos difíciles habría probablemente una respuesta correcta única, no obstante lo difícil que podría ser el descubrirla, y no obstante que muchos abogados competentes podrían estar en desacuerdo acerca de cuál respuesta era la correcta. “Esa respuesta se encontraría en los materiales jurídicos, a efecto de construir un argumento plausible para una respuesta correcta”. Además, si los abogados y jueces piensan que no hay una respuesta correcta a las cuestiones jurídicas más complicadas, ante la falta del derecho aplicable, o bien, por la indeterminación del lenguaje, o por cualquier otra causa. Luego entonces, la atención de los abogados y operadores jurídicos *se va a desviar inmediatamente* a otros problemas, tales como a la pregunta: ¿cuál regla jurídica sería la más adecuada para determinado asunto?

Ante este planteamiento Dworkin va argumentar que “es mejor (es decir, es una mejor interpretación de nuestras prácticas) que los tribunales se mantengan en la medida en su papel de ‘foros de principio’, en los cuales se intenta descubrir las respuestas a los problemas jurídicos tomando en consideración el material jurídico existente” (Bix, 2010: 123-124).

## ***La función judicial***

Como se ha venido comentando, Dworkin sostiene que dejar en absoluta libertad a los operadores jurídicos representa un riesgo. Dice que “si se admite la discreción judicial, entonces los derechos de los individuos están a merced de los jueces”. Pues tal tesis supone retroactividad. Frente al poder creador de derecho discrecional del operador jurídico, Dworkin defiende la función *garantizadora* y no creadora del operador jurídico.

Desde nuestra perspectiva, afirmamos que dar libertad a los operadores jurídicos para que resuelvan discrecionalmente un caso difícil puede tener un alto precio. Los positivistas pagan ese precio sin darse cuenta de que están aceptando leyes retroactivas. Otro aspecto que se debe tomar en cuenta es cuando aquéllos están influidos por su estado de ánimo o por los compromisos personales contraídos, llámese políticos, económicos o de cualquier otra índole. Pero no podemos crear una cortina de humo y negar que en la práctica así es la manera en que desarrollan su tarea. Luego entonces, los derechos de los individuos efectivamente están a merced de los jueces; situación que resulta perversa y perniciosa, toda vez que esos derechos quedan en manos del poder creador de derecho discrecional del operador jurídico.

En nuestra cotidiana actividad jurídica, no podemos negar que en realidad el operador jurídico tiene poder político y aparentemente está subordinado a la ley. En la práctica, los casos difíciles, al menos en el ámbito laboral, el presidente o auxiliar de la Junta de Conciliación tienen discrecionalidad absoluta. Es posible que el modelo positivista, en efecto, posea la razón respecto a que el derecho no ofrece respuestas correctas sino una variedad de respuestas. El juez elige discrecionalmente entre ellas. Entonces aceptan que sí existen respuestas a los casos planteados, y al existir respuestas, éstas necesariamente tienen que ser correctas, de otro modo, no serían respuestas.

Pero en la práctica laboral, al menos esa variedad de respuestas se convierte en una especie de catálogo que queda disposición de dichos operadores jurídicos, y son extraídas del mismo para adecuarlas a los diferentes asuntos que consuetudinariamente se acuerdan o se resuelven. Permeadas, desde luego, por la irracionalidad y el sentimiento subjetivo del presidente o auxiliar de la Junta de Conciliación. De ahí

lo asertivo del argumento de Dworkin: otorgar libertad discrecional al operador jurídico resulta muy peligroso.

En resumen, con todo y las críticas que sistemáticamente ha recibido Dworkin –entre ellas la de Herbert Hart–,<sup>7</sup> el modelo que oferta, si no es el mejor, tampoco puede ser catalogado como inaceptable o irracional. Toda vez que, aspectos como el control de la discrecionalidad del juez y de su poder político, así como garantizar los derechos individuales, solución de casos difíciles con base en principios que fundamentan derechos, deben representar la función más importante dentro del modelo de la función judicial.

La línea de análisis de Dworkin sugiere la negación del poder político del juez sin reducir su actividad a una mera operación mecánica. En su modelo, el juez es garantizador de derechos y no creador de ellos, y en este sentido, es un fiel seguidor de Montesquieu, para quien el poder judicial era “nulo”. Por otra parte, el análisis de Dworkin no supone una quiebra del sistema de legitimación del Estado democrático ni la creación de normas retroactivas.

Por último, el modelo de Dworkin concuerda con la idea de que el poder judicial no tiene el poder político supremo en los casos difíciles. El hombre de la calle sabe que el poder supremo no se encuentra en los jueces y sostener “en bruto” la teoría de la discreción judicial supone reconocer –en última instancia– que los jueces pueden desvirtuar mediante interpretación no sólo las leyes, sino incluso la Constitución. “Para todos aquellos que crean que el poder judicial está subordinado a principios superiores (sean legales, constitucionales o morales) el modelo de Dworkin de la función judicial será atractivo...” (Dworkin, 2002: 21-22).

---

<sup>7</sup> Dworkin, en su alegato con la tesis hartiana de la separación entre derecho y la moral, sostiene que los ordenamientos jurídicos no se componen tan sólo de estructuras normativas, ya que comprenden, junto a las normas en sentido estricto, esto es, las reglas o disposiciones específicas, los principios que llevan algún tipo de peso moral, que van más allá del derecho establecido, en cuanto se refieren ya sea a fines, como el bienestar público, ya sea a valores, entre ellos, los derechos individuales.

## **Análisis del procedimiento jurídico laboral de orden individual en la Junta Local de Conciliación y Arbitraje del Valle de Toluca (JLCAVT)**

Para dar certidumbre y legitimidad al capítulo, en la estructura del fenómeno investigado se tomaron en cuenta las fases siguientes: 1. El foco y el fin del estudio, así como las cuestiones que aborda. 2. El modelo o diseño de investigación utilizado y las razones de la elección. 3. Los participantes o sujetos de estudio y el (los) escenario(s) y contexto(s) investigado(s). 4. La experiencia del investigador y sus roles en el estudio. 5. Las estrategias de recogida de datos. 6. Las técnicas empleadas para el análisis de los datos. 7. Los descubrimientos del estudio: interpretación y aplicaciones (Goetz, 1988: 58).

En ese orden de ideas, la investigación del fenómeno que se analiza, se inició a partir del método cualitativo-inductivo; que se caracteriza en general por ser un proceso reflexivo e interactivo —conducta y pensamiento. De esa forma, se procedió al estudio de casos y la recolección de datos *in situ* a partir de 2007 a 2012 (Junta Local de Conciliación y Arbitraje del Valle de Toluca [JLCAVT]), mediante la lectura exhaustiva de los expedientes de asuntos contenciosos de orden individual y la observación empírica, procurando registrar con la mayor fidelidad posible los datos relativos a: 1. Número de expediente; 2. Nombre de las partes en conflicto; 3. La presencia del fenómeno que se estudia en el procedimiento jurídico laboral de orden individual; 4. En la observación se consideró también: la interacción con las partes y las actividades en el desempeño de sus funciones del personal jurídico y, 5. Aunque los detalles resulten innecesarios, para los fines y propósitos de este trabajo, no menos importante, era considerar las dimensiones y características del escenario en el que se desarrollan diariamente las audiencias públicas, por la influencia que éste puede tener en el estado de ánimo de los participantes.

Los acuerdos y resoluciones de orden individual investigados en la JLCAVT, cuya validez y legitimidad se analizan en el presente artículo, se ponen a prueba frente a la teoría que pretende explicar los marcos generales, es decir, los aspectos relevantes del fenómeno en comento. Para armonizarlas con las ideas surgidas de las posibles causas que dan origen al fenómeno en estudio. Causas que, en parte, se ubicaron en la teoría interpretativa del derecho expuesta por Ro-



nald Dworkin. Sin embargo, *es una situación ciertamente compleja que no se resuelve teóricamente, porque si así fuera, sería tanto como desconocer la naturaleza misma del problema que se analiza.*

### ***Función Jurisdiccional de las Juntas de Conciliación y Arbitraje***

El término jurisdicción viene del latín *juris*=derecho y *dicere*=decir, significa entonces, literalmente, la facultad que tiene un órgano del Estado para ser y actuar como autoridad. El término, sin embargo, es aplicado restringidamente al ser y actuar de las autoridades judiciales, por entender que son ellas las que en realidad se encargan de examinar y declarar a quién asiste la razón o el derecho. La jurisdicción es, pues, el “uniforme” de los operadores jurídicos, ese que los convierte en tales y les permite, por tanto, conocer de los conflictos (*notio*), decidirlos (*judicum*) y hacer que se respete o cumpla la resolución (*imperium*).

En tal tesitura, las Juntas de Conciliación y Arbitraje son los órganos jurisdiccionales que han sido instituidos para dirimir los conflictos que se deriven de las relaciones de trabajo en términos de lo dispuesto por el artículo 123, apartado A, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por la Ley Federal del Trabajo y sus reglamentos. Se les denomina *juntas* porque se integran y funcionan en forma tripartita, es decir, con el representante del gobierno, el (los) representante(s) del capital, y el (los) representante(s) del trabajo.

De esta forma es cuando se dice que la junta se encuentra *debidamente integrada*. Pero, bastaría que los dos representantes del factor de la producción, *no asistieran*, para que con ello, la junta *no estuviera debidamente integrada* y consecuentemente no estuviera en posibilidad de *funcionar* legalmente para llevar a cabo las audiencias respectivas. Toda vez de que se trata de un presupuesto procesal indispensable, sin el cual, todo acto realizado en contravención resultaría inválido. Pero, situación diferente ocurre cuando se encuentra presente cualquier representante de los factores de la producción,

para que, en unión con el representante del gobierno, baste para que las decisiones se tomen por mayoría de votos.<sup>8</sup>

En esta composición tripartita de los tribunales laborales, de alguna manera el juez tradicional, el juez de derecho –que en este caso viene a ser el representante del gobierno, es decir, el presidente de la Junta– se apoya y es limitado a la vez, en la presencia y opinión de los otros dos representantes, del trabajo y del capital. Es la intención del legislador que *los representantes de los factores de la producción, aporten el conocimiento adquirido en su medio*. Pero la realidad es otra, ese objetivo ha ido desapareciendo paulatinamente en detrimento de una equidad y justicia social.

### **Análisis de casos investigados en el procedimiento laboral de orden individual**

Si bien es cierto que los detalles en ocasiones resultan ociosos e innecesarios, sin embargo, también lo es que, para algunos lectores les puede resultar enriquecedores o complementarios para los fines y propósitos de una investigación. Bajo ese esquema, consideramos importante dar a conocer las dimensiones y características del escenario en el que se desarrollan diariamente las audiencias públicas. Como un elemento de relativa importancia, forma parte de las circunstancias que se presentan durante el desahogo de aquellas, por la influencia y el papel que juega en el estado psicológico de los concurrentes, derivado del hacinamiento de personas, hedor del cuerpo humano, la escasa ventilación, etc. Así pues, las dimensiones actuales y la distribución escénica de cada una de las cinco juntas especiales que forman parte de la JLCAVT, es de escasos 392 metros cuadrados. Es ahí precisamente donde nacen y desarrollan un sinfín de historias, que cada

---

<sup>8</sup> En este aspecto, el artículo 620 de la Ley Federal del Trabajo (LFT), actualmente no está siendo correctamente interpretado por los operadores jurídicos (JLCAVT), toda vez que aun estando presente el representante del gobierno y cualquiera de los representantes de los factores de la producción, suspenden las audiencias porque la junta no se encuentra, según su argumento, debidamente integrada.

una de ellas pudiera ser motivo de un tema de investigación diferente, tanto en el aspecto humano como jurídico.<sup>9</sup>

Diariamente cada junta especial tiene la obligación de desahogar 20 audiencias –en total 300 por las 5 juntas especiales– en horarios de 8:15 a 9:15 a.m.; de 10:30 a 11:45 a.m. y 13:00 p.m. De las cuales –*obligatoriamente*– se tiene que resolver por vía de la conciliación al menos 30%.<sup>10</sup>

Ante tales condiciones, resulta lógico que se detonen situaciones atípicas y antijurídicas provocadas por los estados de tensión y ansiedad del público asistente –especialmente en mandatarios y las partes en conflicto. Generando entonces un ambiente de hostilidad, que poco abona para una posible conciliación en los conflictos jurídico-laborales.

Evidentemente que en condiciones normales, jurídica y procesalmente hablando, existe el antídoto que se llama *correcciones disciplinarias*,<sup>11</sup> lo que implica una sanción, que significa pena o castigo por una acción mal hecha, que ha de ser aplicada a quien dentro del proceso desobedece o asume una actitud beligerante o contumaz ante una orden, o infringe una norma adjetiva. Herramientas jurídicas que se encuentran a disposición de los operadores jurídicos, a efecto de mantener el buen orden en el desarrollo de las audiencias o diligencias, y exigir que se les guarde el respeto y la consideración debidos.

Sorprendentemente, ante tales acontecimientos, los operadores jurídicos responsables, hasta ahora, deciden omitir, dar fe y certificar tales eventos e imponer la sanción correspondiente. Pero también es importante considerar que la norma jurídica laboral, en ciertos rubros

---

<sup>9</sup> Derivado de las condiciones físicas del escenario, éste se convierte en un lugar propicio a actos de pugilato entre los litigantes, quienes de esa única forma encuentran la manera de dirimir sus diferencias personales y profesionales.

<sup>10</sup> Objetivo establecido de manera autoritaria sin tomar en cuenta los efectos secundarios o daños colaterales que éste provocaría. Es decir, entre audiencia y audiencia, comúnmente se da un desfase en los horarios de las demás señaladas para el mismo día; esto provoca, en no pocas ocasiones, que éstas se tengan que diferir y señalar nuevo día para su celebración. Así también, induce a que el operador jurídico pondere la conveniencia de insistir en un arreglo conciliatorio o permitir que el procedimiento continúe hasta el final para evitar retrasos. Y lo más importante, la mente del operador se satura, dando como resultado acuerdos equivocados o mal fundados y motivados.

<sup>11</sup> Artículo 728 de la LFT y demás cuerpos normativos.

—como el que se cita— se está convirtiendo en *letra muerta o ficción jurídica*. Esto evidentemente constituye, a todas luces, una anomalía contraria a derecho, es decir, son actos atentatorios contra del debido proceso laboral, la norma jurídica preestablecida, e incluso, la paz judicial.

### ***Estudio empírico***

En este punto se abordan los casos investigados en el procedimiento laboral de orden individual, cuya recopilación de datos se realizó directamente en cada expediente radicado en la Junta Especial número 5.<sup>12</sup> El volumen de casos detectados con anomalías procedimentales y, por tanto, contrarias a derecho, resulta preocupante por su incidencia y repercusión institucional, social y, quizá, política.

Ahora bien, analicemos qué personas intervienen en un proceso jurisdiccional; unas necesariamente y otras de manera circunstancial. Este presupuesto jurídico-procesal representa la parte medular, porque a partir del cumplimiento o no de esta formalidad, surgen los elementos que motivaron el desarrollo del presente capítulo. Así, las partes son las personas en cuyo patrimonio, de un modo directo, hará incidencia el resultado del proceso. Pero es importante hacer hincapié en que los representantes, apoderados, mandatarios, dependientes o factores no lo son. El tercero procesal es toda persona que interviene en el proceso sin el carácter de parte, como es el caso de los representantes, mandatarios, testigos, peritos, etc., a excepción del llamado “tercero interesado” que, para efectos del proceso puede aparecer como parte o simplemente como tercero.

Decíamos que el presupuesto procesal importante por la trascendencia que representa en el resultado final de los juicios, es el de la personalidad procesal, sin el cual no puede desarrollarse válidamente, esto es, debe constar la capacidad y causa para accionar con eficacia legal. Por lo que se debe tomar en cuenta que son tres los pasos que hay que tener siempre presentes: *existencia, representación y manda-*

---

<sup>12</sup> La Junta Especial número 5 fue creada en 2007, y es a partir de ese año que cada expediente fue analizado cuidadosamente. El resultado de esa investigación es la que, de manera condensada, se expone en este capítulo mediante los casos más representativos.

to. La *existencia* implica acreditar que legalmente vive la persona, pero aclarando que se refiere no a las personas físicas, sino a las personas morales, para lo cual, deberán exhibir escritura constitutiva.

En tal sentido, para estar en posibilidad de establecer los motivos y fundamentos que le dan sustento a los puntos de vista vertidos en los casos investigados más representativos del procedimiento laboral de orden individual, es importante destacar que la propia legislación laboral es clara en cuanto a los elementos formales necesarios que se deben cumplir para estar en posibilidad de comparecer a juicio. Uno de esos elementos es el *mandato* o, en su caso, *carta poder*. Al respecto, existen criterios y jurisprudencias vigentes que han sido dictados, por ejemplo: la carta poder. No puede exigirse más requisitos que los establecidos en la ley; personalidad del apoderado de persona moral en materia laboral *no* es necesario que el notario público transcriba en el documento respectivo la cláusula que faculte al otorgante a conferir poderes para pleitos y cobranzas para tenerla por acreditada (Jurisconsulta SCJN, 2007).

Otro elemento importante que no debe pasar desapercibido es la *voluntad* de las partes en el otorgamiento de un mandato o carta poder. Sin ella no existe legitimación *ad causam* o *ad procesum* de los representantes o apoderados. Así pues, si del contenido se aprecia la *voluntad* de otorgar ese poder en los términos en que fue conferido, es más que suficiente para que la autoridad tenga por acreditada la personalidad de los comparecientes. En todo caso, cuando se quisieren limitar las facultades de los apoderados, *se consignarán las limitaciones*, o los poderes serán *especiales*.

La intención del legislador, en el caso de los trabajadores, fue crear un ordenamiento jurídico protector, aquel que refiere la Ley Federal del Trabajo (LFT) (artículos 693 y 873) sobre el *arbitrio* concedido a las juntas de tener por acreditada la personalidad de los representantes de los trabajadores o sindicatos, *federaciones* y *confederaciones*, aun cuando hubiere fallas o deficiencias en la documentación exhibida para el efecto. Como todo arbitrio de derecho, la junta ha de señalar, *objetiva* y *razonablemente*, en qué parte o partes de la documentación exhibida se apoya para *convencerse* de la *evidencia* de la *representación*. Aunque en realidad el arbitrio no es únicamente para la representación sino, igualmente, para el mandato. Por

lo que, es evidente que tal arbitrio no tiene el mismo espíritu proteccionista para el sector patronal.

Ante tal circunstancia, nos dimos a la tarea de estudiar el principio *in dubio pro actione*, o regla general de la interpretación más favorable al ejercicio de las acciones (Gallardo Castillo, 2010: 1). De acuerdo con este principio, en caso de duda, ésta debe resolverse atendiendo la *interpretación* más favorable al derecho de acción, al *derecho del interesado*. Nótese que no hace referencia exclusiva a determinado tipo de persona interesada. Entonces surge la interrogante: ¿en qué consisten el principio *in dubio pro actione*, el principio de subsanabilidad de los actos de los interesados y el principio de contradicción? Por tal motivo, resulta relevante ahondar sobre este principio, visto desde la perspectiva de la profesora María de Jesús Gallardo Castillo.<sup>13</sup>

Aplicando el principio *in dubio pro actione* en caso de duda se resolverá interpretando de la manera más favorable al derecho del interesado; el principio de subsanabilidad de los actos de los interesados conlleva la obligación del órgano administrativo, en caso de errores no sustanciales en los documentos o escritos que presente el interesado, de otorgarle un plazo para que corrija esos errores; según principio de contradicción durante todo el procedimiento administrativo se pueden valer los intereses de las partes hasta antes de la decisión final...

La doctrina y la jurisprudencia han visto en el principio de subsanabilidad una manifestación del *principio constitucional* de *no indefensión* concretado procedimentalmente en el principio *in dubio pro actione*, o regla general de la interpretación más favorable al ejercicio de las acciones que se traduce, como hemos visto, en la necesidad de una interpretación favorable a la no automaticidad de la caducidad por inactividad imputable al administrado y en la necesidad de *resolución flexible de los requisitos de legitimación* (STC de 11 julio 1983), de viabilidad de las pretensiones en caso de dudas sobre cómputo de plazos, de resolución “pro-administrado” de las dudas sobre la validez de la recepción de escritos en registros administrativos y demás *dependencias públicas*, en la presunción de la *válida representación del interesado*, en la regla expre-

---

<sup>13</sup> Titular de la cátedra de Derecho Administrativo de la Universidad de Jaén, provincia de España.

sa (Sentencias del Tribunal Supremo, en adelante SSTs, de 29 enero, 16 marzo, 22 noviembre y 22 diciembre 1988; y de 9 octubre 1990), en la correcta tramitación de los recursos pese a su errónea calificación (entre otras muchas, SSTs de 2 febrero y 29 de marzo 1988) y por último, en esta posibilidad de *subsanción de los defectos de presentación de escritos y documentos...* (Gallardo, 2010: 1).

Si bien es cierto que la cita precedente describe la aplicabilidad del principio *in dubio pro actione*, cuando afecta al acto y al procedimiento administrativo. También lo es que, la LFT contempla en sus artículos 693 y 873 una figura similar que se refiere al *principio de la suplencia procesal*. Principio favorable exclusivamente al trabajador. Por otro lado, la Junta Local de Conciliación y Arbitraje, al no formar parte del Poder Judicial federal o estatal, ha sido considerada como un tribunal de carácter administrativo que se encuentra subordinada a la Secretaría del Trabajo y Previsión Social.

También el principio *in dubio pro actione* se traduce en una interpretación favorable al ejercicio de las acciones y en la necesidad de resolución flexible de los requisitos de legitimación. En términos generales, la subsanción de los defectos de presentación de escritos y documentos. De ese modo, recordemos que el tribunal laboral es de buena fe y de que toda comparecencia y pronunciamiento de las partes en conflicto se realiza bajo *protesta de decir verdad*, así como en atención a los principios generales de justicia social que se derivan del artículo 123 constitucional; que en su sencillez, expeditividad, e informalidad se traduce en la eficacia que ampara los derechos e intereses en disputa.

Puntualizando que del antiformalismo no se sigue un “desprecio a las formas procesales”, sino, por el contrario, “evitar que algo que está pensado para garantizar que la tutela judicial sea verdaderamente eficaz se transforme en *valladar irracional e irrazonable* que impida alcanzarla” (Gallardo, 2010: 1). Así como el reconocimiento y defensa de los derechos y legítimos intereses de los ciudadanos y la cumplimentación de trámites, reconocida en normas con rango de ley a que está subordinada.

Un ejemplo paradigmático evidente e íntimamente vinculado a lo descrito líneas arriba, se presentó en el caso real expediente 11/2011 que fue investigado *in situ* y que se resume de la siguiente forma: La

Junta Especial, mediante el auxiliar, reconoció personalidad a la “apoderada” del *codemandado físico*, aun cuando *no* presentó propiamente una carta poder o testimonio notarial para acreditarla, sino un escrito de contestación con características similares a aquellos que se presentan en materia civil, que son avalados con firma y cédula profesional del abogado patrono y suscrito y firmado por esa parte –sin estar presente. La auxiliar, de manera previa, había negado el reconocimiento de la personalidad, aduciendo que no se cumplían los requisitos de ley (artículo 692 de la LFT), es decir, por no exhibir carta poder o testimonio notarial. Por ende, a su representada se le tendría por inconforme con todo arreglo conciliatorio, por contestada la demanda en sentido afirmativo y por perdido su derecho de ofrecer pruebas.

Después de una acalorada discusión entre la dicente “representante” de la parte demandada y la auxiliar de la Junta Especial; abundante en argumentos de lo que cada parte sostenía era la verdad jurídica, la auxiliar de manera *discrecional* dictó el siguiente *acuerdo*, no sin estar matizado con cierta incertidumbre:

Se procede a su análisis y estudio, ahora bien, en atención a lo dispuesto por los artículos 694 y 722 de la Ley Federal del Trabajo, toda vez que se desprende que del escrito exhibido por la compareciente María Teresa Marín Romero, el C. José Octavio Muñoz Pérez<sup>14</sup>, codemandado físico [...] le otorga *representación* en el presente juicio, es decir, facultad para ello, se le *reconoce personalidad* en los términos señalados, amén de ser este tribunal de buena fe y en la inteligencia de que toda comparecencia y/o pronunciamiento de las partes se realiza bajo protesta de decir verdad, así como en observación a los principios generales de justicia social que derivan del artículo 123 constitucional...<sup>15</sup>

Esto nos lleva a inferir que la auxiliar no realiza *objetiva y razonablemente* un análisis de qué parte o partes de la documentación exhi-

---

<sup>14</sup> Las personas descritas en el acuerdo respectivo corresponden a los nombres reales de la litigante que compareció y del codemandado físico que suscribe el escrito exhibido por aquella.

<sup>15</sup> *Cfr.* El acuerdo literal se encuentra en el acta de la audiencia respectiva que se encuentra glosada a los autos del sumario en comento. Aquí, por razón de espacio, únicamente se expone la parte medular que nos interesa.



bida por la compareciente de la parte demandada, se apoyó para *convencerse* de la *evidencia* de tal *representación* y *menos aún hacer referencia a la evidente voluntad de la parte representada*. Sin embargo, ello nos conduce a comprender en su justa dimensión el propósito del principio *in dubio pro actione* –al cual, por cierto, la operadora jurídica no hace referencia en su razonamiento. Por otro lado, la esencia del *antiformalismo*, aunado al contenido de los enunciados normativos, nos permite concluir que dicho *acuerdo* es plausible por estar debidamente fundado y motivado.

Para respaldar este punto de vista es conveniente atender lo que cita la tesis siguiente:

Representación en materia laboral. Alcance de las facultades de la Junta para tenerla por acreditada. Una interpretación armónica de los artículos 692, 693 y 694 de la Ley Federal del Trabajo, lleva a colegir que en materia laboral, la representación de los patrones, de los trabajadores y de los sindicatos, no queda sujeta a *formulismos rigurosos* que obstaculicen la defensa de sus respectivos intereses ante las autoridades de trabajo, aun cuando se exige como requisito que el otorgamiento de tal carácter se haga mediante poderes notariales, cartas poder y comparecencias ante las propias autoridades de trabajo, tales exigencias persiguen como finalidad evitar suplantaciones de apoderados como vía para garantizar el ejercicio adecuado de los derechos, tanto de los trabajadores como de los patrones, derivados de la LFT, por lo que, en esencia, la finalidad de tales normas tiene como objeto el que las juntas cuenten con medios idóneos con los cuales lleguen a la convicción de que, efectivamente, quien se ostenta como apoderado de alguna de las partes en el juicio, represente efectivamente a esa parte... (Jurisconsulta SCJN, 2007).

Del análisis de las circunstancias que rodearon este primer caso en el reconocimiento de personalidad a la *representante* de la parte demandada, sientan un precedente sobre todos los demás que se describirán en adelante.

## *El procedimiento*

Actualmente subsiste un deficiente empleo de los términos procesales, por ejemplo, el de los vocablos “proceso” y “procedimiento”. Por lo mismo, resulta inevitable recordar la distinción que existe entre lo que es proceso y, por otro lado, lo que identificamos como procedimiento. De tal manera, *proceso* debe utilizarse para hacer referencia al conjunto o suma total de los actos procesales y, así entendido, podemos aplicarlo, en una lata sinonimia, a la identificación de juicio o causa judicial. *Procedimiento*, en cambio, ha de destinarse para mencionar la forma o modo, esto es, “el cómo hacer”, de los actos procesales, ya el de cada uno en particular o ya una unidad de varios de ellos. De tal forma, el esquema del procedimiento ordinario es: 1) presentación escrito de demanda; 2) auto de radicación o inicial; 3) emplazamiento o citación para acudir a la primera audiencia; 4) audiencia de conciliación, demanda y excepciones.<sup>16</sup>

La función conciliatoria de las juntas es inherente a su propia denominación; para ello, es necesario recordar que la *conciliación* es la primera gran actividad que se les encomienda, es decir, su objetivo primordial radica en buscar una solución amistosa a los conflictos laborales. Es precisamente esta primera etapa en la que se resuelven los juicios, ya sea a favor o en contra. Esto es así porque se constituye en una especie de filtro en donde inciden ciertas anomalías que durante la investigación de campo fueron detectadas, mismas que repercuten en el resultado final de los juicios.

Debemos recordar que la personalidad es un presupuesto procesal importante, por la trascendencia que representa en el resultado final de los juicios. Sin el cual, no puede desarrollarse válidamente, esto es, debe constar la capacidad y causa para accionar con eficacia legal. Es aquí entonces que surgen las interrogantes siguientes: ¿la personalidad debe reconocerse por la Junta en la etapa “conciliatoria”? o ¿en la etapa de demanda y excepciones?, que es la etapa donde se fija la *litis*. Pero en la legislación laboral existe un vacío o laguna. Ante ello, la JLCAVT, de manera unilateral y en ejercicio de su *discrecionalidad*,

---

<sup>16</sup> Para esta primera audiencia no se consideró la “etapa” de ofrecimiento y admisión de pruebas, ya que, de acuerdo con la reforma procesal de 2012, el artículo 878, fracción IV, la señala como *audiencia* independiente.

estableció que lo fuera precisamente en plena etapa conciliatoria; condición que desde nuestro punto de vista carece de fundamentación y motivación, dando, por tal motivo, un giro en contrasentido a la naturaleza misma de la *función conciliatoria*. No se puede soslayar o soterrar que ante tal situación existan anomalías y se comentan actos contrarios a derecho que fomentan la desigualdad procesal y, por ende, la violación a garantías, derechos constitucionales y principios procesales de las partes afectadas.

Como ejemplo práctico podemos citar los siguientes casos: expedientes 133/2011 y 262/2011.<sup>17</sup> Al comparecer los apoderados de las partes, la Junta les reconoce personalidad a ambas. El apoderado de la parte actora inconforme con el acuerdo *objeta* y promueve a su vez “incidente de previo y especial pronunciamiento de falta de personalidad porque el testimonio exhibido por el apoderado legal de la parte demandada, *carece de vigencia*. La Junta, previo los trámites de ley, dicta interlocutoriamente la resolución que de manera condensada dice: “Dado que dicho poder *no* le ha sido revocado al C. Ricardo Degollado Gutiérrez, presidente del Consejo de Administración y socio mayoritario, se sobreentiende que éste cuenta con las facultades suficientes para otorgar poder a favor del compareciente. Declarando improcedente el incidente de falta de personalidad...”

Inconforme, el apoderado de la parte actora promueve ante la Junta Especial juicio de amparo indirecto en contra de la resolución interlocutoria emitida por la responsable. Seguido el juicio de amparo en todos sus trámites, la Junta Especial *dicta otro acuerdo* con base en la resolución del Juzgado de Distrito en materia de amparo y de juicios civiles federales en el Estado de México, que en su parte medular ordena a la Junta *realizar un correcto ejercicio de valoración del material probatorio*.<sup>18</sup>

Así pues, la Junta no sólo interpreta equivocadamente la resolución del Juzgado de Distrito, dando otro sentido a la sentencia, cuyo resolutivo tiene como propósito que la Junta Especial, para funda-

---

<sup>17</sup> *Cfr.* El contenido literal se encuentra en los expedientes que se comentan. Aquí únicamente, por razón de espacio, se expone la parte medular que nos interesa. La persona que se describe en el acuerdo corresponde al nombre real del presidente del Consejo de Administración de la moral demandada.

<sup>18</sup> *Cfr.* El contenido literal se encuentra en los expedientes que se comentan. Aquí únicamente, por razón de espacio, se expone la parte medular que nos interesa.

mentar y motivar su resolución interlocutoria, *debe realizar un escrupuloso análisis y valoración del material probatorio* consistente en el *testimonio notarial* y pronunciarse en torno a la *vigencia* de este instrumento, ni más ni menos. En ningún momento la autoridad superior determina u ordena a la Junta responsable deje sin efecto o revoque la resolución interlocutoria. Haciendo una breve digresión, cabe recalcar que ningún enunciado jurídico de la legislación laboral determina, de manera expresa, que los documentos mediante los cuales se ostente personalidad, deban estar sujetos a una “vigencia”.

Sin embargo, la Junta Especial, al *interpretar* equivocadamente el verdadero sentido de la resolución definitiva dicha autoridad, contrario a derecho, sin motivo y fundamento, desconoce la personalidad del demandado, que si bien como presidente del Consejo de Administración y socio mayoritario está facultado para otorgar poderes, esto debe realizarlo de manera mancomunada con otro miembro del Consejo. Revocando de tal manera sus propias decisiones, provocando con ello que la parte demandada quede en estado de indefensión y obtenga una resolución condenatoria en plena etapa conciliatoria cuyo objetivo primordial radica en buscar una solución amistosa a los conflictos laborales. Amén que del antiformalismo no se sigue un “desprecio a las formas procesales”, por el contrario, sino “*evitar* que algo que está pensado para garantizar que la tutela judicial sea verdaderamente eficaz se *transforme* en *valladar irracional e irrazonable* que impida alcanzarla”.

En el otro caso sucede todo lo contrario, pues ahí la junta declara procedente el incidente de falta de personalidad promovido por la parte actora y se la desconoce a la demandada. La agraviada promueve amparo indirecto contra la resolución interlocutoria y la Justicia de la Unión ampara y protege al quejoso con base en el rubro de la jurisprudencia que a la letra dice: “Carta poder. No puede exigirse más requisitos que los establecidos en la ley...” Luego entonces, se trata de resoluciones que a pesar de que se derivan de casos análogos, las resoluciones se contraponen y ponen evidencia las anomalías y falta de unificación de los criterios de interpretación de los ordenamientos normativos de la ley y que son aplicados por JLCAVT.

En los asuntos: 39/2008; 104/2010; 643/2009. Por su similitud se tratan de manera conjunta. En ellos la Junta reconoce personalidad a ambas partes. Pero inconforme la parte actora, promueve incidente de

falta de personalidad del apoderado de la parte demandada por carecer de facultades expresas. La Junta, revocando su acuerdo, desconoce la personalidad del demandado, así como la fe de notario público ante quien se otorgó el mandato. Más aun cuando la propia legislación laboral determina que previamente la junta debe realizar una “revisión exhaustiva” de los documentos exhibidos por las partes para estar en posibilidad o no de tenerla por acreditada.<sup>19</sup>

Un punto importante dentro de la tramitación de los incidentes de previo y especial pronunciamiento de falta de personalidad, específicamente cuando no es posible resolverlo en la misma audiencia, se procede a señalar día y hora para la celebración de una audiencia de reconocimiento de personalidad, a la que únicamente asisten los tres representantes que la integran, para que, de manera colegiada, resuelvan lo procedente. Para ello, es imprescindible que exista constancia fehaciente de que se citó mediante oficio a los representantes de los factores de la producción a la audiencia referida. Destacando que tendenciosamente, en un elevado porcentaje, el documento no fue entregado al representante del capital en tiempo y forma.

Retomando el orden de nuestro análisis, ahora nos referiremos a los asuntos: 234/2012; 356/2012, 408/2012; éstos presentan una característica muy especial. En los tres, de manera independiente, comparece en la etapa conciliatoria por la parte actora la procuradora auxiliar de la Defensa del Trabajo asignada. Lo curioso del caso es que la Procuraduría de la Defensa del Trabajo tiene por costumbre, en obvio de la carga de trabajo, presentar cartas poder que han sido preelaboradas –mejor conocidos como “machotes”– en las que se contiene el nombre de cada uno de los procuradores auxiliares que están atendiendo los asuntos que se ventilan en las Juntas Especiales y Tribunal de Conciliación. Pero resulta que, por el constante movimiento del personal que realiza estas funciones, ya sea por baja, por cambio de adscripción o de cargo, etc., esta institución, mediante responsables directos –llámese procurador o supervisor–, omiten cambiar, incluir, eliminar o, en su caso, reincorporar en las cartas poder a los nuevos procuradores auxiliares encargados de continuar con los casos pendientes.

---

<sup>19</sup> *Cfr.* El contenido literal se encuentra en los expedientes que se comentan. Aquí únicamente, por razón de espacio, se expone la parte medular que nos interesa.

Éste fue el caso de la procuradora auxiliar citada al principio; quien a pesar de que no se encontraba legitimada para actuar como tal en los tres casos, por no aparecer su nombre en las cartas poder que se anexaron a los escritos reclamatorios; la Junta Especial dictó los *acuerdos* respectivos, reconociendo la personalidad a la precitada funcionaria. En el mismo sentido, es el caso de otro procurador auxiliar que fue asignado a la Junta Especial como auxiliar, cuyo nombre no fue eliminado de la carta poder de la Procuraduría y, luego entonces, actuaba como defensor de los derechos de los trabajadores y a la vez como impartidor de justicia, es decir, como juez y parte. Situaciones que de hecho y de derecho son anómalas y contrarias a derecho.<sup>20</sup>

Siguiendo con ese orden de ideas en los casos: 580/2007; 84/2008; 110/2008; 170/2008; 237/2008; 284/2008; 286/2009; 551/2010. En la *etapa conciliatoria* las partes comparecen y acreditan su personalidad. La Junta Especial sólo reconoce personalidad a la parte actora. Pero *condiciona* sin motivo y fundamento jurídico alguno de la legislación laboral, el *reconocimiento* de personalidad al apoderado de la parte demandada, contra la entrega de una “carta responsiva” –incluso en diversos casos la cédula profesional–, pero en otros casos contradice sus propios acuerdos, es decir, no requiere la carta responsiva o cédula profesional. La anormalidad del caso es que en seguida permite continuar con la audiencia. Acto que es contrario a derecho, toda vez que, como se ha venido insistiendo, la personalidad es un presupuesto procesal indispensable, sin el cual, todo acto realizado en contravención resultaría inválido.<sup>21</sup>

Así las cosas, en los casos 119/2007 y 187/2007 se presenta también algo tan curioso como anormal y, por tanto, contrario a derecho. La JLCAVT suele acordar favorablemente los “desistimientos” formulados por cualquiera de las partes sin que los apoderados tengan facultades expresas para ello; actuando, por tanto, contradictoriamente en otros asuntos en los que sí hizo valer la falta de esa atribución en carta poder o testimonio notarial, denegando la petición en ese sentido.

---

<sup>20</sup> *Cfr.* El contenido literal se encuentra en los expedientes que se comentan. Aquí únicamente, por razón de espacio, se expone la parte medular que nos interesa.

<sup>21</sup> El requerimiento de la carta responsiva se deriva de un criterio aprobado por el pleno de la JLCAVT con el objeto de evitar intromisiones de personas indoctas en la materia. Pero su verdadero objetivo se malinterpretó y tergiversó, dándole un sentido distinto.

Ahora bien, recordemos que las Juntas de Conciliación y Arbitraje son órganos colegiados y se les denomina así por su *composición tripartita*, cuya función primordial es la de conciliar y, en su defecto, arbitrar. Se tiene por costumbre casi en la totalidad de los casos, que en las actas de actuaciones o diligencias todas las Juntas Especiales asienten que éstas se encuentran *debidamente integradas*. Aunado a ello, al final la secretaria de Acuerdos autoriza y da fe de lo actuado. Es decir, autoriza y da fe de actos contrarios a derecho. Esto es así porque la realidad es otra, pues en la práctica diaria 99.99% de los casos, las Juntas Especiales *no están debidamente integradas*. Debido a la inasistencia por el poco interés que han demostrado, hasta ahora, los representantes de los factores de la producción en los cargos para los que fueron nombrados.<sup>22</sup>

En ese orden de ideas, los casos 180/2009 y 282/2010 no presentan una fisonomía distinta a la que se ha venido comentando. En algunos casos los apoderados solicitan que la secretaria certifique que la Junta se encuentre *debidamente integrada* para el efecto de reconocer personalidad a las partes y dar legitimidad al acto. La Junta, a pesar de que al inicio del acta asentó que ésta se encontraba *debidamente integrada* –sin estarlo–, revoca su acuerdo y confirma que efectivamente ésta no se encontraba integrada en términos de ley.<sup>23</sup>

En el primer caso, la Junta de manera unilateral acuerda reconocer la personalidad de los apoderados, tanto del actor como la del code mandado físico. Pero no, así, como apoderado de la moral demandada, argumentando que el apoderado general de aquella no tenía facultades para delegar poder a terceras personas. Pero del análisis al testimonio notarial exhibido se puede concluir que las facultades descritas en el documento le habían sido otorgadas de manera enunciativa pero no limitativa. En otras palabras, la Junta Especial debió, en

---

<sup>22</sup> Esta situación es evidente en cualquier etapa del procedimiento laboral. La inasistencia de los representantes de los factores de la producción a las audiencias es un problema vigente hoy en día. El legislador poco se ha preocupado por solucionarlo, pese a las graves consecuencias que ello acarrea.

<sup>23</sup> Existe en la JLCAVT la ilegal e indebida costumbre de iniciar el acta de cada audiencia asentando que se encuentra debidamente integrada, sin verdadera y legítimamente estarlo. Esto provoca situaciones como la que se comenta, pero también, los litigantes han encontrado un recurso legal para retardar los juicios, cuando así conviene a sus intereses, pues basta con solicitar que se certifique que no se encuentra debidamente integrada la junta para que se suspenda la audiencia y señale nuevo día y hora para su celebración.

uso de su libertad de jurisdicción y sin incurrir en violación a las reglas del debido proceso —porque está facultada para ello—, reconocer la personalidad del apoderado legal de la moral demandada, sin sujetarse, como se ha venido justificando, a las reglas del derecho común, expeditando de tal forma las cargas de las partes.

Por tal motivo, el representante del capital externó a la presidente su desacuerdo y manifestó que el acta se firmaría sin prejuzgar aceptación, mediante voto en contra y haciendo notar la ausencia del representante del trabajo. Debiendo quedar claro que con tal postura no se pretendió que se diera la razón a quien no la tiene, sino hacerle justicia a quien tiene derecho a ella. Cabe aquí citar esa parte de la postura teórica de Ronald Dworkin que refiere que, además del aspecto moral, *a la par de las reglas, los sistemas jurídicos contienen además principios*. Así pues, los principios procesales —*seguridad e igualdad*— establecen que en las actuaciones no se exigirá forma determinada; esto con el objeto de mantener la armonía y la sencillez que debe caracterizar al procedimiento laboral. Es importante enfatizar que el hecho de desterrar cierta solemnidad y rigidez en el procedimiento, *no* implica que éste se desarrolle en forma anárquica y superficial.

Lo grave del caso es que la titular de Junta Especial, haciendo uso de la facultad de ejercer su *discrecionalidad* optó, mediante un acto contrario a derecho, cambiar el acta de la audiencia de reconocimiento de personalidad glosando otra al sumario y en ella dejó asentado que “el representante patronal *no* asistió a pesar de habersele citado como consta en autos...”, haciendo presente, sin estarlo, al representante obrero para estar en posibilidades de “legitimar” el acto por mayoría de votos, de manera subrepticia, como en otros *acuerdos*.<sup>24</sup>

El otro caso surge de una situación similar, pero en él únicamente se convocó al representante del trabajo, audiencia a la que el referido representante “no asistió”. Sin embargo, falsamente y contrario a derecho, en el acta respectiva quedó registrada su asistencia. Peor aún porque, al no estar presente, se rubricó en su ausencia por persona diversa (secretaria de acuerdos). Situación que no se encuentra prevista en ninguna parte de la legislación laboral.

---

<sup>24</sup> *Cfr.* El contenido literal se encuentra en el expediente que se comenta. Aquí únicamente, por razón de espacio, se expone la parte medular que nos interesa.



De tal suerte que, en los casos 602/2007, 595/2007, 311/2008, 414/2008, 419/2008, 431/2008, 297/2009, 399/2009, 18/2010, 1/2010 y 155/2010 se presenta una situación variopinta también en la etapa conciliatoria, pues se presentan situaciones que van del reconocimiento de personalidad a apoderados –sobre todo de la parte actora– sin estar facultados para ello –por no aparecer su nombre en carta poder–; hasta aquella en la que, a pesar de haberse reconocido la personalidad –parte demandada–, no se asienta formal y legamente en el acta, el nombre del apoderado. Hecho que determina su atipicidad y antijuridicidad.

El caso especial 482/2007, se puede decir que abarca la generalidad de los asuntos que son gestionados por la Procuraduría de la Defensa del Trabajo; pues como se refirió anteriormente, las cartas poder, mediante las cuales los procuradores auxiliares acreditan su personalidad ante la Junta, incluyen a la totalidad de ellos –aproximadamente 30. A los que, sin excepción alguna, se les reconoce personalidad, acto que es contrario a derecho, toda vez que no es posible dar legitimidad formal y jurídicamente a una persona que *no* se encuentra presente. Situación contraria es la que sucede con la parte demandada; pues cuando llegan a comparecer dos o más, sin justificación o motivo alguno, sólo se le reconoce a uno. Esto evidentemente es un caso de desigualdad procesal que no debería suceder si estamos hablando de equidad y justicia.

En los foros laborales suelen pasar situaciones que a la postre resultan jocosas y, por qué no decirlo, perjudiciales para aquellos apoderados que tienen por costumbre incluir en sus cartas poder a profesionistas que pertenecen a otros consultorios jurídicos, con el propósito de que estos últimos tengan acceso a los expedientes cuando aquéllos, por una razón u otra, no estén en posibilidades de atender personalmente los asuntos. Un caso práctico, de entre tantos, es el registrado en el expediente 469/2009: comparece el representante de la actora acreditando su personalidad con carta poder que contiene una relación de profesionistas que son también autorizados como coapoderados, entre ellos, precisamente el mismo apoderado de la parte demandada que comparece a la audiencia. Es decir, la Junta, por no realizar una revisión exhaustiva de los documentos que le exhiben, le reconoce facultades de representación tanto de la parte actora como de la demandada. Ante tal situación atípica y antijurídica, el apodera-

do de la parte actora pretende, sin tener facultades específicas en la carta poder —otorgar, sustituir, revocar, etc.—, “dejar sin efecto” el poder conferido al profesionista que en ese acto comparece por la parte demandada, pese a ello, tal petición es acordada favorablemente por la Junta Especial.

De la recopilación de datos en los expedientes: 48/2009, 312/2009, 552/2009, 573/2009, 613/2009, 180/2010, 225/2010, 253/2010, 269/2010, 310/2010, 377/2010, 445/2010, 112/2011, 347/2011 y 665/2011, se llegó a la conclusión de que entre los litigantes y el propio personal jurídico de la Junta Local de Conciliación y Arbitraje existe una generalizada confusión o desconocimiento en cuanto a los conceptos: *otorgar*, *sustituir*, *poder*, *representación* y *mandato*. Para aclarar esa confusión es oportuno, aunque de manera breve, remitirnos al derecho común. Así pues, iniciaremos diciendo que la tesis aislada de jurisprudencia cuyo rubro es *legitimación ad causam* dice: “Es una condición para el ejercicio de la acción que implica la necesidad de que la demanda sea presentada por quien tenga la titularidad de Derecho que se cuestione; esto es, que la acción sea entablada por aquella persona que la ley considera como particularmente idónea para estimular en el caso concreto la función jurisdiccional...”

Por su parte, la jurisprudencia cuyo rubro es *Legitimación Ad Procesum* cita:

Por legitimación procesal activa se entiende la potestad legal para acudir al órgano jurisdiccional con la petición de que se inicie la tramitación del juicio o de una instancia. A esta legitimación se le conoce con el nombre de *ad procesum* y se produce cuando el derecho que se cuestionará en el juicio es ejercitado en el proceso por quien tiene la aptitud para hacerlo valer, a diferencia de la legitimación *ad causam*, que implica tener la titularidad de ese derecho cuestionado en el juicio. La legitimación en el proceso se produce cuando la acción es ejercitada en el juicio por aquel que tiene aptitud para hacer valer el derecho que se cuestionará, bien porque se ostente como titular de ese derecho o bien porque cuente con la representación legal de dicho titular. La *legitimación ad procesum* es requisito para la procedencia del juicio, mientras que la *ad causam* lo es para que se pronuncie sentencia favorable... (Jurisconsulta SCJN, 2007).

De modo que la persona que sea el titular de un derecho que se cuestionará, será la única que pueda estimular la función jurisdiccional. Ésta, a su vez, lo podrá realizar *otorgando poder* a una tercera persona, que actuará en su calidad de representante legal.

Ahora bien, como ya se mencionó, el titular del derecho es el único facultado para *otorgar* poder. Para iniciar un juicio se puede hacer de dos maneras: “Bajo patrocinio letrado”, es decir, cuando firma el titular del derecho y su abogado cada escrito que haya que presentar en juicio u otorgándole un poder a un abogado, es decir, facultándolo a firmar él solo todos los escritos en nombre y representación suya. Excepto que se trate de un juicio muy breve, por lo general los abogados solicitan a los titulares del derecho, el otorgamiento de un poder. El poder que, excepto para iniciar un juicio laboral, se otorga ante notario público.

Por otro lado, la *sustitución de poder* es una:

Cesión de contrato o transmisión de poder, en la que el primitivo apoderado o sustituyente subroga a un nuevo apoderado o sustituto en el ejercicio de todas o algunas de las facultades conferidas por el poderdante, *dejando de ostentar* el sustituyente las facultades representativas sustituidas. Hay pues un doble efecto subrogatorio: Uno extintivo, ya que *el sustituyente deja de ser apoderado*. Otro novatorio, cambiando la persona del deudor (del apoderado sustituyente a la del sustituto)... (Sánchez, 1982: 253).

Es importante hacer hincapié que, aunque el apoderado sustituyente subroga a un nuevo apoderado, éste no quedará liberado mientras no preste su consentimiento el *poderdante*, lo cual puede hacerse en el mismo poder, *autorizando expresamente la sustitución*; o en un momento posterior, ratificando la actuación del sustituto. Debiendo quedar claro también que el mandatario puede nombrar sustituto si el mandante no se lo ha prohibido.

En ese orden, el *poder* es la facultad concedida a una persona, llamada representante, para obrar a nombre y por cuenta de otra llamada representada.

Dicho poder o facultad puede tener cualquiera de estas tres fuentes: a) puede ser concedido el poder por la ley, como ocurre con el tutor y con el

titular de la patria potestad, quienes por virtud directamente de la ley pueden obrar a nombre del incapaz que representan [...] *b*) puede ser concedido el poder por medio de una resolución judicial, como acontece con el representante común de varios actores o de varios demandados que ejercitan la misma acción u oponen la misma excepción y que por no ponerse de acuerdo sobre la designación de aquél, es nombrado dicho representante por el juez [...] *c*) puede ser concedido el poder unilateralmente por una de las partes en un contrato de mandato, que es lo más frecuente y, por ello, es muy común hallar el empleo impropio de “mandato” como sinónimo de “poder”...

La *representación* es la acción de representar, o sea, el acto por virtud del cual una persona dotada de poder, llamada *representante*, obra a nombre y por cuenta de otra llamada *representada* o *dominus* del negocio. También, *representación*, en sentido propio, se entiende la *contemplatio domini*, esto es, la declaración unilateral que el representante hace frente a terceros al realizar un determinado acto jurídico, de que actúa a nombre y por cuenta de su representado. Así pues, toda representación supone o exige un poder, pero no se confunde con éste, ya que el *poder* es la facultad de *representar*, en tanto que la *representación* es ya el ejercicio mismo de esa facultad...

El *mandato* es un contrato por el que el mandatario se obliga a realizar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga, puede ser de dos clases: mandato representativo, si el mandante concede unilateralmente poder o facultad al mandatario para que éste obre a nombre de aquél; y mandato del testafierro, si el mandante no concede al mandatario dicho poder o facultad. En nuestro derecho el mandatario puede obrar a nombre propio o en el del mandante, salvo pacto en contrario... (Sánchez, 1982: 256).

Por último, debe quedar claro que la doctrina en el ámbito jurídico es la idea de derecho que sustentan los juristas. Si bien es cierto que no originan derecho directamente, también lo es que resulta innegable que en mayor o menor medida influyen en la creación del ordenamiento jurídico. Pero también se utiliza la palabra doctrina para referirse a un principio legislativo.

Ante tal confusión, volviendo a los casos que ahora se comentan; cabe destacar las características que en ellos se conjugan. En la práctica es común que los apoderados –sobre todo de parte actora–, sin

mayor empacho y sin tener facultades expresas para ello, *otorguen, sustituyan o deleguen* poder a diversa(s) persona(s) que no se encontraba(n) relacionada(s) en ese documento. Aun bajo esas condiciones la junta, contrario a derecho, *discrecionalmente* reconoce personalidad a los “nuevos apoderados o sustitutos” y, por ende, permite que éstos realicen modificaciones, adiciones y ampliaciones a la demanda, o bien, continúen con el procedimiento.

Ahora bien, decíamos anteriormente que el presupuesto procesal importante, por la trascendencia que representa en el resultado final de los juicios, es el de la personalidad procesal, sin el cual, todo acto realizado en contravención resulta inválido. De igual forma precisamos que las Juntas de Conciliación y Arbitraje, por tratarse de órganos colegiados que deben fundar y motivar sus actos, deben estar legitimadas mediante las firmas de los integrantes debido a su *composición tripartita*, específicamente en los aspectos que versen sobre (art. 620): personalidad, competencia, aceptación de pruebas, desistimiento de la acción (art. 773) y sustitución de patrón. Lo alarmante en la generalidad de los casos investigados *in situ*, es el hecho de que por la falta de compromiso y voluntad institucional, aunada a la irresponsabilidad por la falta de asistencia de los representantes tanto del capital como del trabajo a las audiencias que diariamente se desahogan; las juntas insisten sistemáticamente, de manera unilateral, abrir las audiencias bajo la frase sacramental: “Estando debidamente integrada la Junta...”, sin estarlo. Además, desarrollando cada etapa del procedimiento sin la obligatoria presencia de los referidos representantes, salvando, en varios casos, la carencia de firma de los representantes mediante la suplantación o, en su caso, “firmando por ausencia”. Luego entonces, todos los actos realizados en dichas condiciones por la Junta, inobjetablemente son inválidos *per se*. Esto con la complacencia—cuando así conviene a sus intereses— de las partes en conflicto.

El mexicano tiene por costumbre “hacer las cosas a la mera hora”. En el caso particular de los casos 380/2010, 496/2010 y 72/2011, sucedió que por las prisas, el abogado—para no variar, de la parte actora— presenta escrito de demanda anexando carta poder sin la firma del poderdante, lo que lo lleva a suplantarla. Esto es evidente al analizar las constancias glosadas a los autos, pues las rúbricas difieren notablemente de aquella que aparece en aquel documento. En otros casos

persiste la confusión entre el significado de los términos *delegar* y *sustituir* poder.

Al respecto, es importante hacer notar que otro error frecuente en la práctica jurídica laboral es la confusión que existe entre los abogados y operadores jurídicos respecto al significado de los términos “sustitución de poder” –figura jurídica que quedó debidamente descrita anteriormente– y el “subapoderamiento” (delegación). Siendo utilizados genéricamente el término sustitución para englobar los dos supuestos. Por tal motivo es importante hacer las precisiones siguientes:

*El subapoderamiento o delegación* consiste en nombrar un nuevo apoderado o subapoderado, a quien el apoderado o subpoderdante le puede conferir todas o algunas de las facultades dadas por el poderdante, pero *sin dejar de ostentar* el subpoderdante las facultades representativas delegadas. En este caso no hay novación extintiva y si hay una novación modificativa, pero no en el sentido de cambio de deudor, sino en el sentido de introducir un nuevo deudor o subapoderado... (Sánchez, 1982: 256).

De modo que cabe la sustitución y la delegación salvo prohibición expresa. En los casos particulares que se comentan, la carta poder suscrita personalmente por el trabajador y exhibida por su apoderado en la audiencia trifásica, expresamente lo faculta para delegar, no así para sustituir; figuras que, como se describió, son distintas. Los operadores jurídicos de la Junta Especial, hasta la fecha, no saben distinguir el alcance, significado y fin de cada elemento, por tal motivo da lugar a que estos dicten *acuerdos* contrarios a derecho.

Así pues, una vez terminada y declarada cerrada la etapa conciliatoria, con el desarrollo normal del procedimiento ordinario laboral, el auxiliar de la Junta declara abierta la etapa de *demanda y excepciones*, que en el caso concreto viene a ser donde *nace el conflicto de trabajo* propiamente dicho como tal, pues es donde la parte actora fija sus pretensiones, ratificando su pretensiones y, por su parte, la demandada opondrá las defensas y excepciones legales que considere pertinentes, afirmando o negando conforme a su interés jurídico.

## *A manera de conclusión*

Podemos ya formular algunas conclusiones. Es evidente que la Ley Federal del Trabajo no señala específicamente en qué etapa procesal la Junta debe *reconocer* personalidad a las partes, o en su caso, a los profesionistas que tengan a bien nombrar como sus mandatarios o representantes. Pues la personalidad es un presupuesto procesal indispensable, sin el cual, todo acto realizado en contravención resultaría inválido. Así entonces, debemos replantear las interrogantes siguientes: ¿La personalidad debe reconocerse por la Junta en la etapa “conciliatoria”? o ¿En la etapa de demanda y excepciones?, que es la etapa donde se fija la *litis*. Como punto de partida debemos enfatizar que tal formalidad jurídica, no es un interés no tutelado, pues es un acto expresamente reconocido por la ley, y que tan sólo para alguno de los aspectos de su desarrollo o para sus consecuencias jurídicas no existe precepto legal alguno aplicable.

Sin entrar a fondo de un análisis doctrinario, nos parece oportuno subrayar, un poco a la manera del “realismo ingenuo”, que lo cierto es que en la ley existen lagunas, independientemente de que la propia ley o todo el sistema jurídico ponga en manos del juez el modo de colmarlas, lo demás atiende a la idea de una universalidad jurídica de la que la ley puede ser una expresión parcial y modesta que, inspirada en el principio de libertad, regule la conducta mediante prohibiciones.

Al respecto debemos invocar el pensamiento de Arturo Valenzuela. Nos dice que no toda aparente omisión en la ley constituye una laguna:

El silencio de la ley puede considerarse como negación de tutela a un interés determinado, como falta de reconocimiento a una determinada institución jurídica o como el desconocimiento de un acto jurídico. La jubilación no está considerada por la Ley Federal del Trabajo y no es laguna porque el interés que implica la jubilación no ha sido tutelado directamente por normas jurídicas, sino que se ha dejado como un interés de libre contratación... (De Buen, 2006: 58-59).

Valenzuela abunda diciendo que “la laguna de la ley supone la existencia de un derecho, de una institución o de un acto expresamente reconocido por la ley, y que tan sólo para alguno de los aspectos de

su desarrollo o para sus consecuencias jurídicas no existe precepto legal alguno aplicable” (De Buen, 2006: 58-59). Ahora bien, del pensamiento del destacado jurista podemos inferir que si bien existen lagunas en la ley, de ello no se sigue que se deban crear situaciones contradictorias a la ley, ni ir más allá de lo que ésta pida cuya laguna se trata de llenar.

Esta situación ciertamente constituye *un caso difícil*, lo que significa entonces, conforme a la postura positivista, que se debe dejar bajo la discrecionalidad del operador jurídico la decisión que corresponda. Respecto de esta última parte, obligadamente debemos retomar el argumento que sostiene Ronald Dworkin en el debate con Herbert Hart en relación con el modelo positivista hartiano de su obra *The Concept of Law*. Según Dworkin, el modelo positivista es incapaz de dar cuenta de la complejidad del derecho. Para poner a prueba las tesis positivistas plantea el problema de la función judicial. En la tradición positivista más desarrollada se mantiene la tesis de la discreción judicial, “en caso de que no exista una norma exactamente aplicable el juez debe decidir discrecionalmente”. El derecho no puede ofrecer respuesta a todos los casos que se plantean. El positivismo hartiano sostiene que en “los casos difíciles no existe respuesta correcta previa a la decisión del juez, que tiene un marcado carácter discrecional”. Dworkin atacará la teoría de la función discrecional de los jueces enunciando la “tesis de la respuesta correcta”.

Por cuanto a los casos difíciles, Dworkin sostiene: “Un caso es difícil si existe incerteza, sea porque existen varias normas que determinan sentencias distintas, ya sea porque éstas son contradictorias o porque no existe norma exactamente aplicable”. Dworkin afirma que los casos difíciles tienen respuesta correcta. Puede darse el caso de que podría haber situaciones a las que no pueda aplicarse ninguna norma concreta, pero de ello no se sigue que no sean aplicables *los principios*. También señala que el material jurídico compuesto por normas, directrices y principios es suficiente para dar una respuesta correcta al problema planteado. Refuerza su argumento diciendo que sólo una visión del derecho que lo identifique exclusivamente con las normas puede mantener la tesis de la discreción judicial. Cuando nos encontramos frente a un caso difícil, Dworkin recomienda no dar libertad absoluta al operador jurídico. Y no es una buena solución porque el operador jurídico no está legitimado ni para dictar normas ni mucho



menos para dictarlas de forma retroactiva. Al operador jurídico se le debe exigir la búsqueda de criterios y la construcción de teorías que justifiquen la decisión. Y ésta debe ser consistente con la teoría.

De la armónica interpretación de los puntos de vista doctrinarios brevemente analizados y del contenido de los propios enunciados normativos de la legislación laboral, podemos colegir que lo destacable es ponderar nuevamente, que la etapa conciliatoria *no* es el inicio del juicio, ya que en ésta la Junta *no* ejerce su función jurisdiccional, pues jurídicamente es el periodo de arbitraje con el que inicia propiamente el juicio laboral. Por virtud de lo anterior, ahora podemos decir que se puede dar respuesta a las interrogantes que antes se formularon: ¿en qué etapa del proceso laboral se debe reconocer la personalidad a las partes en conflicto? *En la etapa de demanda y excepciones*, pues es a partir de ese momento que formalmente se inicia el juicio, se fija la *litis* y la Junta ejerce su función jurisdiccional.

Por otro lado, la etapa conciliatoria al tener una naturaleza diferente para el caso de que el conflicto concluya a través de un convenio; la Junta, previo a la aprobación del mismo, al dictar el acuerdo respectivo, deberá reconocer la personalidad de las partes. Destacando que un elemento indispensable en el clausulado del convenio es precisamente el reconocimiento recíproco de la personalidad de las partes. De esta manera no se conculca ni representa una renuncia a los derechos del trabajador y se abrevia un proceso judicial que puede resultar incierto y desgastante para ambas partes; pues se fija una fecha determinada para dar cumplimiento al mismo, es decir, quedará sujeto a cumplimiento o, en su caso, a la ratificación del mismo por parte de aquél. En caso contrario, el trabajador podrá solicitar la ejecución del convenio ante la misma autoridad, puesto que fue elevado a la categoría de laudo ejecutoriado.

Sin lugar a dudas, la etapa de demanda y excepciones es la parte más importante en el desarrollo del procedimiento ordinario laboral, se puede considerar que se llega a ella por el resultado infructuoso de las pláticas conciliatorias entre las partes, y en la que se sentarán las bases de lo que sucederá en la etapa probatoria. La *fijación de la litis*, por medio de los hechos controvertidos, vendrá a ser el *fundamento* para que la autoridad laboral *resuelva* el conflicto planteado, mediante la valoración de los elementos probatorios que le sean proporcionados en el desarrollo del procedimiento.

Por razón de espacio sólo expondremos los casos más emblemáticos que se investigaron *in situ* en la etapa procesal en comento, así como, los acuerdos dictados por la Junta Especial. Etapa en la que teóricamente la Junta debe juzgar con equidad y examinar y valorar libremente las pruebas ofrecidas por las partes, en *conciencia*, a fin de encontrar la verdad. Debiendo quedar claro que *no* están facultadas para resolver al margen de la legislación laboral o a su pleno *arbitrio* los casos que se sometan a su jurisdicción. Así también, que su función jurisdiccional debe ceñirse a las normas establecidas por la Constitución, leyes reglamentarias y los principios. Su prioridad, se insiste, es buscar la verdad de los hechos *sin formulismos* en la valoración de las pruebas y aplicar la justicia al caso concreto.

Con claroscuros suele catalogarse la actuación de la Junta Especial que, sin generalizar, podemos asegurar que en la mayoría de sus acuerdos suceden situaciones tan absurdas como carentes de motivación y fundamentación jurídica. Ejemplo de ello lo encontramos en los casos: 78/2005, 131/2007, 285/2007, 113/2008, 20/2009, 599/2009, 42/2010, 209/2010, 446/2010, 336/2011 y 482/2011. De tal manera, se dan casos en los que la Junta desconoce la personalidad –se insiste por lo general al apoderado de la parte demandada– porque *omite* referir en el momento de su comparecencia y en los diversos usos de la voz quién es e identificarse plenamente en su oportunidad con documento oficial. Lo opuesto se da tratándose de los apoderados de la actora, es decir, ni siquiera presentan o les es requerido documento mediante el cual se acredite la identidad del compareciente.

Así también, es frecuente que se cometan errores mecanográficos –lo que es justificable porque al fin y al cabo como seres humanos somos imperfectos–, se asienten en actas de manera equivocada los nombres de los apoderados, peor aún es que se lleve todo el procedimiento sin hacer la aclaración debida. Esto, por supuesto, es causa de nulidad. Siguiendo ese orden de ideas, se dan casos en los que ya inmersos en la etapa de demanda y excepciones o incluso en ofrecimiento y admisión de pruebas, por lo general, el actor revoca a su apoderado y nombra en su lugar a otro, o se presentan otros con facultades que hasta antes de ese momento no se habían hecho presentes, quienes sin tener facultades expresas en la carta poder, revocan a los anteriores, peticiones que, desde luego, son acordadas favorablemente por la Junta. Para colmar la antijuridicidad de los acuerdos, el reco-

nocimiento de personalidad a esos “nuevos” comparecientes no se realiza de manera colegiada, es decir, no existe constancia fehaciente de que tal acto se celebre cuando la junta se encuentre debidamente integrada. Aunque con posterioridad y de manera subrepticia se pase a la firma de los integrantes de la Junta.<sup>25</sup>

De igual modo sucede en las demás actuaciones en las que jurídicamente se requiere la presencia de los representantes de los factores de la producción. Por ello, cuando no es posible, por sus múltiples ocupaciones, localizar al o los representantes, el personal jurídico de la junta suplanta la firma o se estampa otra por ausencia del interesado.

En los laudos la situación es la misma. Particularmente en el caso 119/2007, la apoderada de la parte actora se desiste –sin tener facultades para ello– de una de las personas morales codemandadas, petición que, pese a todo, le fue acordada favorablemente. Pero resulta que en los considerandos, así como en los puntos resolutivos, se le condena a esa moral a pagar todas las prestaciones reclamadas por el trabajador, aun cuando ya existía un desistimiento de la acción previo. En tanto que el asunto 135/2008 se siguió en rebeldía, por lo que, como era de esperarse, la moral demandada fue condenada al pago de todas y cada una de las prestaciones reclamadas por el actor. Pero, sin fundamento y motivo jurídico fundado, la junta condena a otras prestaciones que nunca fueron reclamadas ni el escrito inicial de demanda ni mediante modificación, adición o corrección durante el procedimiento.<sup>26</sup>

Todo esto nos conduce a reflexionar si ese organismo público se encuentra sumido en un proceso de entropía, es decir, de desorden y degeneración crecientes. Lamentablemente, ante tales evidencias, todo parece indicar que es así. Luego entonces, la franqueza y la transparencia no existen en un país que se dice institucional. Tal parece que lo único que el mexicano ha aprendido de la historia es que no ha aprendido nada de la historia.

---

<sup>25</sup> Es una costumbre ilegal, profundamente arraigada en las juntas, que ante la inasistencia de los representantes de los factores de la producción, los acuerdos y resoluciones emitidos sean firmados por éstos con posterioridad. Tal acto implica un alto riesgo jurídico, pues de inicio resulta nulo, además del retraso del procedimiento por esperar a que aquellos se dignen a hacer acto de presencia para validar las actuaciones procesales.

<sup>26</sup> *Cfr.* El contenido literal se encuentra en los expedientes que se comentan. Aquí únicamente, por razón de espacio, se expone la parte medular que nos interesa.

## Propuestas

Nuestro interés parte de la intención por hacer consciencia en los operadores jurídicos, de la importancia y trascendencia que tiene administrar y procurar la justicia laboral, bajo la base de una argumentación e interpretación jurídica firme y sustentada a la luz de la teoría expuesta por Ronald Dworkin. Atendiendo también a los principios de seguridad, igualdad, certeza y legalidad, a fin de conseguir el equilibrio y la justicia social entre los factores de la producción.

Fortalecer el servicio profesional de carrera, para promover el desarrollo profesional de los servidores públicos de la Junta Local de Conciliación y Arbitraje del Valle de Toluca, vía la capacitación y actualización jurídica constante y permanente, con la finalidad de elevar la eficiencia en la procuración e impartición de justicia laboral.

Otro problema latente, lamentable y preocupante que no se puede seguir soslayando es el caso de los representantes, llámese del capital o del trabajo. Éstos no cumplen con la labor que les ha sido encomendada y confiada. No se dan cuenta de los alcances y las consecuencias de su indolencia, irresponsabilidad, falta de vergüenza profesional, falta de compromiso, falta de lealtad institucional. En donde la misma autoridad no ha cumplido, de una buena vez, con los recursos legales que tiene a su disposición para requerirlos y hacerlos comparecer y, en su caso separarlos del cargo.

De todos son conocidas las graves deficiencias y los vicios que existen en los tribunales laborales y también entre los representantes de los factores de la producción. La actitud que han asumido a lo largo de los años ha trastocado al procedimiento laboral, causando con ello un grave perjuicio a los derechos constitucionales de las partes y a la ya de por sí deteriorada imagen institucional.

Como grave también es el hecho de que no se toman la molestia y el tiempo para leer los acuerdos o laudos y los firman estando plagados de errores. Entonces, si las Juntas de Conciliación y Arbitraje son los órganos jurisdiccionales que han sido instituidos para dirimir los conflictos de trabajo, ¿qué objeto tiene su integración y funcionamiento de forma tripartita? Defender el tripartismo en las Juntas no significa que todo marche bien en estos órganos y que no haya ajustes que hacer. Pensar así es como negarse a sí mismo.

La solución no radica en modificar el esquema tripartita de las Juntas de Conciliación y Arbitraje a un tribunal unitario, porque no se puede permitir que en una persona recaiga la responsabilidad de administrar e impartir justicia laboral. Ya lo dijo Ronald Dworkin: “No es una buena solución dejar libertad al operador jurídico porque éste no está legitimado ni para dictar normas ni mucho menos para dictarlas de forma retroactiva...” Ni tampoco crear una cortina de humo tratando de soterrar la realidad institucional que se vive actualmente.

Es indispensable que se designen representantes, de preferencia profesionales del derecho, realmente comprometidos, con hambre y sed de justicia en favor de sus representados. Este problema no es privativo de la Junta Local de Conciliación y Arbitraje del Valle de Toluca, sino de la generalidad, ya sea local o federal. Insistimos en que es una cuestión que no se resuelve mediante la teoría expuesta en este trabajo, o de cualquier otra; porque si así fuera, sería tanto como desconocer la naturaleza misma del problema que subsiste en la Junta de Conciliación y Arbitraje del Valle de Toluca.

## **Fuentes consultadas**

### ***Bibliografía***

- Bix H., Brian (2010), *Filosofía del derecho. Ubicación de los problemas en su contexto* (trad. de la 3a. ed. en inglés), México, UNAM.
- Bermúdez Cisneros, Miguel (1991), *Derecho procesal del trabajo*, México, Trillas.
- Cavazos Flores, Baltasar *et al.* (1985), *Nueva Ley Federal del Trabajo tematizada y sistematizada*, 18ª ed., México, Trillas.
- Climent Beltrán, Juan B. (2008), *Elementos del derecho procesal del trabajo*, 4a. ed., México, Esfinge.
- Dworkin, Ronald (2002), *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel.
- \_\_\_\_\_ (2012), *El imperio de la justicia*, 2a. ed., Barcelona, Gedisa.
- Dávalos José (2000), *Tópicos laborales*, México, Porrúa.
- De Buen Lozano, Néstor (2006), *Derecho procesal del trabajo, vol. 1*, 4a. ed., México, Porrúa.

- \_\_\_\_\_ (2006), *Derecho procesal del trabajo*, vol. II, México, Porrúa.
- Faralli Carla, *La filosofía del derecho contemporánea*, 2a. ed., Madrid, Hispania Libros.
- Goetz, J. P. y M. D. LeCompte (1988), *Etnografía y diseño cualitativo en investigación educativa*, Madrid, Morata.
- Martínez Pichardo, José (2011), *Lineamientos para la investigación jurídica*, 11a. ed., México, Porrúa.
- Otero Parga, Milagros *et al.* (2012), *Argumentación e interpretación jurídica*, 2a. ed., México, Porrúa.
- Sánchez Medal, Ramón (1982), *De los contratos civiles*, 5a. ed., México, Porrúa.
- Tenopala Mendizábal, Sergio (2003), *Derecho procesal del trabajo*, México, Porrúa.

### ***Hemerografía***

- Aguilera García, Édgar R. (2014), “Hacia la identificación del paquete básico de competencias a desarrollar por el alumno que cursa las unidades de aprendizaje Filosofía del Derecho y/o Corrientes filosófico-jurídicas en la UAEM”, *Revista Prospectiva Jurídica*, Toluca, Centro de Investigación en Ciencias Jurídicas, Justicia Penal y Seguridad Pública de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México.
- Aguilera García, Édgar R. y Enrique Uribe Arzate (2012), *Pasos hacia un concepto normativo de derecho basado en su conexión necesaria con la “obligación política” y con la observancia de los principios del “Estado de derecho”*, México, Centro de Investigación en Ciencias Jurídicas, Justicia Penal y Seguridad Pública de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México.
- Secretaría del Trabajo del Gobierno del Estado de México (2009), *Compromiso laboral*, Junta Local de Conciliación y Arbitraje del Valle de Toluca.
- Gallardo Castillo, María de Jesús (2010), “El principio *pro actione* y la subsanación de las solicitudes”, *Revista Actualidad Administrativa*, núm. 11, España, La Ley.

### ***Leyes y documentos***

- Congreso de la Unión (2012), *Reforma, adición y derogación de diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo*, México, Diario Oficial de la Federación.
- Gaceta del Gobierno (2002), *Código Civil del Estado de México*, Toluca.
- Secretaría del Trabajo del Gobierno del Estado de México (2008), *Prontuario de Legislación Laboral del Estado de México*, Toluca, San Buenaventura.
- Jurisconsulta SCJN (2007), *Jurisprudencias de 1917 a septiembre de 2007, Legislación Federal al 31 de octubre de 2007*, México, LOP MON Software.

### ***Internet***

- Stavropoulos, Nicos, *Interpretivist Theories of Law*, disponible en <<http://plato.stanford.edu/entries/law-interpretivist/>>. Consulta: 16 de diciembre de 2013.





# VI

## EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA APLICACIÓN DE LAS PENAS EN MÉXICO

*Edgar Aguilera García\**  
*Eva Georgina Sánchez Hernández\*\**

### Introducción

El estudio de la proporcionalidad en la aplicación de las penas en México es un tema complejo y poco estudiado en nuestro país, a grado tal, que aun para muchos juristas es letra muerta en el texto constitucional y, por tanto, inaplicable en la práctica.

Esto se debe a la reciente incorporación del tema al texto constitucional, pues hasta antes del 18 de junio de 2008,<sup>1</sup> en cuya reforma se adiciona al primer párrafo en su última hipótesis del artículo 22 para

---

\* Doctor en Derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM); profesor de tiempo completo de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México (UAEMéx) e investigador del Sistema Nacional de Investigadores (nivel I) por el Consejo Nacional para la Ciencia y Tecnología (Conacyt).

\*\* Licenciada en Derecho por la Facultad de Derecho de la UAEMéx y aspirante a obtener el grado en la Maestría en Estudios Jurídicos dentro del PNPC del Conacyt en la Facultad de Derecho de la UAEMéx.

<sup>1</sup> Para conocer toda la reforma del 18 de junio de 2008, podemos remitirnos a: <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/reformas/IEF18608.pdf>>. Se reformaron y adicionaron artículos constitucionales en materia penal, dando un vuelco muy importante en nuestro sistema de Justicia Penal, que por razón del tema a tratar no podremos abordar en nuestro capítulo. Para conocer más de la reforma podemos leer un interesante artículo del doctor Salvador Valencia Carmona en: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/refjud/cont/13/pjn/pjn4.htm>>.

quedar de la siguiente manera: “Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado”.

El análisis de la proporcionalidad de la pena, a pesar de estar inserta en el texto constitucional, se trabajará en el ámbito doctrinal y para comprender su trascendencia es necesario resaltar que su estudio encuentra íntimamente relacionado con la reforma del artículo 18 constitucional, párrafo segundo,<sup>2</sup> al ser de temas de política criminal.

Por tanto, en el primer apartado del presente trabajo se conocerá, analizará y centrará la discusión sobre el significado de política criminal, siendo el origen de la problemática de cómo se debe tratar a aquella persona que infringe la ley y le causa un daño a la sociedad, es decir, el delincuente.

Desde tiempos remotos la respuesta de cómo tratar al delincuente se ha centrado en el castigo justificado desde diversas visiones filosóficas, por lo que en el siguiente apartado se estudiarán las teorías de la pena.

Las perspectivas del castigo las podemos clasificar en dos grandes doctrinas: el castigo como el valor que tiene por sí mismo y el castigo como medio para llegar a otro fin. La primera se justifica bajo la premisa de la ley del talión: ojo por ojo, diente por diente, es decir, aquella persona que lesiona un bien jurídico debe pagar en la misma proporción a la afectación de dicho bien.

El castigo como medio para otro fin resulta una visión más compleja, “buscar el mayor bien para el mayor número”, es decir, buscar lo mejor para la sociedad. Esto significa que el Estado como entidad pública ofrezca un ambiente seguro a su sociedad y que el delincuente no cometa más delitos.

La pena, en nuestro Estado mexicano, actualmente toma parte de las dos posturas antes descritas. La imposición de la pena será en proporción a la gravedad de la lesión del bien jurídico afectado, siendo

---

<sup>2</sup> Como se expondrá más adelante, no es posible comprender el artículo 22 constitucional en la parte atiente sin considerar que la pena de prisión es la pena más común impuesta por nuestra legislación penal. Esto nos lleva a interrelacionar el fin de la prisión, lo cual es enmarcado en nuestro artículo 18 constitucional, en su párrafo segundo nos dice: “El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres cumplirán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto”.

las penas más comunes: la pena privativa de libertad, es decir, la prisión y la multa; y en segundo lugar, con la pena, el Estado buscará erradicar a los agentes más peligrosos mediante la cárcel, resarcir el daño, que la pena impuesta sea ejemplar para la sociedad y, en un futuro lejano, reinsertar al delincuente a la sociedad.

Por tanto, el tratamiento que el Estado impone al delincuente buscará que por medio del castigo, éste se disuada de volver a cometer delitos y exista una mejor sociedad. Sin embargo, ¿se ha logrado reinsertar al delincuente? ¿Es proporcional el castigo al bien jurídico afectado? ¿Se logran los objetivos del castigo? Esto se tratará en los apartados finales, encontrando críticas muy severas a nuestras reformas constitucionales, ya instauradas en otros países de origen anglosajón. Sin embargo, buscaremos dar respuesta a dichas críticas y se tratará de buscar soluciones y propuestas para lograr una mejor interpretación de nuestra reforma constitucional en cuanto a la imposición de las penas.

## **Política criminal**

El concepto de política criminal es de reciente creación, siendo utilizado a partir del siglo XVIII por distintos autores en sus obras,<sup>3</sup> dando como resultado que la expresión esté dotada de vaguedad.<sup>4</sup>

Su origen se ha atribuido a Feuerbach, Kleinschrod y Hender —doctrinarios alemanes—, pero no existe consenso sobre quién utilizó la palabra compuesta por primera vez. Jiménez de Asúa asegura que en 1973, Gallus Aloys Kaspar Kleinschrod fue el primero en nombrar como tal a la política criminal (Jiménez de Asúa, 1964: 138). Sin embargo, César Bonesana, mejor conocido como el marqués de Beccaria, es reconocido como el primero en visualizar a la política criminal

---

<sup>3</sup> Eduardo Martínez Bastida (2007: 45) nos comenta que la expresión en 1793 fue utilizada por Kleinschrod, y más adelante por Feuerbach (1801), Henke (1823), Mittermaier (1836), Holzendorff (1871) y Prins (1886), entre otros, haciéndose popular en el Congreso Internacional de Derecho Comparado celebrado en París de 1900.

<sup>4</sup> La vaguedad es la falta de precisión en el significado (designación) de una palabra. Una palabra es vaga en la medida en que hay muchos casos en los que su aplicabilidad es dudosa. La vaguedad no se debe a la falta de claridad de la palabra o expresión, sino al uso que ha tenido en diferentes épocas.

en su tratado *De los delitos y las penas*, principalmente en el capítulo “Cómo evitar los delitos” (Bonesana, 1993: 158), si bien es cierto, no proporciona el término como tal, considera la función atribuida a la política criminal.<sup>5</sup>

La vaguedad de la expresión de política criminal ha dado lugar a diferentes usos y significados. Jiménez de Asúa, en su *Tratado de derecho penal*,<sup>6</sup> dice que el uso primigenio de la política criminal fue como arte legislativo de los delitos y las penas, citando a su vez a Kleinschrod, quien la define como “el conocimiento de aquellos medios que el legislador puede hallar, según la especial disposición de cada Estado, para impedir los delitos y proteger el derecho natural de sus súbditos” (Jiménez de Asúa, 1950: 312).

Sin embargo, fue Franz von Liszt el primero en dotar a esta disciplina de mayor relevancia, debido a su contenido y su función, considerando la política criminal como ese abanico de métodos de los que dispone el poder público con la pretensión de hacer frente al fenómeno criminal, definiéndola como el conjunto sistemático de los principios fundados en la investigación científica de las causas del delito y de los efectos de la pena, según los cuales el Estado ha de llevar a cabo la lucha contra el delito por medio de la pena y de las instituciones con ella relacionadas (Von Liszt, 1929: 131).

En el marco de la política criminal, el autor alemán vincula el concepto material de delito con la teoría de la pena. Gracias a ello, la política criminal es entendida como una teoría sobre cuál es el mejor instrumento del que dispone el derecho penal para la protección de bienes jurídicos y, correspondientemente, en qué medida se puede ir renunciando en determinados ámbitos a la pena sin que con ello se resienta la protección de bienes jurídicos (Von Liszt, 1994: 53). Con acierto, muchos autores consideran a Von Liszt el padre o fundador de

---

<sup>5</sup> César Bonesana, en el capítulo XLI “Cómo evitar los delitos” de su obra, ya hace referencia a la necesidad que existe por parte del Estado de crear una legislación que provoque en la humanidad una felicidad tal, que se eviten conductas delictuosas, ya que él nos dice que es necesario realizar leyes claras a las cuales los hombres temen y prefieren la libertad a la esclavitud. En su obra magistral vemos plasmado el pensamiento ilustrado de la época. Montesquieu, J. J. Rousseau, Voltaire, Montaigne, Buffon, a los que él reconoce como sus maestros (1993: 159).

<sup>6</sup> Jiménez de Asúa, en el tomo II de su obra *Tratado de derecho penal*, hace una explicación amplia del concepto de política criminal a través del punto de vista de diversos autores.

la moderna política criminal como disciplina científica (Feijoo, 2007: 195).

Iñaki Rivera Beirás (2005: 26), citando a Jiménez de Asúa, comenta que la concepción de política criminal de los siglos XIX y XX comprendía dos aspectos, a saber: 1) como articulación de medios para combatir el crimen después de perpetrado y 2) como tarea para reformar las leyes penales vigentes. Más adelante el autor en comentario nos pone de relieve que la política criminal “agrupa actualmente en torno suyo, a una multitud de penalistas pertenecientes a distintas, y aun opuestas, escuelas. El punto de unión es el siguiente: la lucha eficaz contra el delito, fin único de la justicia penal y la busca consiguiente de los medios más a propósito para conseguirlo” (2005: 29).

Para Claus Roxin, el objeto principal de la política criminal “es la cuestión de cómo debe tratarse a las personas que atentan contra las reglas básicas de la convivencia social y con ello lesionan o ponen en peligro al individuo o a la comunidad” (1992: 795), por lo que para dicho autor ésta adopta una posición intermedia entre ciencia y configuración social, entre teoría y práctica. Esto es debido a que como ciencia se basa en el conocimiento objetivo del delito en sus formas jurídicas y empíricas, intentando desarrollar una estrategia en la lucha contra el delito, pero en su realización práctica debe considerar intereses concretos, ideologías y realidades preexistentes.<sup>7</sup>

En cambio, Edmund Mezger ve la política en un sentido más amplio, considerándola el conjunto de todas las medidas estatales para la prevención del delito y la lucha contra el delito (Mezger, 1958: 90).

En la actualidad, para nosotros, Borja Jiménez engloba un concepto más completo de la política criminal, visualizándola como una de esas formas de exteriorización de la política, por lo que designa la política criminal como:

---

<sup>7</sup> Para abundar más, Claus Roxin nos dice que la política criminal es una disciplina que se estructura en torno a la estrategia de lucha contra el crimen. Como teoría intenta desarrollar una estrategia de lucha contra el delito. Su función va más allá, alcanza al tratamiento de la problemática de los ciudadanos que perpetran hechos delictivos; la cuestión de cómo debe tratarse a las personas que atentan contra las reglas básicas de la convivencia social y con ello lesionan o ponen en peligro al individuo o a la comunidad, constituye el objeto principal de la política criminal.

El planteamiento que desde el ámbito político, desde el propio Estado, se establece para tratar y hacer frente al fenómeno criminal, como aquel conjunto de medidas y criterios de carácter jurídico, social, educativo, económico y de índole similar, establecidos por los poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal con el fin de mantener bajo límites tolerables los índices de criminalidad en una determinada sociedad (Borja, 2003: 22).

La visión de estos autores ha sentado la base para la elaboración de nuevos conceptos de política criminal que ha ampliado el horizonte de su análisis; teniendo como consecuencia diferentes perspectivas de estudio tales como: visión de política pública<sup>8</sup> y visión de política de Estado<sup>9</sup> para sancionar y prevenir el delito. Por lo que consideramos tomar la segunda de las mencionadas por ser atinente al caso que nos ocupa, ya que la forma material de sancionar al delito es mediante la pena impuesta por el Estado hacia el delincuente. La pena, su forma y ejecución a lo largo de la historia ha sido justificada por diversos discursos filosóficos, mismos que le dan soporte argumentativo para su imposición.

## La pena

La pena es definida por Demetrio Crespo como “la privación o restricción de bienes jurídicos, prevista por la ley, e impuesta por los órganos jurisdiccionales competentes al autor de un hecho delictivo” (Demetrio, 1999: 124). La comisión de un hecho delictivo tiene como

---

<sup>8</sup> Armando Juárez Bribiesca y Marco Antonio Medina Ramírez, en su artículo “Política criminal”, el cual puede ser consultado en <<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/ReformaJudicial/18/jec/jec8.pdf>>, plantea la política criminal desde la visión de política pública, referida a un ámbito determinado del conflicto social; la cual opera cuando el Estado decide como alternativa otorgarle al fenómeno específico la categoría de delito y a la persona que lo comete, la calificación de delincuente.

<sup>9</sup> Pablo Sánchez-Ostiz afirma que la política criminal es un sector de la política, de las decisiones de la vida en la *polis*: en concreto, de las decisiones sobre la prevención de aquellas conductas que más gravemente ponen en peligro la subsistencia de la vida social. Para la adopción de dichas decisiones es preciso contar con ciertos criterios que respeten los principios propuestos por él: seguridad en la vida social, legalidad y respeto a la dignidad (2007: 23).

consecuencia la imposición de una pena o medida de seguridad, o de ambas, al momento de hacer efectiva la función de dirección y control social, sin olvidar el objetivo de reparar el daño causado. (Rodríguez, 1965: 779).

Grandes teóricos y doctrinarios han estudiado la pena desde distintas perspectivas, atribuyendo su origen y función según su ideología. Por lo que tomaremos en primer lugar el pensamiento del filósofo Michael Foucault,<sup>10</sup> por la idea innovadora que imprimió en el marco *Ius puniendi*, definiéndolo como una construcción social que nace en ese intento estatal por proporcionar seguridad al individuo.

Foucault realiza una visión sociológica y psicologista del castigo, afirmando que el Estado, por medio de aquél, ha ejercido el control en la sociedad, al dar al individuo vía la pena una corrección ejemplar. El castigo, por tanto, se vincula con diversos factores históricos como: las relaciones de poder, la tecnología del control, la economía así como los diversos factores que determinan de las decisiones que en sí mismas deba tomar por conveniencia el Estado.

Es en esa visión, los métodos, así como las técnicas, que a lo largo del tiempo se han incrementado a fin de imponer las penas sean variantes de acuerdo con los intereses de aquellos que ejercen el poder.

El pensamiento de Foucault sobre la pena se sitúa a partir de la Edad Media, dividiendo en cuatro épocas según las características del castigo, denominándolas de la siguiente manera: el suplicio, el castigo, la disciplina y la prisión, los cuales se regirán por reglas distintas dependiendo la época.

En la época del *supplicio* la característica de la pena se imponía sobre el cuerpo condenado en un espacio público, a fin de que el espectáculo de ejecución pública se convirtiera en un foco que impidiera que se reanimara cualquier tipo de brote violento. Esto debía lograr en el delincuente la persuasión de no cometer crímenes, así la justicia pasa una descarga de ejecución de las penas, con lo que le da validez al ámbito administrativo, es decir, que se vengara al rey que había sido desafiado.

---

<sup>10</sup> Michel Foucault, en su libro: *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (1973), realiza un análisis psicológico, filosófico e histórico de las estructuras sociales y de poder que deciden los cambios producidos en los sistemas penales occidentales, sobre todo en lo relativo al castigo, realizando el análisis histórico desde la Edad Media hasta su tiempo.

Modernos sistemas del siglo XVIII de los Estados occidentales llevaron a cabo este tipo de castigo. Pero ese Estado represor se empieza a mostrar más humano (debido a las protestas sociales de la época) con el delincuente a fin de que la imposición de la pena no sea una cuestión de ejemplaridad, sino más bien tenga la función de reformar y corregir esa conducta dolosa que ha dañado al ente social, desde luego tiene como resultado la privación de uno de los valores por excelencia humanos: la libertad.

Empezando una mutación mediante la cual se parte de un arte de sensaciones insoportables que es, como dijimos, el suplicio a una economía de los derechos suspendidos, que si bien es una manera racional de imponer a alguien un castigo, no deja de tener una naturaleza guiada por los intereses que ostentan los medios de producción vigentes en un Estado

En la época denominada del *castigo*, la evolución económica busca la incorporación de los derechos del hombre a fin de garantizar que la justicia ya no pertenezca a la decisión de un “hombre”, sino que sea la sociedad quien tenga ese derecho de defensa y pueda imponer una sanción. En ese sentido, tal aceptación se vuelve universal para dar certeza jurídica al castigado.

En la parte atinente a la época de la *disciplina*, el filósofo francés define el castigo como un ejercicio de sometimiento soportado desde una prisión, este sistema es característico de las sociedades modernas. Este nuevo mecanismo para imponer el poder la disciplina si bien ya ha sido estudiada en diferentes partes de la historia del mundo, hoy en día es entendido como un método que permite un control minucioso de las operaciones.

Es importante resaltar que el ejercicio de la actividad carcelaria ha sido absorbido por el aparato administrativo. En ese sentido, las tecnologías del poder imponen un ejercicio físico del castigo: la prisión. Es entonces un soporte en una cuestión eminentemente institucional y la pena ya no solamente se castiga al cuerpo sin alma con el castigo penal; se castigan las acciones, los objetos jurídicos definidos, pero también se castigan las pasiones, los instintos, las anomalías; en este sentido, los elementos formados por la teoría penal que implican la tipicidad antijurídica y la culpabilidad son finamente valorados. Pero también lo que se encuentra detrás de ellos, el alma se vuelve entonces un concepto de la personalidad. En su definición tiene que ver



también con la reinserción del individuo, que ya no es un delincuente en sí mismo, sino que es un mal social que necesita ser combatido desde todos los aspectos científicos al alcance de la ciencia moderna.

La pena de prisión permitirá una relación de docilidad y utilidad, pero estos métodos implican que ejerza en la sociedad una presión discreta, anónima e invisible, en la creación de escuelas, cuarteles militares y hospitales.

La última época será la *prisión*, que si bien es cierto no es nada nuevo, a partir del siglo XX se vuelve un castigo universal, apareciendo como un castigo igualitario; volviéndose para el individuo que comete un delito, como un medio para que cambie mediante el aislamiento, el trabajo y la modulación de la pena, dependiendo de la falta. La delincuencia a partir de esta época es considerada como una desviación patológica; por lo que la ciencia será el apoyo para cambiar a la sociedad.

Resaltamos la contribución de Foucault en la teoría de la pena y el derecho penal; por la base holística con la que cuenta, busca estar inmerso en cada una de las ramas, si bien con gran influencia sociológica, también conlleva a una formación epistemológica-jurídica que tiene como fin la realización de que existe una definición en cuanto a la función que tiene la pena en la reinserción social.

## **Teorías de los fines de la pena**

Conocer los fines de la pena es importante para responder a las preguntas: ¿para qué sirve la pena?, ¿cuál es su fundamento y su legitimación?, pues sólo así se comprenderá qué tipo y medida concreta se puede imponer a un sujeto en particular que ha cometido un delito, así como la reconstrucción de las categorías dogmáticas con base en los fines político-criminales.

En este apartado tomaremos como hilo conductor del presente estudio la división realizada por el doctrinario Bernardo Feijoo Sánchez en su libro *Retribución y prevención general*, por considerar que es el trabajo más profundo y detallado que existe en la actualidad de los fines de la pena:

*Teorías de la retribución.* También denominadas teorías absolutas debido a que justifican la pena sin importar las consecuencias<sup>11</sup> de su imposición, la legitimidad del castigo o su finalidad, pues sólo ven el carácter retributivo de la pena. Los autores más destacados de estas teorías son Hegel y Kant, aunque entre ellos existan grandes diferencias.<sup>12</sup> Tales autores fueron los primeros en realizar un análisis racional del fin de la pena, pues si bien es cierto que desde Grecia, con Platón y Aristóteles, los iusnaturalistas, racionalistas y los autores ilustrados, existían consideraciones en torno a la pena, su concepción era utilitarista, de acuerdo con la cual, la pena intimidaba (mediante la forma de ejecución), o bien tenía fines preventivo-especiales diversos, tanto de carácter positivo (pena curativa o medicinal) como negativo (intimidación o inocuización).<sup>13</sup>

*Teoría subjetiva de la retribución,* la pena según la visión de Kant. Su filosofía se desarrolló dentro de la visión de un “estado atemporal”, por lo que la pena debería ser de igual proporción al delito cometido, es decir, el delincuente debe merecer el mismo mal que ha causado. Él justificaba esta idea con el *ius talionis* (la ley del talión), por ser la retribución justa al mal causado.<sup>14</sup>

La ideología kantiana de la pena es de naturaleza puramente subjetiva, pues la imposición de la pena sólo será impuesta en la medida y en la cantidad del daño ocasionado por el delincuente, independientemente si sea conveniente y necesario para la sociedad que castiga.

---

<sup>11</sup> Estas teorías también se conocen como teorías absolutas, ya que se basan en una concepción de justicia material, concibiendo la pena como la retribución por el mal causado, ya que rechazan la búsqueda de fines fuera de la propia norma, por considerar que éstos lesionan la dignidad del ser humano (Demetrio, 1999: 58).

<sup>12</sup> Kant consideraba que la pena justa debía ser del mismo tipo que el delito cometido, Hegel no defendía que la conexión entre la pena y el delito residía en que fuera del mismo tipo, sino del mismo valor (Feijoo, 2007: 64).

<sup>13</sup> Incapacitación para hacer daño.

<sup>14</sup> En palabras del propio Kant: “Es necesario siempre que la pena se imponga al delincuente sólo por una razón: porque ha delinquido y por ello se merece la pena. Si el hombre es manipulado como un simple medio para otros fines, se le estará tratando como una cosa. ‘El hombre es un fin en sí mismo que no puede ser utilizado para otros fines’”. Ésa es la diferencia esencial entre personas y cosas. Hay que tener en cuenta, para entender la dimensión de esta argumentación el imperativo práctico de Kant: “Obra de tal modo que te relaciones con la humanidad, tanto en tu persona como en la de cualquier otro, siempre con un fin, y nunca sólo como un medio”.

Esta teoría es desarrollada en el seno de la moralidad, bajo el imperativo categórico kantiano: “Actúa sólo conforme a aquella máxima, que puedas querer que se convierta, al mismo tiempo, en una ley universal”.<sup>15</sup>

En conclusión, para Kant, el fundamento de la pena está en la retribución entendida subjetiva y consecuentemente, la medida de dicha retribución se encuentra en la ley del talión,<sup>16</sup> dejando claro que desde su perspectiva de la filosofía moral la pena debe ser una institución ajena a fines (Feijoo, 2006: 71).

*Las teorías objetivas de la retribución* desde la visión de Hegel. Hegel ve la pena en un “estado temporal”, siendo la primera diferencia con Kant, por lo que la pena debe tener el mismo valor simbólico que el delito, defendiendo por ello una teoría retributiva más moderna. Hegel desarrolla una teoría de la pena estatal como un instrumento que cumple una función dentro de su teoría del Estado.<sup>17</sup> La retribución es entendida como una garantía irrenunciable del estatus de ciudadano y no como una finalidad político-criminal de la imposición de la pena. A diferencia de Kant,<sup>18</sup> no tiene en cuenta sólo una dimensión subjetiva de la pena, sino que parte primordialmente de una dimensión objetiva y, en segundo término, de una dimensión social de la misma, siendo una perspectiva intersubjetiva.

Georg Wilhelm Friedrich Hegel afirma que el hecho delictivo representa un proyecto individual del autor que contradice el derecho como un orden racional. La lesión de ese orden racional es el delito, y la pena es el restablecimiento del derecho. Quizá resida aquí una de las diferencias fundamentales entre las teorías retributivas de Kant<sup>19</sup>

---

<sup>15</sup> Conforme a este imperativo moral, el que mata asume como ley válida que le maten, o el que despoja a otro de su propiedad asume que le puedan despojar también de la suya.

<sup>16</sup> La comparación entre el mal del delito y la pena de imponer no tenía un criterio fijo y se trataba de un criterio formal. Por ejemplo: al proponer la pena de castración para la violación o la pena de arresto por su carácter infamante para las injurias.

<sup>17</sup> Si se quiere entender correctamente la posición de Hegel, es importante tomar en cuenta que se trata del primer filósofo posterior a la Revolución francesa, por lo que intenta ofrecer una explicación de la sociedad posrevolucionaria.

<sup>18</sup> Mientras Kant fundamenta la pena en la retribución de la ruptura de un orden de justicia metafísico, Hegel fundamenta la pena dentro de un determinado estado, como retribución de la ruptura de las reglas jurídicas de relación.

<sup>19</sup> La ley del talión no puede servir como base para establecer esas diferencias valorativas, ya que lo único que importa es el resultado producido. Queda resaltada la arbitrarie-

y Hegel: el primero no trata el delito y su consecuencia —la pena— como relacionados en un plano simbólico, sino en un plano casual-externo (consecuencias del delito/consecuencias de la pena), siendo por ello preciso que el delincuente sufra realmente un mal físico.

La pena se determinará según la peligrosidad de la acción para la sociedad civil<sup>20</sup> (para la validez de la norma). La determinación de la pena no depende de la lesión a la víctima, si no del peligro que el delito encierra para la sociedad.<sup>21</sup> Hegel mantiene sólo un concepto absoluto o universal de pena, mientras la concreta configuración de la misma es relativa, conforme a la estabilidad de la sociedad, es decir, se debe responder al delito con una pena (teoría absoluta), que le dé estabilidad a la sociedad; pero la gravedad de ésta depende de las necesidades de la sociedad, lo que lo aproxima a las teorías relativas. La pena no sólo restablece conceptualmente el derecho sino que intenta restablecer la realidad o la vida social como una realidad conforme a él.

*La prevención general negativa.* Las teorías de la prevención general buscan sus efectos no sólo respecto al delincuente, sino respecto al resto de los ciudadanos o de la sociedad. Esto es lo que la diferencia del otro gran grupo de teorías preventivas, las teorías de la prevención especial, que pretenden que el delincuente condenado no vuelva a delinquir en el futuro. En la actualidad se mantienen dos versiones de prevención general: la negativa o intimidatoria, y la positiva, también denominada por autores como integradora.

*La teoría de la coacción psicológica* de Feuerbach. La construcción de esta teoría debe comprenderse a la luz época de la Ilustración, como su representación culminante, dominando la prevención intimi-

---

dad; desde el punto de vista de la justicia no se entiende porque debe existir una proporcionalidad entre males y no entre sufrimientos que podría llevar, en el caso concreto, al delincuente a sufrir algo distinto y más grave que su víctima (Feijoo, 2007: 107).

<sup>20</sup> Hegel aclara ejemplificativamente la peligrosidad, señalando que lo peligroso del delito como hecho aislado es su extensión como el fuego con su capacidad de contagio. Dimensión general es en la que el delito resulta peligroso (1993: 279).

<sup>21</sup> Ejemplifica Hegel esa cualidad o esa magnitud variable según la situación de una sociedad civil con el siguiente ejemplo: puede ser que en un momento sea adecuado castigar el hurto de una pequeña cantidad de dinero o de una zanahoria con la pena de muerte, y en otro momento un hurto de grandes proporciones se pueda saldar con una pena benigna. Es decir, el tema de la pena concreta ya no es un problema conceptual, sino una cuestión de racionalidad pragmática.

datoria. Feuerbach,<sup>22</sup> autor germano, con clara influencia filosófica kantiana, fue determinante en la legislación vigente de su época, debido a su gran labor práctica, pretendiendo liberar las bases del derecho penal de referencias éticas y vincularlas con los fines del estado liberal. Su visión del derecho como forma externa de aseguramiento de modo coactivo de la recíproca compatibilidad de iguales libertades de arbitrio es coherente con su teoría de la pena, por lo que un modelo liberal de estas características encuentra todo su sentido la teoría de la prevención intimidatoria conocida como la teoría de la coacción psicológica.<sup>23</sup>

Feuerbach concibe a los seres humanos como entes dominados por la codicia y por sus instintos, no como seres racionales, separándose así de la visión idealista del ser humano de Kant y Hegel. Con su visión pragmática propone que el Estado debe utilizar aquellos medios que impidan psicológicamente a los ciudadanos dañar a otros ciudadanos, es decir, impedir a los ciudadanos a tomar la decisión de lesionar derechos ajenos. Las inclinaciones en las pasiones o en los impulsos propios de la naturaleza sensitiva de los seres humanos son el fundamento de todo actuar antijurídico.<sup>24</sup> Por tanto, el Estado cuidará que aquel que tenga estas inclinaciones antijurídicas se vea impedido psicológicamente de verse, finalmente, determinado por ellas.

---

<sup>22</sup> En el marco de las construcciones que se pueden englobar bajo la denominación de “prevención general negativa”, cabe resaltar, por su carácter paradigmático, las aportaciones de Paul Johann Anselm von Feuerbach con la teoría de la coacción psicológica que, además, fue uno de los penalistas más decisivos del siglo XIX.

<sup>23</sup> La pena tiene como fin la intimidación de todos como posibles protagonistas de futuras lesiones jurídicas, que se ven inspirados en sus impulsos sensuales. La prevención general, por medio de la intimidación, tiene, además, como objetivo la aplicación efectiva de la sanción legal, ya que de lo contrario, la conminación no tendría sentido. Amenazar con algo que luego no se cumple es obvio que carece de lógica y va en contra de la idea inicial de amenaza.

<sup>24</sup> Feuerbach dice que la razón por la que alguien se va arrastrando en nuevo a cometer una acción antijurídica reside en la satisfacción o en el placer que le produce la acción cometida y, en sentido contrario, la frustración por la necesidad insatisfecha que se ambicionaba a satisfacer con el objeto deseado. Ya que no se pueden extirpar totalmente las “inclinaciones incívicas (antijurídicas)” mediante educación, no queda más remedio, respecto a los potenciales delincuentes, que reaccionar contra el propio apetito sensual con el apetito sensual, y neutralizar las inclinaciones con inclinaciones opuestas, los impulsos primarios a realizar el hecho con otros impulsos primarios.

Su función es evitar, mediante la coacción psicológica,<sup>25</sup> que tenga inclinaciones antijurídicas.

*La prevención especial.* Ésta únicamente pretende que la persona que sufre la pena no vuelva a delinquir, a diferencia de la prevención general. La pena tiene como objetivo apartar al condenado a cometer futuros hechos delictivos y prevenir la reincidencia.

Se considera a Von Liszt el que ha tenido más influencia en los sistemas de prevención especial, aunque en la actualidad no se lleven a cabo con tanta radicalidad y coherencia como el autor lo expuso.

*La prevención especial, según la visión de Von Liszt.* La teoría de Franz von Liszt se desarrolla en el siglo XIX, momento en el cual se iniciaba el pensamiento positivista<sup>26</sup> para dejar a un lado al pensamiento metafísico.<sup>27</sup> Von Liszt, desde el derecho penal, rompe con la teoría retributiva dominante hasta ese momento en la doctrina alemana,<sup>28</sup> planteando una nueva teoría político-criminal de corte realista o sociológica, cuyo objetivo era una pena de efectos prácticos que solucionara el problema de la delincuencia “pena-fin”; para lograr un tratamiento “científico” de la delincuencia y sustituir la pena basada en la retribución por el hecho a cualquier finalidad, como hasta el momento se había manejado.

Este autor alemán concibe el delito de la lucha contra el delito de una forma mecánica.<sup>29</sup> La manera en que debe desarrollar el derecho

---

<sup>25</sup> Al Estado no le queda otro medio de lucha contra ese dominio del “apetito sensual” que utilizar esos mismos elementos. Ya no se trata de implantar la razón (Hegel) o convenciones cívicas en los ciudadanos, sino de crear contraimpulsos o de modificarlos instintos en un sentido conforme con el ordenamiento jurídico.

<sup>26</sup> El positivismo es una forma mecanicista y técnico-científica, de enfrentarse a la visión del mundo que buscaba alejar a la tradición filosófica existente hasta ese momento: básicamente, el movimiento ilustrado y el idealismo alemán que había dominado a lo largo del siglo XIX; este cambio de paradigma, que supuso el pensamiento positivista para la ciencias sociales y para la filosofía, consistía en que todo conocimiento debía basarse en un método empirista denominado “método científico”.

<sup>27</sup> La metafísica se caracterizaba metodológicamente por su antiempirismo, dominaba una filosofía idealista alemana gracias a autores como Kant, Hegel y Fichte.

<sup>28</sup> La filosofía alemana en ese tiempo se encontraba estrechamente ligada con la filosofía moral.

<sup>29</sup> En todas las obras de Franz von Liszt se puede apreciar la aplicación de la teoría de la evolución de las especies de Darwin a los procesos sociales, adaptándolo a lo que ahora se conoce a darwinismo social.

penal con nuevas funciones político-criminales, las que quedaron presentadas en el “Programa de Marburgo” en 1882.<sup>30</sup>

Para Von Liszt, la pena es definida como la protección de bienes jurídicos mediante la lesión de bienes jurídicos —es sólo un medio para el fin que se persigue.<sup>31</sup> Esta coacción puede tener una doble naturaleza: coacción psicológica o motivación indirecta o mediata; por lo que la pena proporciona al delincuente los motivos adecuados para actuar contra la comisión de hechos delictivos, le fortalece e incrementa los motivos ya existentes, buscando eliminar su tendencia a delinquir mediante la corrección, esto puede ser desarrollado y fortalecido las motivaciones altruistas o sociales; o bien, mediante intimidación, esto es, implantando y fortaleciendo las motivaciones egoístas o de lo contrario tendrá que ser mediante la coacción mecánica directa o inmediata o la violencia.<sup>32</sup>

Por ello, en el “Programa de Marburgo”, Von Liszt establece los diversos fines preventivo-especiales que debe cumplir la pena en función del tipo de delincuente<sup>33</sup> al que va dirigida:

Delinquentes peligrosos todavía corregibles: corrección de los delinquentes capaces y necesitados de corrección.

Delinquentes ocasionales: intimidación de los delinquentes no necesitados de corrección.

---

<sup>30</sup> Franz von Liszt establece una orientación positiva biosociológica. El delito tiene base predeterminada. Se adhiere a los principios de la escuela de Marburgo. Von Liszt al pronunciar una conferencia en 1882 en la Universidad de Marburgo, enuncia los postulados de esta nueva corriente ideológica. Posteriormente desarrolla su pensamiento en varios trabajos y muy particularmente en su tratado de derecho penal. Von Liszt sostuvo que el delito es el resultado de causas de diversa índole, unas de carácter individual, otras de carácter externo, físicas y sociales, primordialmente económicas. La pena se justifica porque mantiene el orden jurídico y como consecuencia de ello, la seguridad social. La pena es de carácter preventivo y no sólo retributivo.

<sup>31</sup> La pena no es retribución, sino coacción (reglada) que se dirige contra la voluntad del delincuente.

<sup>32</sup> La pena pasa a ser así una retención del delincuente, una inocuidad temporal o permanente expulsión de la sociedad a partir del internamiento. Se trata de una selección no natural del individuo no idóneo socialmente.

<sup>33</sup> En este planteamiento naturalista o general, la pena es vista para la protección de bienes, por lo que debe haber una intervención especial y coherente según el tipo de delincuente.

Delinquentes reincidentes:<sup>34</sup> Inocuidización de los delinquentes no capaces o no susceptibles de corrección (Feijoo, 2006: 191).

Con estos últimos, la propuesta del autor es el encierro indefinido<sup>35</sup> en aras de proteger a la sociedad de finales del siglo XIX contra este tipo de delinquentes y así eliminar a los elementos enfermos que no se integran y se mejoran. La propuesta de nuestro autor alemán es que los encierros deben ser en presidios especiales y los delinquentes deberán realizar trabajos forzados explotándolos lo máximo posible, además, si es necesario, se utilizaría el maltrato físico o los castigos corporales, el arresto a oscuras o aun ayuno riguroso como pena disciplinaria. Es decir, carecer permanentemente de sus derechos como ciudadanos. Pero con la esperanza de pasar, con el paso del tiempo, a instituciones de corrección, y si existiera reincidencia provocaría la vuelta a estas casas de trabajo.

La clase, gravedad y la ejecución de la pena depende, fundamentalmente, de la peligrosidad<sup>36</sup> del delincuente, y no de la gravedad del hecho.<sup>37</sup> Por lo que dependiendo del tipo de delincuente será la pena, para Von Liszt los únicos que merecen mayor atención son los delinquentes habituales incorregibles, quienes deben ser neutralizados a cualquier precio. La delincuencia ocasional debe ser tratada y corregida, empero, considera que no hay una disposición al volver a delinquir; sus delitos obedecen a la concurrencia de circunstancias excepcionales (Feijoo 2007: 189).

*Las teorías de la unión o mixtas de la pena.* Estas teorías reúnen las múltiples perspectivas y funciones que puede desempeñar la pena

---

<sup>34</sup> Von Liszt muestra especialmente preocupación por los delinquentes habituales o reincidentes irrecuperables. Afirmando que se debe proteger a la sociedad a pesar de que haya detrimento de los derechos individuales. Según este autor, todo individuo peligroso para la comunidad debe de ser inocuidado en interés de la colectividad.

<sup>35</sup> La frialdad y el mecanicismo de Von Liszt llega al extremo que considera que los delinquentes condenados tres veces por determinados delitos que cometen habitualmente deben ser inocuidados mediante un encierro indefinido

<sup>36</sup> Gracias a Von Liszt, en la actualidad el concepto de prevención se encuentra relacionado con puesta en peligro o lesión de los bienes jurídicos.

<sup>37</sup> Von Liszt propone una clasificación de cinco grupos de delinquentes: 1) delincuente nato o instintivo o por tendencia congénita; 2) delincuente loco; 3) delincuente habitual; 4) delincuente ocasional; 5) delincuente pasional.



en sus diversas variantes, pretendiendo salvar las contradicciones o antinomias existentes entre los fines de la pena.<sup>38</sup>

*Teorías retributivas de la unión.* También conocidas como las “teorías del espacio de juego”, entendidas así por el margen de maniobra o libertad de movimiento judicial en el momento de la determinación de la pena concreta. Esta teoría mezcla una serie de consideraciones orientadas tanto a la culpabilidad como a la prevención. Se considera como precursor de esta teoría al hegeliano Barner, quien propuso en 1845 la retribución justa, como el establecimiento del derecho mediante la anulación del injusto, determinaba el sí de la pena y un máximo y un mínimo.<sup>39</sup> Mientras no menoscaben la función esencial de la pena que es la retribución, es posible tener (limitadamente) en cuenta ciertos fines preventivos.<sup>40</sup> La pena retributiva se ve complementada así con fines preventivos. El *quantum* de la pena no se encuentra en la tradición de esta teoría absolutamente determinada, sino que se presenta un margen de maniobra entre un máximo y un mínimo que debe determinar el juzgador en el caso concreto de acuerdo con ciertas necesidades preventivas. Por encima de ese máximo, la pena se convierte en venganza sin medida y por debajo del mínimo,

---

<sup>38</sup> En realidad, las teorías de la unión no son tales, pues para su entendimiento debe otorgársele un fundamento retributivo o preventivo instrumental general o especial a la pena. Debido a que, dentro de estas teorías se pueden encontrar planteamientos diversos sobre el sentido último de la pena estatal, como señala Jakobs (2006: 149): “Las denominadas teorías de la unión no unen nada –o es poco lo que unen– en un todo sino que suman funciones abiertas y latente de la pena, por regla general, en el marco de una función que limita a todas las demás”. Por lo que se trata de saber si es la idea de retribución o alguna de las ideas preventivas la que juega un papel protagonista como teoría de la pena. Decidiendo cuál es el sentido que tiene la pena o bien, su rostro definitivo.

<sup>39</sup> La pena adecuada a la culpabilidad no es una pena puntual o numérica exacta, sino que comprende un marco (el espacio de juego se cierra) que no puede superar ni ser inferior a la pena adecuada a la culpabilidad. Cuando se trataba de determinar el carácter, tipo y la medida de la pena eran ya las consideraciones preventivas (de prevención especial y general intimidatoria) las que tenían un importante papel dentro de ese margen que dejaba la pena adecuada al hecho.

<sup>40</sup> La gran aportación de estas teorías clásicas o retributivas de la unión fue entender que la retribución no es un sentido absoluto opuesto a cualquier finalidad, como se había entendido clásicamente, sino que una pena que tenga como fundamento o presupuesto la retribución puede jugar también un papel de prevención de delitos. Se puede aspirar a una prevención basada en la retribución, no siendo esta característica básica de la pena un patrimonio privado de las teorías absolutas

en conveniencia. Ambos casos caen en una injusticia, atentando contra el fundamento retributivo de la pena estatal.<sup>41</sup>

*Teorías preventivas de la unión.* Es importante señalar que la prevención especial mediante la idea de resocialización a finales de los años sesenta del siglo XX tuvo un gran auge, por lo que surgieron las teorías de la unión que intentaban compatibilizar las aportaciones de las teorías retributivas con las teorías preventivas, pero en ese momento histórico pasando ya a otorgarles un mayor peso a estas últimas.<sup>42</sup>

*La teoría dialéctica de la unión* de Roxin. Es la teoría de mayor influencia y más conocida de Roxin, que propone combinar los diversos conceptos de los fines de la pena, de tal manera que sus defectos se vieran recíprocamente neutralizados, logrando equilibrio en sus principios para lograr una concepción superior. La versión dialéctica pretende superar los evidentes inconvenientes metodológicos de las “teorías aditivas”. Roxin creó un modelo<sup>43</sup> que está compuesto por tres diversas fases de la pena, la cual cumple una función distinta en cada fase, aunque como señal de este autor, tampoco sea posible hacer una separación tajante.

---

<sup>41</sup> Al partir de la teoría de Hegel sobre la pena, desde su fundamento es la idea de retribución jurídica por lo que no se trata exactamente de una teoría de unión. Por tratarse de una teoría retributiva, es una teoría que presenta ciertas incoherencias sistemáticas en la medida que permite tener en cuenta fines ajenos a la culpabilidad para la determinación de la pena, siempre que la pena resultante no guarde desproporción con la correspondiente a la culpabilidad por el hecho, es más, sin dichos fines preventivos ajenos a la culpabilidad no es posible determinar la pena concreta e imponerla, quedando fuera la imposición de penas desproporcionadas con la culpabilidad por el hecho.

<sup>42</sup> En este caso, también la reforma del derecho penal alemán buscó una solución de compromiso entre el proyecto oficial de código penal en el que primaba la idea de retribución, y el proyecto alternativo en el que primaba la idea de resocialización. La solución fue que el derecho penal alemán se mantuvo como un derecho penal de culpabilidad, pero manteniendo un claro acento preventivo- especial. Sin embargo, en la práctica la tradicional teoría del espacio de juego ha seguido siendo la teoría más utilizada por la jurisprudencia alemana, ya que es la que deja abierta la cuestión de si se otorga preponderancia a unos aspectos o a otros. Las reglas de determinación de la pena del Código Penal alemán son una solución al compromiso mal cerrado de dos proyectos de Código Penal (el oficial y el alternativo) que tenían orientaciones político-criminales muy distintas y casi opuestas.

<sup>43</sup> En su propuesta, Roxin trata de superar los problemas tradicionales de las teorías unificadoras

Roxin creó un modelo<sup>44</sup> en el que se distinguían tres diversas fases de la pena, la cual cumple una función distintiva en cada una de dichas fases:

- Conminación legal abstracta: Prevención general negativa
- Imposición y determinación de la pena negativa (aplicación judicial): Retribución o pena adecuada a la culpabilidad que limita los fines preventivo-generales y preventivo-especiales y, sobre todo, en caso de criminalidad mediana y leve, prevención especial.
- Ejecución de la pena: Prevención especial entendida como resocialización (Feijoo, 2007: 243).

Determinar la pena acorde al grado de culpabilidad tiene fines preventivos y, al mismo tiempo, impone a dichos fines preventivos ciertos límites necesarios en el marco de un Estado de derecho.<sup>45</sup> El juez debe por ello someterse a la limitación de que la pena no puede sobrepasar la culpabilidad del autor. Es decir, la culpabilidad no hace necesaria la pena sino que tan sólo legitima o justifica la imposición de la pena concreta al autor.

En su manual, Roxin resume su teoría de la unión con estas palabras.

La teoría penal aquí defendida se puede resumir de la siguiente manera: la pena sirve a los fines de prevención especial y general. Se limita en su magnitud por la medida de la culpabilidad, pudiendo quedar por debajo de dicha medida en tanto lo hagan necesario las necesidades preventivo-especiales y a ello se opongan las exigencias preventivo-generales mínimas.<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> La teoría dialéctica pretende superar los evidentes inconvenientes metodológicos de las teorías aditivas. Siendo consciente de los problemas tradicionales de las teorías unificadas.

<sup>45</sup> La teoría dialéctica de la unión de Roxin es propia de su época, por ser de una naturaleza predominantemente preventiva, ya que deja la idea de retribución en segundo plano, con una función limitativa o garantista. No le otorga al principio de culpabilidad un carácter fundamental, sino sólo como límite del poder punitivo y de las consecuencias político-criminales que se pueden buscar con la imposición de la pena.

<sup>46</sup> En resumen, nadie puede ser penado por encima de su culpabilidad, sólo puede ser impuesta dentro de los límites de lo preventivamente necesario.

Por eso la pena puede ser en ciertos casos inferior a la apropiada a la culpabilidad si está justificado desde una perspectiva preventivo-especial. Roxin no se plantea, pues, el fundamento de la pena, sino sus límites intrínsecos.<sup>47</sup>

Por otra parte, la prevención general es la finalidad que da sentido a la pena, pues ésta se determina no sólo por los mínimos,<sup>48</sup> sino también por los máximos, junto con las necesidades preventivo-generales, al igual que éstas no pueden hacer que la pena supere la medida proporcional o adecuada a la culpabilidad o la pena justa. Es decir, a pesar de las apariencias por su insistencia en los efectos preventivo-general de la unión. Por ello, parece que la misión esencial de la culpabilidad como presupuesto de la pena consiste en determinar los máximos respecto a la prevención general intimidatoria (Feijoo, 2007: 249).

*Las teorías psicológicas de la prevención general positiva.* La prevención general se ha ido modificando, difuminándose el peso del aspecto intimidatorio. Ello ha provocado que se venga entendiendo que los destinatarios del mensaje comunicativo de la pena ya no son exclusivamente los delincuentes potenciales o los sujetos dispuestos a infringir las normas, sino toda la sociedad. Si se requiere formular en términos más individuales, todos los integrantes de la sociedad, o todos aquellos que potencialmente pueden llegar a ser víctimas (inmediatas o mediatas en el caso de delitos contra bienes jurídicos colectivos) de un delito. Este cambio de perspectiva, sea formulado de forma sociológica o personal, es un punto de partida para un nuevo paradigma preventivo que se ha canalizado bajo denominaciones como “prevención general positiva” o “prevención-integración”. Los efectos preventivos ya no se buscan ni en el que ha de delinquir en el futuro.

En el marco de estas teorías de la prevención general no intimidatoria, se engloban dos tendencias diferentes: una que busca básica-

---

<sup>47</sup> Las diferencias con la teoría del espacio de juego no son reseñables. Si ésta pretendía tener en cuenta los fines preventivos dentro del marco de pena adecuado (por abajo y por arriba) a la culpabilidad, la consecuencia de la teoría de Roxin es marcar primero la teoría preventiva adecuada (de acuerdo con criterios de prevención especial y prevención general) y tener en cuenta la culpabilidad sólo como límites del máximo de pena a imponer. A diferencia de la tradicional teoría del espacio de juego, la culpabilidad no marca límites inferiores y superiores de la pena, sino el límite superior.

<sup>48</sup> Prevención especial se puede tener en cuenta en el marco determinado por las necesidades preventivo-generales, hablando Roxin de un “mínimo preventivo-general”.

mente prevenir creando efectos psicológicos en los ciudadanos para que estén dispuestos a respetar las normas, y otra que parte de una perspectiva más funcional, la influencia de la pena en el sistema social o en las dinámicas sociales.

## Teoría neoproporcionalista

Esta teoría sobre la determinación de la pena desarrolla criterios de proporción con el hecho, en el marco de una teoría de la prevención general intimidatoria, desligando la justificación social de la pena de los criterios que sirven para distribuir las penas en concreto. Esta teoría se ve plasmada actualmente en nuestra Constitución federal en el artículo 22, párrafo primero, última hipótesis, por lo que es necesario conocer sus orígenes.

La teoría de la pena proporcional al hecho fue comandada por Von Hirsch y ha tenido un desarrollo brillante por parte de Julia Hörle<sup>49</sup> en Alemania.

Este modelo de determinación de la pena se encuentra orientado retrospectivamente y no prospectivamente, representa uno de los intentos más serios de desarrollar una teoría de la determinación de la pena relacionada con la idea de una prevención general limitada por la culpabilidad y la proporcionalidad con el hecho delictivo.<sup>50</sup> La

---

<sup>49</sup> La teoría proporcionalista tiene un origen anglosajón y escandinavo, en la actualidad es uno de los modelos teóricos de mayor empuje en la doctrina alemana, especialmente por las interesantísimas aportaciones de Hörle en esta materia. Entre los países escandinavos este movimiento político-criminal ha tenido mayor influencia en Finlandia y Suecia que en Noruega y Dinamarca. En el ámbito doctrinal alemán el modelo teórico tiene su origen en Schönemann, quien ha desarrollado, ante las experiencias anglosajona y escandinava, una teoría de determinación de la pena en el marco de la doctrina alemana que elimina como factores decisivos de determinación todos aquéllos relacionados con la prevención especial o con la personalidad del autor, en una línea que va cobrando gran importancia en la doctrina alemana y que le ha colocado en el centro del debate actual sobre individualización judicial de la pena en el ámbito de habla alemana.

<sup>50</sup> No es posible entender la teoría de la pena proporcional al hecho si no es en el contexto de su oposición teórica a los efectos perniciosos de una praxis judicial orientada a la prevención especial. Una de las objeciones tradicionales contra la teoría de la prevención especial como criterio de legitimación de la pena es que disponemos de la experiencia de cómo las prácticas resocializadoras intentadas a lo largo de los años sesenta y setenta en diversos países (sobre todo en algunos estados de Estados Unidos, Holanda y en algunos países escandinavos como Suecia o Noruega) han supuesto una decepción (*nothing works*

idea esencial es que se trata de buscar cuál es la pena justa que el autor debe soportar por su hecho, más que centrarse en buscar con la pena influencias en el propio autor o en terceros (Von Hirsch, 1987: 48). Mientras la conminación penal abstracta estaría dirigida a los potenciales delincuentes, ésta es una orientación que, según los neoproporcionalistas, no puede tener cabida en el momento de imposición judicial de la pena, donde pasarían a primar las valoraciones desde la perspectiva de la víctima (del desvalor del resultado o afectación al bien jurídico).

Los aspectos incluidos en la teoría de la pena proporcional al hecho que metodológicamente sirven de partida para el desarrollo de una teoría de la individualización judicial de la pena los siguientes:

La teoría de la determinación de la pena no es más que una teoría sobre los factores relacionados con el injusto y la culpabilidad que configuran el significado comunicativo del hecho concreto (Zaffaroni, 200: 158).

---

—nada funciona—, en conocida expresión del estadounidense Martinson a modo de epitafio). Ante esta situación, en los países citados surgió una corriente doctrinal (con posteriores triunfos legislativos) de abandono de la ideología resocializadora como función exclusiva del derecho penal y de recuperación de un sistema tradicional garantista que ha sido definido —con mayor o menor fortuna— como neoclásico, en el que los hechos y la pena se ven determinados antes de la comisión del hecho y de la ejecución de la sentencia. Ello supuso el intento de volver a una estricta vinculación con los principios liberales clásicos (vinculados tradicionalmente a la teoría de la prevención general) de previsibilidad, seguridad jurídica, igualdad y estricta proporcionalidad que la ideología resocializadora había puesto en entredicho.

Lo que tienen en común los diversos autores que se pueden englobar bajo esta contracorriente neoclásica, que se caracteriza por buscar una mayor justicia, igualdad y transparencia en el ámbito de la determinación de la pena, es que intentan combatir la idea de que la medida de la pena se pueda ver incrementada en función de los pronósticos que se puedan hacer sobre sucesos y evoluciones futuros. Los autores denominados como neoclásicos o proporcionalistas han venido propugnando una concentración en las características del hecho a la hora de determinar la pena porque entendieron que las tendencias preventivo-especiales existentes hasta los años setenta y ochenta en países como Estados Unidos, Suecia o Finlandia concedían al órgano judicial una discrecionalidad excesiva que estaba conduciendo a una aplicación desigual del ordenamiento jurídico-penal y a un trato discriminatorio de determinados individuos o tipos de individuos. Hay que resaltar que en esta evolución son decisivos los trabajos de Von Hirsch en 1976, autora decisiva en el actual estado de discusión sobre la pena, especialmente por representar un puente entre la tradición anglosajona y escandinava y la tradición germana. Esta teoría es una reacción pendular crítica con las consecuencias prácticas que han tenido en ciertos países las orientaciones preventivo-especiales (con grandes agravaciones punitivas para autores reincidentes), buscando una pena adecuada a la conducta reprochable del autor.

Cuáles son los datos relevantes del hecho delictivo para modular la pena hacia arriba o hacia abajo, es una cuestión que sólo puede ser resuelta de acuerdo con un concepto material de delito. De esa manera se lograría eliminar la arbitrariedad, al vincularse los criterios de determinación de la pena (del cómo) a los mismos criterios que sirven para decidir si se impone pena o no. Sólo si sabemos por qué definimos una conducta como delito, es posible graduar la pena adecuada a un hecho concreto.

Hörle, con su teoría de la proporcionalidad al hecho, establece una orientación de la determinación de la pena a la teoría del delito o al injusto culpable, considerando que la determinación de la pena debe hacerse depender sólo de la gravedad del hecho, es decir, de la dimensión del desvalor del hecho. Por lo que deben identificarse los factores que en casos concretos permitan realizar adecuadamente el desvalor del hecho delictivo. Como señala esta autora, la orientación al sistema del delito: *a)* facilita teóricamente la fundamentación de por qué un expreso factor de determinación de la pena debe ser introducido en el catálogo de los datos a tomar en consideración, *b)* permite la normativización de los factores de determinación de la pena, y *c)* además, ayuda a aprovechar el grado de desarrollo que ha alcanzado la teoría jurídica del delito.<sup>51</sup>

## **Críticas a la teoría neoproporcionalista**

En el sistema jurídico mexicano la composición epistémica e integradora para determinar la pena ha fijado una postura. Uno de los aspectos más claros, tomando como referente la idea de que la culpabilidad es uno de los parámetros en el momento de la individualización de la pena, que se convierte en una referencia para evitar los excesos en cuanto a la imposición de una pena; en ese sentido, debe conside-

---

<sup>51</sup> Desde una perspectiva práctica, la orientación a la teoría jurídica del delito permite excluir factores de determinación de la pena que son utilizados como factores de incremento de la pena a pesar de que carecen de vinculación normativa con el injusto o con la culpabilidad. Todo ello racionaliza un ámbito tan necesitado de racionalización como es la actividad de determinación de la pena y permite una mejor comparación entre casos para intentar evitar la arbitrariedad y la inseguridad lo máximo posible y, con ello, un mayor control de este aspecto por parte de tribunales superiores.

rarse que un modelo cuantitativo de referencias preventivas tiene como resultado un referente valorativo que en el mejor de los casos es práctico, pero sus mismas cualidades lo hacen vago.

Pues resulta por demás evidente que el parámetro que define el límite de una aplicación matemática, si bien precisa en cuanto al proceso o referente material, así como los resultados que implican su superposición tangencial, no tiene sino un resultado que en nada desestima la superposición de los excesos preventivos que representan la culpabilidad por el hecho, lo que se traduce en la mera existencia de una tabla matemática que da un resultado práctico, con resultados estadísticos universalmente aceptados que sólo define los mínimos y máximos que deben usarse en los casos en concreto.

No obstante, la prescripción universal con parámetros generales crea sistemas tan universales que dejan de incluir la interrogante de lo que es una pena adecuada a la culpabilidad por el hecho, pues si bien las penas pueden imponerse derivadas de la violación de una norma jurídica y eso posee una correlación universal, eso no implica que en su imposición dejen de considerarse las necesidades preventivas que necesariamente surgen en el marco de una aplicación local, con características tan propias que su exclusión rompe con la congruencia y, por tanto, transgrede la cientificidad que estos modelos implican, dejando a un lado el principio de culpabilidad, que se convierte en un componente que limita los aspectos que pueden ser tenidos en cuenta para incrementar una pena.

Sin embargo, la solución tampoco se encuentra en una proposición que considere en cuanto a su definición los mínimos o máximos de pena a imponer, basados en la validez territorial de un ordenamiento positivo, caso particular, lo que observamos hoy día en el sistema jurídico mexicano, el cual no se encuentra sujeto a la idea de culpabilidad por el hecho, sino por las necesidades preventivo generales, condicionadas por determinados valores vigentes en un segmento social específico de dicha sociedad.

Nuestro sistema penal mexicano se encuentra en una bifurcación que da vigencia territorialmente a dos normas: por un lado el Código Penal Federal y por el otro los códigos penales locales, dividiendo sus determinaciones respecto al tipo penal específico dentro de una ley con vigencia territorial, esto es, en cuanto a los delitos federales o delitos locales, en los que la pena mínima varía desde meses o multa



hasta la aplicación de penas máximas que en caso particular lo sería la pena vitalicia, la cual ya es aplicada en los estados de: México, Chihuahua, Veracruz, Puebla y Quintana Roo, impuestas por la comisión de delitos como: feminicidio, secuestro, homicidio y extorsión, según sea el caso, bajo variantes que se particularizan dependiendo la entidad en donde encuentre vigencia ilícitos específicos.<sup>52</sup>

Entendemos claramente que el tratamiento de la pena se da en miras de preverla como una institución social que se alimenta de situaciones concretas y que serán proporcionales a la gravedad comunicativa del hecho en los diversos foros sociales.

Al respecto, Bernardo Feijoo realiza una crítica en la que expone razones en cuanto a la imposición de este tipo de penas, entre las que destaca la que toma en consideración la expectativa de vida que hoy día alcanza el género humano, lo que implica, necesariamente, el sometimiento a un tratamiento por demás inhumano o denigrante, totalmente desvirtuado de la orientación a la resocialización que pretenden los esquemas de readaptación impuestos en el mundo, al menos occidental; en México este precepto es contemplado por el artículo 18 constitucional, lo que lo hace una pena necesaria (Feijoo, 2007: 679).

Debe decirse que tomar como parámetro a la culpabilidad no es en sí misma suficiente, pues no sería capaz de fijar cuál es el máximo de pena adecuada o necesaria en una sociedad específica. El mismo criterio es aplicado a los marcos legales, lo cuales dependerán proporcionalmente de criterios subjetivos, determinados por la utilidad en la realidad de la sociedad o por factores que son establecidos únicamente por razones preventivo generales.

En un marco por encontrar un parámetro viable en cuanto a la determinación de la pena y su consecuente proporcionalidad, es necesario tomar en consideración a Von Hirsch, quien conceptualmente divide la proporcionalidad en absoluta o cardinal y proporcionalidad relativa; para los fines de lo que se estudia, es necesario analizar la correlativa a la proporcionalidad relativa dentro de un sistema jurídico, misma que emerge cuando existe una dependencia con el contexto

---

<sup>52</sup> Resulta controversial la utilización de elementos cuantificantes basados en efectos o consecuencias sociales para la determinación de la pena; la respuesta jurídica entonces se ve inmersa de efectos latentes o fenómenos que acompañan a las penas, sin que en muchos de los casos, tanto esos efectos como esos fenómenos sociales sean viables para darle sentido al alcance del ilícito con relación a la determinación de la pena.

histórico cultural, la gravedad del hecho delictivo y cantidad de pena; precisamente la proporcionalidad relativa se ve inmiscuida en la aplicación de la fórmula “cuanto más grave el hecho, mayor debe ser la pena” a partir de la idea de que “las personas condenadas por delitos de gravedad semejante deberían recibir castigo de severidad también semejante. Las personas condenadas por delito de distinta gravedad deberían recibir castigos correspondientes graduados de acuerdo con su severidad” (Von Hirsch, 1987: 45).

Se verifica, entonces, que si la determinación legal de la pena se establece por razones preventivas generales, el principio de culpabilidad no puede delimitar la pena que, en concreto, le corresponde por un determinado hecho.

Así, un principio de culpabilidad por el hecho sólo exige la imposición de una pena concreta, frente a todo aquello que pueda afectar a la pena, para precisamente imponer un hecho que está relacionado, pero no con otras consideraciones ajenas a él; es decir, los elementos que se analizan para la individualización de una pena tendrían, necesariamente, que ser elementos inmanentes al delito. De esta forma, la teoría de la determinación de la pena no es más que una teoría sobre los factores relacionados con el injusto y la culpabilidad, lo que modifica el significado de un hecho concreto.

En ese entendido, es preponderante la sujeción del principio de culpabilidad, pues con ello se asegura no sólo el desarrollo de la proporcionalidad, sino que obliga a que conlleve una sujeción comunicativa.<sup>53</sup>

En ese mismo orden de ideas se encuentra la pena concreta, que es un sistema que señala que la pena es necesaria respecto a un hecho concreto para estabilizar la norma que depende de la situación y necesidades de una determinada sociedad (lo cual se concreta en los marcos penales de cada delito). La teoría propone la culpabilidad por el hecho como referente de la determinación de la pena, propuesta que impide que el condenado se convierta en un medio de lucha contra la delincuencia o en chivo expiatorio, situación que produce incerti-

---

<sup>53</sup> Gallas refiere al significado del hecho para la generalidad; mismo que desde su línea retribucionista hegeliana busca orientar la determinación de la pena, tomando como base al ajuste valorativo entre delito y pena, el cual depende de la configuración social, es decir, de las relaciones sociales de libertad.

dumbre dentro de las estructuras sociales, y que tiene como consecuencia la producción de una intranquilidad a un gran número de ciudadanos.<sup>54</sup>

Estas teorías dependen de los sentimientos generados por factores masivos de comunicación como la televisión, las revistas o los periódicos, que son los medios idóneos para crear incertidumbre social, ya que son estos *mass media* los que en un acto de capricho, en defensa de un punto de vista lesivo para su audiencia o lectores, solicitan agravar las penas en la medida del hecho que difunden.

Sin embargo, debe considerarse que los medios de comunicación no son un medio fiable que refleje una realidad, pues sólo en comunidades muy pequeñas ciertas situaciones concretas pueden influir en la determinación de una pena.

Una sociedad específica está al tanto de un hecho delictivo que se está cometiendo con frecuencia o sobre el que existe una creencia general de que se repite frecuentemente y esa atención depende, en gran medida de los medios de comunicación; es decir, se suscita una interrelación entre intereses de los medios de comunicación por determinados delitos, consecuentemente se exige una mayor dureza colectiva de los órganos de justicia.

Es necesario clarificar que los medios de comunicación condicionan la política de determinación de la pena respecto a ciertos tipos de delitos que despiertan mayor interés en la población.<sup>55</sup> En el ámbito judicial también se puede constatar el fenómeno del populismo punitivo. Por esa razón el órgano de justicia no puede basar un agravamiento de la pena en la necesidad de ejemplaridad. La determinación debe ser responsable de su elección a la vigencia de la norma, y no uno sólo por diversas lesiones de diversos autores, lo cual sería contrario a la idea de culpabilidad de responsabilidad individual.

En ese sentido, este tipo de determinación no encuentra un sustento positivo, sino que en el mejor de los casos tiene un sustento socio-

---

<sup>54</sup> Las teorías preventivo-instrumentales proponen una determinación de la pena que contradice la propia determinación, pues acaban encerrando el peligro de que la función judicial se convierta, mediante la determinación de la pena concreta, en una instancia de ejecución de una política policial de seguridad.

<sup>55</sup> Existen estudios de práctica forense en Holanda, Alemania y Suiza que demuestran que hay delitos que despiertan mayor interés para penas que obligan al Estado a imponer penas más graves, pero que éstas no son la solución al problema, sino el combate al crimen.

lógico, el cual a pesar de tener una base empirista, carece de la incorporación *ex post facto*; no obstante el referente que implica la sujeción de los actos de la delincuencia organizada, pero que en el mejor de los casos plasma una realidad que dista en una justificante para la determinación de la proporcionalidad.

La pena, en estos casos, se puede llegar a ver disminuida teniendo en cuenta el contexto social de la acción delictiva. Si se producen diversos delitos como, por ejemplo, hurtos famélicos, esto se debe a una situación de crisis económica o social en un segmento específico, en el que la población se ve obligada a delinquir para sobrevivir, en la medida en la que el hecho delictivo sea imputable no en exclusiva a una falta de reconocimiento de la norma, sino básicamente, a una temporal situación que impide o dificulta el cuidado, lo que propicia la actividad delictiva, situación que debe ser tomada en cuenta para atenuar la pena.

En escenarios favorables los datos estadísticos, sólo en casos concretos, resultan excepcionales, pues con ellos se demuestra que una mayor actividad delictiva general no implica mayor culpabilidad de los infractores, sino que incluso puede suceder todo lo contrario. Evidentemente la situación social no beneficia a cualquier infractor, sino sólo aquellas que fueron motivadas por la situación de crisis con mayor profundidad.

En los casos donde se lesionan derechos colectivos, el autor debe ser castigado sólo de acuerdo con la medida de su responsabilidad (Jakobs, 2006: 156).

Sin embargo, respecto a este tipo de delitos, debe exceptuarse los delitos perpetrados por la delincuencia organizada, debido a que, siguiendo el pensamiento de Feijoo, en los grupos delictivos que desestabilizan o quebrantan a la sociedad sí se justifica la agravante de la pena, por lo que resulta aplicable que la pena sea proporcional al sentido del hecho; si es así, la sanción debe ser proporcional a la sanción, es decir, debe incluirse que dentro de la realización del ilícito su delito tiene un significado distinto para la generalidad; como la delincuencia organizada implica siempre una mayor pena debido a la lesión y a su significado para la vigencia del ordenamiento jurídico (Canció *et al.*, 2006: 548)

En el mismo sentido, debe agravarse la pena cuando ciertos datos o elementos del hecho implican poner en entredicho la validez de un

ordenamiento jurídico, por ejemplo, se puede castigar de forma más grave los casos de dolo directo que los de dolo eventual en la medida en la que aquél indique una mayor falta de reconocimiento de las normas (Canció *et al.*, 2006: 726), eso justifica además de la reincidencia habitual y la manera en la que se es castigado.

En nuestro sistema penal lo decisivo, a efecto de determinación de la pena, no son los efectos instrumentales que se pueden conseguir con ella o en la población, o bien en los potenciales delincuentes; sino en las ponderaciones valorativas relacionadas con la culpabilidad por la relevancia comunicativa del hecho. Nadie niega que en el caso de un delito cometido por o contra una persona famosa cuenta con mucha publicidad, lo que focaliza el interés de la prensa y exige una condena ejemplar, lo que puede estar investido de efectos sociopsicológicos, pero esta condena infringirá el principio de culpabilidad en la medida en la que a esa persona famosa ha acaparado más atención de los medios, quienes exigen se le aplique una pena mayor que a otra persona, no por algo que tiene que ver con su hecho, sino por ser el autor, el hecho con la víctima más conocida por la mayoría de la población, lo que no tiene nada que ver comunicativamente con el delito que ha cometido; lo anterior se justifica, pues impresiona más las penas a personas famosas, pero el principio de culpabilidad obliga a que no se pueda tener ese dato fáctico en cuenta.

## **El concepto de proporcionalidad en el artículo 22 constitucional**

El concepto de “proporcionalidad” está dotado de vaguedad y ambigüedad. Muchos autores buscan ver el concepto de proporcionalidad como principio, atribuyéndole dos diferenciaciones: en general, de la proporcionalidad se predica el adecuado equilibrio entre la reacción penal y sus presupuestos, tanto en el momento de la individualización legal de la pena (proporcionalidad abstracta) como en el de su aplicación judicial (proporcionalidad concreta).

Por lo cual, desde esta perspectiva, el principio de proporcionalidad se convierte en una base para la individualización de la pena<sup>56</sup> a

---

<sup>56</sup> La doctora Olga Islas –citada por Elena Ramos Arteaga (2009: 141)– dice que es importante señalar la diferencia de la expresión “pena” para interpretarse en tres sentidos

nivel legislativo,<sup>57</sup> judicial<sup>58</sup> y ejecutivo,<sup>59</sup> desde el momento en que trata de traducir el interés de la sociedad en imponer una medida de carácter penal, necesaria y suficiente, para la represión y prevención de los comportamientos delictivos, y por el otro, el interés del individuo en la eficacia de una garantía consistente en no sufrir un castigo que exceda el límite del mal causado, en otros términos, la minimización de la violencia en el ejercicio del *ius puniendi*.<sup>60</sup>

---

distintos, a saber: punibilidad es la comunicación de privación de la restricción de bienes del autor del delito, formulada por el legislador para la prevención general, y determinada cualitativamente por la clase del bien tutelado y cuantitativamente por la magnitud del bien y el ataque de éste. Punición es la fijación particular y concreta de privación por restricción de bienes de la autor del delito realizada por el órgano jurisdiccional para reafirmar la prevención general y determinar cuantitativamente por la magnitud de la culpabilidad. Pena es la real privación por restricción de bienes del autor del delito, que lleva a cabo el órgano ejecutivo para prevención especial y determinada en su máximo por la culpabilidad y en su mínimo por la repersonalización.

<sup>57</sup> La individualización legislativa es la amenaza estatal en virtud de que legislador no sólo criminaliza determinadas conductas, sino que valora y califica éstas por medio de una punibilidad, es decir, si considera que la conducta es grave, que el daño o peligro causado o corrido es mayúsculo, generará una punibilidad mayor y si la conducta es menos peligrosa, la punibilidad será mayor. El legislador cuenta con diversos medios para individualizar la pena:

1. Fijar circunstancias atenuantes de agravantes de la pena.
2. Establecer un régimen de medidas de seguridad para los inimputables.
3. La atenuación de la penalidad en relación con el estado mental del agente activo del delito.
4. Fijar beneficios para delinquentes que no han cometido delitos no graves.
5. Clasificar a los delinquentes en diversas categorías.

<sup>58</sup> La individualización judicial de la pena es la etapa en que se gradúa y determina la pena, pues el órgano jurisdiccional elige entre el conjunto de posibilidades la pena que debe aplicar, conforme a las facultades que la ley otorga y que prevalece previamente en el tipo penal del delito de que se trate, aplicando la más adecuada, tomando en consideración la gravedad del delito cometido, las circunstancias peculiares del delincuente y la culpabilidad de éste, de acuerdo con los artículos 7 y 52 del Código Penal federal.

<sup>59</sup> La individualización ejecutiva tiene su inicio en la fase siguiente al dictamen de la sentencia condenatoria y el respectivo incidente de ejecución, por virtud del cual la autoridad judicial, cumplida su función jurisdiccional, pone a disposición de la autoridad administrativa correspondiente al sentenciado, en los términos de la pena impuesta en la resolución condenatoria, obligando a esta última a ejecutar la pena en cumplimiento del mandato del órgano jurisdiccional.

<sup>60</sup> Vinculando la proporcionalidad con la función de prevención general de la pena, Alfredo Etcheberry (*Derecho penal, Parte general*, tomo I, 3a. ed., actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 35) invoca el balance de valores que debe tener en cuenta el legislador en el momento de la conminación penal para que se pueda cumplir eficazmente dicha finalidad. Lo que se pone en dicha balanza es, por un lado, el aprecio que siente el legislador por los valores que quiere proteger, y por el otro, el precio que el even-

Si bien el principio de proporcionalidad a nivel constitucional busca responder de manera generalizada a la “necesidad de asegurar la supremacía del contenido de las normas relativas a derechos fundamentales frente a la necesaria regulación legislativa” (Sánchez, 2007: 21). La definición del significado de proporcionalidad es indefinida<sup>61</sup> en el derecho –no así en términos matemáticos.<sup>62</sup> Criterios de la Suprema Corte de la Justicia de la Nación<sup>63</sup> nos dejan en la misma interrogante, pues hasta la fecha son pocas las tesis que hablan sobre el concepto proporcionalidad contemplado en nuestro artículo 22 constitucional,<sup>64</sup> sin embargo, ninguna de ellas nos dan respuesta a cómo utilizarlo.

---

tual delincuente siente por los bienes de los cuales se le amenaza con privarlo. Dicho balance debe operar a favor del individuo en obediencia a que, como sea, el ideal jurídico es que la pena llene en el más alto grado de su función y sus fines inherentes, con el mínimo de mal para el delincuente. Solamente se logrará con un régimen sancionatorio que sea, al mismo tiempo, eficiente y respetuoso de la persona humana.

<sup>61</sup> Rubén Sánchez Gil (2007: 9), al principio de su obra, explica a la proporcionalidad en términos arquitectónicos definiéndola como “la cualidad percibida por el ser humano en la naturaleza y comprobada por el ser humano en la naturaleza y comprobada formalmente a partir de procedimientos matemáticos y serias investigaciones. Consiste en una relación adecuada entre cosas diversas, y evoca las ideas de orden y armonía entre ella”. Sin embargo, a nuestro criterio, si adoptáramos dicha definición para nuestro objeto de estudio, caeríamos en dilucidar terminología metafísica que nos lleva a perdernos en otro tipo de discusiones que no son parte de nuestra investigación.

<sup>62</sup> La proporcionalidad es una relación o razón constante entre magnitudes medibles. Las primeras compañías europeas fueron fundadas por armadores navieros de Italia. Empiezan en el siglo IX. La aritmética negocial, tomada de los árabes por Leonardo de Pisa, tuvo una gran aceptación y uso en Europa en esa época. Se aplicaba en la resolución de problemas vinculados en la repartición de beneficios y pérdidas que acarreaban las actividades de dichas empresa navales. Éstos consisten en distribuir un número en partes proporcionales a otros varios y diversos. Pueden presentarse los repartos directos o inversos o compuestos. “Para repartir un número dato en partes directamente proporcionales a diversos números enteros positivos, se multiplica el número a repartir por cada uno de los enteros y se divide por la suma de todos ellos”. Ejemplo, repartir 120 en partes directamente proporcionales a 2, 3 y 5. Solución de la ecuación: El primero recibirá  $2k$ , el segundo  $3k$  y el tercero  $5k$ . Los tres reciben  $2k + 3k + 5k = 120$ , de donde  $10k = 120$ . De modo que la incógnita  $k = 120/10 = 12$ . Así al primero le toca  $12 \times 2 = 24$ ; al segundo,  $12 \times 3 = 36$ ; al tercero,  $12 \times 5 = 60$  (Galdos: 2003)

<sup>63</sup> En los criterios de la novena y décima época del *Semanario Judicial de la Federación* encontramos tesis aisladas sobre interpretaciones del principio de proporcionalidad, como los registros 2007341, 2007343, 2006631 y 2006249, sin embargo, al ser tesis aisladas aún no son obligatorias, quedando como simples criterios interpretativos.

<sup>64</sup> La facultad de individualizar judicialmente la pena está relacionada íntimamente con la amplitud del margen de discrecionalidad o prudente arbitrio, que el legislador concede al juzgador para aplicar la ley a casos concretos, y entre mayor es el margen de amplitud, mayores serán las posibilidades de que el juez pueda aplicar correctamente la pena

## Propuesta

Una las propuestas que sugerimos es realizar en México una especie *Sentencing Guidelines* creadas en Estados Unidos. Las directrices contienen 70 casillas conformadas en una tabla que mide la gravedad del delito en una escala que va del 1 al 10 de manera vertical, y de manera horizontal mediría la historia delictiva en una escala del 0 al 6. Este modelo sigue vigente hasta nuestros días —a pesar de sus modificaciones—, tomado como base para incorporarlo en otros estados americanos así como a nivel federal; cuyos objetivos fueron los siguientes: *a)* severa limitación a la cárcel como forma de castigo; *b)* alternativas de castigo distinto a la cárcel para la gran mayoría de delitos, y *c)* reducción de disparidad de determinación de los condenados en similares delitos y antecedentes, por lo que la medida y severidad del castigo sería en relación con la prevención general, el

---

atendiendo la gravedad del ilícito y grado de culpabilidad del sujeto del delito, de acuerdo con el arbitrio que le otorgan los artículos 21 constitucional, párrafo tercero, y los artículos 51, 52, 53, 54 del Código Penal federal.

Imponer una pena uniforme, sin tomar en consideración a circunstancias peculiares de cada individuo, así como las circunstancias del hecho delictuoso, da como resultado la aplicación de una pena injusta, por tal razón la individualización judicial puede dar origen a diversas situaciones injustas, por la aplicación del arbitrio judicial equívoco.

Se han establecido tres criterios para determinar la individualización de la pena:

1. Criterio objetivo, éste atiende fundamentalmente la gravedad del ilícito cometido, las circunstancias exteriores de ejecución y la magnitud del daño causado, su forma y tema, circunstancias del hecho.

2. Criterio subjetivo, en este criterio lo más importante son las circunstancias peculiares del delincuente, asimismo, el juzgador debe llevar acabo la valoración del delincuente utilizando conocimientos en las ciencias que le permitan investigar lo relacionado con el individuo, como son la biología, la psicología en la sociología, mismas que darán pauta para una mejor criterio.

3. Criterio mixto, toma en consideración lo sustancial del criterio objetivo y subjetivo. Este criterio está establecido en nuestro Código Penal, sin embargo, en la práctica, el juzgador le da relevancia al hecho cometido y observa levemente las circunstancias peculiares del delincuente.

Elena Ramos Arteaga (2009: 145) considera que la individualización realizada por el juez debe adecuar la pena a las circunstancias del caso, sin ello vulnerar los límites legales establecidos, toda vez que la determinación judicial de la pena no obedece a criterios caprichosos o subjetivos, por lo que dice que debe ser proporcional, como el legislador lo ha planteado.

La proporcionalidad consiste en la adecuación de la pena o mal causado por el delincuente mediante su acción delictiva, de tal forma que el mal o sufrimiento infligido por la pena no sea superior al producido por el delincuente.



principio del justo merecido, la gravedad del delito, la carrera delictiva. Además de la formación de una comisión de especialistas que estudien de manera minuciosa a nivel legislativo las hipótesis legales en la imposición de las penas, a nivel judicial la forma de graduación de las penas y en la ejecución de las penas el cumplimiento de las mismas.

Lo anterior debe ser considerado tomando en cuenta lo que Ferrajoli afirma (1995: 213), respecto a que la crisis de legitimidad de los sistemas penales actuales existe debido a la falta de secuencia lógica interna de éstos, ya que en muchas ocasiones se contraponen el derecho con la moral, la justicia con la validez y la legitimación del derecho. Esta legitimidad de la cual nos habla, la divide en legitimación externa y legitimación interna; entendiendo la primera como las razones externas del derecho penal, es decir, el por qué la pena o por qué de la pena, son los principios normativos externos del derecho positivo, los criterios de valoración morales o políticos de tipo extra o metajurídico, y la segunda la entendemos como los principios normativos internos del ordenamiento jurídico, es decir, la razón de cuando se castiga, son esos criterios de valoración intrajurídicos.<sup>65</sup>

Lo anterior es de suma importancia en las directrices cuyo clasismo penal se ha puesto en duda, debido a que éstas se adecuan más en las descripciones más reconocidas del derecho penal moderno; pues su objetivo principal es la uniformidad de castigo, que entraría en una justificación externa del castigo.

El derecho penal moderno otorgó una importancia destacada a la justificación externa del castigo reconociendo el discurso ilustrado del siglo XVIII, donde se desarrollaron las primeras críticas coherentes

---

<sup>65</sup> Ferrajoli critica al retribucionismo kantiano y hegeliano clásico, pues dice que estas doctrinas han caído en una indebida confusión teórica, ya que resulta totalmente insatisfactorio cómo justifican la imposición del castigo; argumentando la confusión del fin de la pena por la falta de distinción entre razón legal y razón judicial de la pena, es decir, el problema de la legitimación del derecho penal en la pregunta ¿porqué castigar? se refiere a la legitimación externa de la pena confundándose con la pregunta ¿cuándo castigar?, que se refiere, por el contrario, a la legitimación interna, admitiendo como respuesta el principio de retribución; es decir, la primera garantía del derecho penal, en virtud de la cual la condición necesaria de la pena es antes que nada la comisión de un delito. El problema real consiste en la confusión llevada cabo por estas doctrinas entre dos problemas completamente distintos: entre el problema de fin justo general justificador de la pena, que no puede ser sino utilitario, y mirar hacia el futuro lleva su distribución que tiene lugar, por el contrario, sobre bases retributivas y, por consiguiente, mira hacia el pasado.

y organizadas contra la pena de muerte, identificándose los límites del poder punitivo cuyo fin fue desarrollar una elaborada justificación del castigo que no existía tiempo atrás. Autores como Kant, Hegel, Feuerbach, Beccaria, entre otros, sentaron las bases modernas de la teoría de la pena y sus clasificaciones, trayendo como consecuencia en Estados Unidos discurso resocializador de la pena y la pena indeterminada

Las directrices impuestas en Estados Unidos, mismas que se proponen adoptar en nuestro sistema jurídico mexicano, se han dedicado a dar objetivos manifiestos de uniformidad y proporcionalidad en la imposición del castigo sin importar las razones para fundar la imposición de los castigos, las cuales en su creación no fueron discutidas, por lo que no adoptan un discurso definido en materia de la justificación del castigo. Pues cuando intentaron reconciliar las diferentes percepciones del castigo, surgieron problemas filosóficos debido a que la mayoría de los observadores de la ley penal acordaron que el fin último es la ley en sí, y del castigo en particular era el control del delito.

Desde la creación de las directrices, éstas han buscado un fin utilitarista para no meterse en problemas con los fines de la pena, coincidiendo que la finalidad es la autorregulación, eliminando las antinomias filosóficas y axiológicas; lo que se busca es la proporcionalidad para la práctica legislativa y forense, donde solamente se evalúa que la severidad de las penas debe ser graduada de acuerdo con la gravedad de los delitos.

Esto lleva a prescindir de los valores sociales más importantes, justificar el pensamiento adoptado por las directrices con el surgimiento de la modernidad tardía, caracterizada por cambios estructurales masivos, en la cual las fuerzas del mercado promueven una inclusión en relación con el consumo, que se traduce en exclusión social, donde los factores que define este nuevo panorama son el crecimiento de las tasas delictivas y la problematización del delito, que debe ser manejado por las burocracias del sistema penal.

En los países desarrollados se ha tenido un rápido incremento de las tasas delictivas, aunado a una baja efectividad del sistema de justicia penal, circunstancia que deja al descubierto sus limitaciones, lo que ocasiona un cambio hacia una nueva cultura penal, caracterizada por un conjunto de actitudes, creencias y presunciones que conside-

ran al delito como un hecho social normal. La política se interesa más por las víctimas y la seguridad, existe un decaimiento en la justicia penal estatal, se generaliza las defensas privadas frente a los hechos delictivos y crece el mercado de la seguridad privada, y la conciencia del delito se institucionaliza en los medios de comunicación, la cultura popular y las ciudades.

Por lo que se busca que exista seguridad y orden. La justificación de castigo ha dejado de ser un problema para el sistema penal, pues para el Estado no es necesario explicar las razones por las que ejercita su violencia en contra de un condenado, las penas se encuentran auto-legitimadas por un cuerpo normativo que las orienta para satisfacer un objetivo de eficiencia interna que se plantea como aspiración máxima para lograr que las penas aplicadas a todos los condenados sean uniformes.

En la actualidad, las teorías retribucionistas y las teorías relativas, o bien llamadas preventivas, no dan respuesta clara al problema de la pena, ya que, como hemos visualizado en los apartados anteriores, estas teorías gozan de grandes deficiencias.

Es importante señalar que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 18 constitucional, habla de la resocialización como un fin de la pena. Sin embargo, tal prescripción legislativa no cierra la posibilidad de que la pena se pase a otros fines, pues señala tanto tal objetivo como una orientación. Como tampoco da lugar a un derecho subjetivo a la resocialización que pudiera eximirse frente al fracaso de tratamientos curativos educativos diferentes debido a dilaciones procesales indebidas.

El texto constitucional debe entenderse a favor de la resocialización como una necesaria orientación que regir la aplicación de las penas, pero no como su justificación. Como tal orientación, se debe buscar que la pena no se convierta en resocialización entendida como intromisión desmedida en la esfera de la personalidad del individuo, pues entraría en contradicción con los postulados que la misma Constitución enuncia. Sin embargo, también en el mismo texto constitucional podemos encontrar el artículo 22 constitucional, donde se pretende una proporción entre sanción y delito influyendo en la fijación de la pena, que es la necesaria pacificación social, garantizando la vigencia del derecho frente al delito. Puede concluirse que la legisla-

ción constitucional mexicana pretende finalidades preventivas pero también la proporcionalidad de las sanciones.

En nuestra Constitución, los fines de la pena en México tienen una pluralidad de metas asignadas a la sanción, por lo que nos conviene no ignorar que la pena despliega efectos de retribución, como también de prevención, pues el castigo sirve, se busque o no, como evitación de nuevas infracciones en la sociedad. Porque lo que la cuestión en estudio es como poner límites formales y materiales al ejercicio del *ius puniendi* estatal.<sup>66</sup>

Por lo que es imposible decir que hay polarización en torno a una u otra teoría que aquí es difícil concebir efectos preventivos solamente el castigo al delincuente o a sus efectos sociales.

Pablo Sánchez Ostiz propone la necesidad de regresar a los principios básicos de la política criminal, los cuales sirvan de límite al poder del Estado al momento de imponer la pena en cualquiera de sus etapas.

Las polarizaciones y la circularidad entre las doctrinas retribucionistas y preventivas oscurecen las soluciones para formas de imponer las penas. Sumándose a esto, las críticas de las diversas posiciones en torno a una y otra; por tanto, este autor nos propone iniciar con principios de política criminal haciendo ciertas consideraciones previas.

El derecho penal es la protección de la sociedad frente a las conductas más gravemente antisociales (principio de seguridad). Pero no de cualquier manera y sin medida, sino que fin del derecho penal es, además, la reestabilización del orden social a costa del culpable, en razón de la infracción cometida y de la culpabilidad del agente (principio de adecuación de la reacción a la dignidad); y mediante procedimientos y leyes previamente establecidos (principio de legalidad). De este modo, es la protección de la sociedad frente al delito lo que justifique el derecho penal su fin, pero con límites, aquellos que aportan los otros dos principios (Sánchez, 2012: 240).

---

<sup>66</sup> Luigi Ferragoli, en su libro *Derecho y razón*, habla sobre los fines de la pena, poniendo entre dicho toda la doctrina y poniendo de manifiesto la necesidad de una visión garantista a favor del acreedor del castigo.

Al ver al ser humano como ser social, la justicia exige la sanción del delito como de necesidad de autoprotección de la sociedad (Rawls, 1995: 353). No vista la ley del talión sino a la luz de la justicia distributiva: aplicar la pena necesaria para la protección de la subsistencia de la sociedad, en proporción a la gravedad del mal del que el delito supone y la culpabilidad del agente. La pena justa debe evitar que se caiga en los excesos de las teorías. La justicia distributiva exige la aplicación de una pena en la medida no sólo en que eso sirve a los fines de protección de la subsistencia de la sociedad, sino también en esa precisa medida. No sirve a los fines de tutela de la sociedad aplicar penas que excedan de la gravedad correspondiente al delito cometido: desproporción por exceso (Silva, 1992: 263).

Por lo que justicia distributiva lleva también a no minusvalorar el delito como riesgo para la subsistencia de la sociedad, por lo que exige un mínimo de sanción: necesidad de sanción para asegurar la vida en sociedad. Las llamadas necesidades preventivas sólo permitirán aplicar un mínimo de pena, y no excederse la medida de la sanción en busca de efectos comunicativos en la sociedad: sanciones públicas, lapidación moral en los medios de comunicación.<sup>67</sup>

La resocialización debe tomar un sentido distinto, ya que si la pena obtiene efectos positivos de resocialización sin causar un mal superior al que se pretende prevenir, es decir, sin incurrir en una violación de la integridad del penado,<sup>68</sup> sería defendible como efecto derivado.

Por lo que la propuesta consiste en el consentimiento del penado y su participación voluntaria en los programas de reinserción, es el medio para alcanzar ese efecto o para cumplir esa función.

El individuo está llamado a ser un ser social, por lo que la justicia distributiva debe intervenir. Por tanto, la persona no puede estar al margen de la sociedad, y por ser social le compete cargar con los costos de la reestabilización que la pena busca.

Esta interrelación podríamos interpretarla de la siguiente manera: el mayor compromiso deber ser para el que se ha hecho acreedor de

---

<sup>67</sup> Podríamos citar claros ejemplos, como el caso Florance Cassez, o el secuestro del hijo de Martí, que a causa del manejo de los medios de comunicación cambian la perspectiva de la sociedad.

<sup>68</sup> Consideramos que la pena vitalicia, por ejemplo, viola la dignidad del individuo y atenta contra los derechos humanos establecidos en nuestra Constitución.

una pena, él debe cargar con el mayor costo de la reestabilización de algo que le es propio, la sociedad; no se le estará instrumentalizando mientras la respuesta sancionatoria sea justa, es decir, proporcional y necesaria, pues éstas marcan la medida de la carga que corresponde al delincuente asumir como ser social máximamente implicado en el delito.

Implica también a la víctima participar en los costes de la reestabilización, pero en menor medida, en cuanto que ha de restringir su actuación posdelictiva a lo que derive de un proceso formalmente establecido y con legalidad. Es la sociedad la que reacciona; no existe el derecho subjetivo a la sanción.

Y por último, compromete a los terceros<sup>69</sup> mínimamente implicados en el delito, en menor medida, a participar en esa reestabilización, si bien es cierto que no existe por parte de la víctima un derecho subjetivo a que se castigue, todavía menos el resto de personas cuenta con derecho a que se castigue al delincuente.

El riesgo de la reincidencia, una vez cumplida la respectiva condena, recae en buena medida sobre el conjunto de la sociedad.<sup>70</sup>

El fin principal del derecho penal es proteger a la sociedad frente a conductas antisociales. Esta protección no puede llevarse a cabo si no se respetan principios de seguridad: el mínimo de pena vendría determinado por la necesidad de tutelar la sociedad, respeto de la dignidad. El máximo de pena estaría limitado por la gravedad del hecho y la culpabilidad del agente; y legalidad mediante normas y sometimiento al proceso establecido. Si no se respeta el principio de seguridad, y se castiga sin necesidad, el efecto inmediato será la tutela de la sociedad por vías alternati-

---

<sup>69</sup> Estos terceros mínimamente implicados les compromete como sociedad en su conjunto, apoyar al delincuente. Por lo que no sería admisible que, para buscar una seguridad absoluta y terminante frente al riesgo de reincidencia por parte de delincuentes, se imponga la condena de duración indeterminada, cadena perpetua o pena de muerte. No es admisible entender el fenómeno político como un mero conflicto que se resuelve sancionando al delincuente.

<sup>70</sup> Pablo Sánchez Ostiz enmarca la importancia de tener en cuenta que sobre la víctima recae una parte del riesgo de la reincidencia, plasmada la posible conmoción de su seguridad personal ante la inminente libertad del penado. Pero también recae sobre el penado esa parte de costos de la residencia, en el sentido de cosa de que todavía pesan sobre él los antecedentes penales, un reproche social informal, a veces, muy duradero, vinculado a su condición de penado.

vas, las reacciones informales. Si no se sanciona con respeto de la dignidad, el efecto derivado inmediatamente será un menoscabo mayor producido por el delito mismo. Y si se sanciona sin tener en cuenta la legalidad, se verán afectados los otros dos principios, pues se producirá un menoscabo en la dignidad (al castigarse más o de forma distinta) o en la seguridad (al quedar desprotegidos algunos bienes) (Sánchez, 2007: 243).

Visto desde este punto de vista, la propuesta de Pablo Sánchez Ostiz, a la cual nos unimos, es la reestabilización del orden social a costa del culpable, en razón de la infracción cometida (gravedad del hecho y culpabilidad del agente) y mediante instrumentos jurídicos.

## **Fuentes consultadas**

### ***Bibliografía***

- Bernal Pulido, Carlos (2003), *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Betegoni, Jerónimo (1992), *La justificación del castigo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- Blanco Lozano, Carlos (2007), *Tratado de política criminal*, tomo I, Barcelona, Bosch Editor.
- Borja Jiménez, Emiliano (2003), *Curso de política criminal*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Bonesana, César (1993), *Tratados de los delitos y las penas*, Argentina, Heliasta.
- Canció Meliá, Manuel *et al.* (coords.) (2006), *Derecho penal del enemigo*, vol. I, Argentina, Euros Editores.
- \_\_\_\_\_ (2006), *Derecho penal del enemigo*, vol. II, Argentina, Euros Editores.
- Cohen, Stanley (1998) *Visiones del control social*, trad. Elena Larrauri, Oxford / Barcelona / Cambridge / Basil Blackell.
- Demetrio Crespo, Eduardo (1999), *Prevención general e individualización judicial de la pena*, Madrid, Universidad de Salamanca.

- Diez Ripollés, José Luis (2004), *Política criminal y derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Foucault, Michael (2002), *Vigilar y castigar: el nacimiento de la prisión*, Argentina, Siglo XXI.
- Feijoo Sánchez, Bernardo (2007), *Retribución y prevención general*, Argentina, Euros Editores.
- Ferrajoli, Luigi (1995), *Derecho y razón*, Madrid, Trotta.
- Gamboa de Trejo, Ana (2005), *La pena de prisión (teoría y prevención)*, México, Biblioteca Universidad Veracruzana.
- Galdos, L. (2003), *Arimética*, Madrid, España, Cultural.
- Heller, Hermann (1955), *Teoría del Estado*, 3a. ed., México, Porrúa.
- Jakobs, Gunter *et al.* (2002), *Fundamentos de la dogmática penal y de la política criminal (ontologismo y normativismo)*, México, Jus Penale / Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales.
- Jakobs, Gunter (2006), *La pena estatal significado y finalidad*, Argentina, Civitas.
- Jiménez Martínez, Javier (2004), *Las consecuencias del delito*, México, Porrúa.
- Madrado Mazariegos, Danilo *et al.* (2008), *Teoría de la pena, utopía y realidad*, Guatemala, Magna Terra Editores.
- Martínez Bastida, Eduardo (2007), *Política criminológica*, México, Porrúa.
- Mir Puig, Carlos (2003), *El sistema de penas y su medición en la reforma penal*, Librería Bosch, Barcelona.
- Mir Puig, Santiago (2001), *Bases constitucionales del derecho penal*, Madrid, Marcial Pons.
- Molina Blazquez, C. (2005), *La aplicación de la pena: estudio práctico de las consecuencias jurídicas del delito*, 2a. ed., Barcelona, Bosch / Casa Editorial Comte d' Urgell.
- Muñagorri Laguia, Ignacio (1977), *Sanción penal y política criminal, confrontación con la nueva defensa social*, España, Reus.
- Nicolás Guardiola, Juan *et al.* (2011), *Prevención, predicción y tratamiento condenados a penas privativas de libertad*, España, DM Librero / Editor Merced.
- Larrauri Piojan, Elena (1999), *Política criminal*, Madrid, Consejo General del Poder judicial.



- Luna Castro, José Nieves (2010), *La aplicación de las penas en México*, México, Porrúa.
- Ojeda Velázquez, Jorge (1993), *Derecho punitivo. Teoría sobre las consecuencias jurídicas del delito*, 3a. ed., México, Trillas.
- Ollero, Carlos (1955), *La política como actividad humana*, Madrid, Estudios de Ciencia Política.
- Orellana Wiarco, Octavio Alberto (2003), *La individualización de la pena de prisión*, México, Porrúa.
- Pesce Lavaggi, Eduardo (2003), *Individualización de la pena*, Uruguay, Carlos Álvarez Editor.
- Rawls, John (1995), *Teoría de la justicia*, 3a. ed., México, FCE.
- Ramos Arteaga, Elena (2009), *La individualización de la pena, teoría y práctica*, Porrúa, México.
- Rivera Beirás, Iñaki (coordinador) (2005), *Política criminal y sistema penal*, Barcelona, Anthopos.
- Rodríguez Mourullo, Gonzalo (1984), *Significado político y fundamento ético de la pena y de la medida de seguridad*, Madrid, Reus.
- Roxin, Claus (1972), *Política criminal y sistema de derecho penal*, Madrid, Marcial Pons.
- Sánchez Gil, Rubén (2007), *El principio de proporcionalidad*, México, IJ-UNAM.
- Sánchez Ostiz, Pablo (2012), *Fundamentos de política criminal. Un retorno a los principios*, Madrid, Marcial Pons.
- Sandoval Delgado, Emiliano *et al.* (2002), *Individualización judicial de la pena*, México, Ángel Editor.
- Silva Sánchez, Jesús María (1997), *Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, España, José María Bosch Editor.
- \_\_\_\_\_ (1992), *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, 2a. ed., Barcelona.
- Von Liszt, Franz (1926), *Tratado de derecho penal, t. 1*, Madrid, Reus.
- \_\_\_\_\_ (1994), *La idea de fin en el derecho penal*, México, IJ-UNAM.
- Von Hirsh, Andrew (1987), *Censurar y castigar*, Madrid, Trotta.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl (2000), *Derecho penal. Parte general*, Argentina, Ediar.

Zysman Quirós, Diego (2013), *Castigo y determinación de la pena en los Estados Unidos. Un estudio sobre las United States Sentencing Guidelines*, Madrid, Marcial Pons.

### ***Fuentes electrónicas***

Álvarez Villarreal, Lina Marcela, “Reseña de *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión* de Michel Foucault”, *Dikaion*, vol. 23, núm. 18, 2009, disponible en: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=72012329017>>.

Carmona Valencia, Salvador, disponible en: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/refjud/cont/13/pjn/pjn4.htm>>. Consulta: 28 de febrero de 2014.

Orden Jurídico Nacional, disponible en: <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/reformas/IEF18608.pdf>>. Consulta: 15 de marzo de 2014.

*Semanario Judicial de la Federación*, disponible en: <<http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/tesis.aspx>>. Consulta: 1 de septiembre de 2014.

## ÍNDICE

Introducción .....	7
I. Cuota de género, elemento de confluencia en el empoderamiento político femenino .....	11
<i>Gabriela Fuentes Reyes</i> <i>Thaymi Yomara Roa Alpizar</i>	
II. La dignidad de la persona como fundamento de los derechos del niño en México .....	45
<i>Alejandra Flores Martínez</i> <i>Ivonne Rodríguez García</i>	
III. Los derechos de los niños en las prácticas de reproducción asistida. (Los criterios de ponderación y el derecho a la identidad genética) .....	85
<i>María de Lourdes Morales Reynoso</i> <i>Roselia López Avelino</i>	
IV. Problemática del divorcio incausado en el Estado de México .....	127
<i>Raúl Horacio Arenas Valdés</i> <i>Ma. Enriqueta Lecuona Miranda</i>	
	251

V. Análisis del procedimiento jurídico laboral de orden individual a la luz de la teoría de Ronald Dworkin . . . . .	165
<i>María de Lourdes González Chávez</i>	
<i>José Eduardo Guerrero Mejía</i>	
VI. El principio de proporcionalidad en la aplicación de las penas en México . . . . .	209
<i>Edgar Aguilera García</i>	
<i>Eva Georgina Sánchez Hernández</i>	

*Esta obra se imprimió bajo el cuidado de Ediciones Coyoacán, S. A. de C. V.,  
Av. Hidalgo No. 47-B, Colonia Del Carmen, Deleg. Coyoacán, 04100,  
México D. F., en noviembre de 2015  
El tiraje fue de 1000 ejemplares más sobrantes para reposición.*