



EMERGENCIA SANITARIA POR COVID-19

Reflexiones desde el derecho (III)

NURIA GONZÁLEZ MARTÍN
Coordinadora

SERIE

OPINIONES TÉCNICAS SOBRE TEMAS DE RELEVANCIA NACIONAL

22



EMERGENCIA SANITARIA POR COVID-19

Reflexiones desde el derecho (III)

NURIA GONZÁLEZ MARTÍN
COORDINADORA

**Esta edición y sus características son propiedad de la Universidad
Nacional Autónoma de México.**

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio
sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

El texto que se presenta a continuación reproduce las versiones originales de los autores,
por lo que no se efectuó corrección ortotipográfica alguna.

ISBN Serie Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional: 978-607-30-1256-0

CONTENIDO

Introducción

Nuria GONZALEZ MARTÍN

Educación superior y pandemia: el riesgo del cortoplacismo

Axel DIDRIKSSON T.

Algunos dilemas jurídicos en la “era del COVID”

Sergio GARCÍA RAMÍREZ

El rol de los abogados frente a la pandemia. Medida y responsabilidad ante un futuro incierto

Juan Jesús GARZA ONOFRE

Sustracción internacional parental de niñas, niños y adolescentes y COVID-19

Nuria GONZALEZ MARTÍN

El uso de la videoconferencia en el desahogo de procesos judiciales

Juan Carlos GUERRERO VALLE

Afectación en la toma de decisiones para el final de la vida a causa del COVID-19

Josette HERRERA MARTÍNEZ

Recomendaciones de tribunales de diversos países para la celebración de audiencias virtuales ante el COVID-19

Carmen Patricia LÓPEZ-OLVERA

COVID-19, tratos diferenciados y test de escrutinio estricto

Javier MARTÍN REYES

La otra pandemia: la violencia contra la mujer

Ma. Rocío MORALES HERNÁNDEZ

La difícil puesta en marcha de una suspensión de garantías para hacer frente al virus Sars-Cov-2 en México: el manejo de situaciones de excepcionalidad desde un marco jurídico incompleto y fragmentado

Carlos María PELAYO MOLLER

Análisis del acuerdo por el que se declara como emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor

Laura VELÁZQUEZ ARROYO

Crisis de restituciones internacionales a causa de la pandemia de COVID-19 en el mundo. El caso de México

Maria Virginia AGUILAR

INTRODUCCIÓN

El Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (IIJ-UNAM), se constituye, por sí mismo, además de la labor propia de investigación, docencia y vinculación, en una editorial con reconocimiento no sólo nacional sino internacional, con un alto estándar de calidad académica de sus publicaciones y con un impacto no sólo por el número de ellas sino por la divulgación de las mismas.

A esta labor editorial, el Dr. Pedro Salazar Ugarte, director del IIJ-UNAM, en su plan de trabajo 2018-2022 incluyó un proyecto editorial especial titulado “Opiniones técnicas sobre temas de relevancia nacional” coordinado por quien suscribe estas líneas, el cual se hizo efectivo a partir de octubre de 2018.

La propia naturaleza de este proyecto especial habla por sí solo, al congregar (i) temas de coyuntura con relevancia jurídica e incluso temas no estrictamente legales; (ii) vinculados con la Agenda Nacional; (iii) con una extensión breve; (iv) dirigido a un público no necesariamente especializado; (v) con una vocación informativa, es decir, no es un documento estrictamente doctrinal pero tampoco es divulgación per se, y (vi) que amerita celeridad en su redacción y publicación para que consiga el impacto deseado, es decir, incidir en la opinión pública y eventualmente en la toma de decisiones públicas.

Por las razones de excepcionalidad por las que estamos transitando en 2020, con la emergencia sanitaria por COVID-19, creímos conveniente utilizar este canal de conocimiento para hacerle llegar a todos los interlocutores involucrados, información sencilla pero veraz sobre el estado del arte, las consecuencias y las propuestas lanzadas desde diferentes áreas del conocimiento jurídico.

En este número, que es una continuación de la emergencia sanitaria por COVID-19 y las reflexiones desde el derecho (III), se sigue ofreciendo opiniones desde distintas áreas del conocimiento jurídico y desde la perspectiva que cada autor mantiene sobre el tema en sí. Son contribuciones que avanzan en su pensamiento al ritmo de los acontecimientos que la propia pandemia y el manejo que los líderes, los encargados de decidir, nos presentan. Volcar ideas, propuestas

y, a veces, soluciones, permite ver panoramas más amplio y puntos de vistas que no necesariamente recaen en el puro ánimo de crítica sino de construcción. Sumemos, una vez más, esta inercia positiva y creamos un mejor escenario futuro, el cual se necesita en México y en un mundo que por primera vez comparte de manera global y de manera simultánea una crisis sanitaria, económica, política, social.

Con estas premisas, damos entrada y presentamos un total de doce contribuciones, colocadas en esta ocasión, por orden alfabético. En ese sentido, tenemos en primer lugar, la colaboración de Axel Didriksson T. con el tema titulado “Educación superior y pandemia: el riesgo del cortoplacismo”, un trabajo en el que se abordan los términos en los que se ha legislado en materia de educación superior en México. Se presenta una reflexión histórica la cual permite corroborar que las iniciativas que se han tomado en materia de política pública en este nivel educativo, no han logrado concretar cambios fundamentales, ni pertinentes, para transformar las tradicionales estructuras y la organización de las universidades en el país, en la perspectiva de su articulación con una sociedad del conocimiento, de un nuevo desarrollo o de una nueva oferta de carácter trans o interdisciplinaria en sus trayectorias de aprendizaje, salvo algunas excepciones. Como parte de esta reflexión, se presentan y analizan los nuevos conceptos y principios sobre los que se está definiendo la política hacia la educación superior en el actual gobierno, y se presentan algunas propuestas que puedan coadyuvar en la coordinación y articulación de esfuerzos en el subsistema de educación superior, con vistas a lograr una verdadera reforma educativa en este nivel educativo.

A continuación, tenemos el trabajo de Sergio García Ramírez, “Algunos dilemas jurídicos en la ‘Era del COVID’” en el cual se mencionan varios problemas que la actual circunstancia pone a la vista de los juristas y de la sociedad en general. Estos problemas se plantean como interrogantes o dilemas. El autor los enuncia en los siguientes términos: 1. ¿Cómo afecta la lucha contra el coronavirus al Estado de Derecho y a la “salud de la República”, que se hallan en riesgo merced a algunas medidas adoptadas con aquel propósito? 2. ¿Cómo se puede resolver la tensión o el conflicto entre derechos de la misma jerarquía, como ocurre en el caso de la tutela

de la vida de diversas personas cuando no hay medios suficientes para brindar a todos la atención que requieren? En este caso, ¿cuál es la responsabilidad a cargo del Estado? 3. Para llevar adelante la acción estatal contra el coronavirus, ¿es necesario suspender derechos y garantías de los ciudadanos, conforme a lo previsto en el artículo 29 de la Constitución General de la República, o bastan las normas e instrumentos de los que actualmente podemos valernos, sin necesidad de llegar a extremos que entrañan muy graves consecuencias?

Juan Jesús Garza Onofre trae un tema que es parte central de sus reflexiones desde el derecho y así con “El rol de los abogados frente a la pandemia. Medida y responsabilidad ante un futuro incierto”, plantea cuál debería ser el rol de las personas que practican la abogacía en el actual contexto extraordinario causado por la emergencia sanitaria, cuestionando la tradicional faceta confrontacional de la profesión, a partir de la reivindicación de nociones más conciliadoras y menos tendientes a la desenfrenada actividad litigiosa; las cuales entroncan tanto con la ética del cuidado como con la promoción de valores profesionales que oscilan entre la solidaridad y la medida, para fomentar una visión mucho más responsable y comprometida de los abogados con su entorno.

Nuria González Martín con “Sustracción internacional parental de niñas, niños y adolescentes y COVID-19” pone de relieve cómo a los niños, niñas y adolescentes sustraídos internacionalmente por parte de uno de sus progenitores, el COVID-19 también les ha repercutido; si no con la enfermedad directamente, si con las circunstancias derivadas del mismo. Hablamos del cierre parcial de fronteras –derecho al libre tránsito, socavado- o los decretos que han instituido o establecido actividades no esenciales con servicios mínimos o ninguno y por ello la disminución de actividad de autoridades centrales –administrativas- y autoridades judiciales y, por ende, una imposibilidad de actuar de manera expedita y cuidadosa, entre otras, que podría dejar en un estado de indefensión a los menores que se encuentran en estas circunstancias, víctimas incluso de una violencia que se ha multiplicado por esta adversidad provocada por la pandemia. Una llamada de atención sobre este tema y un ABC sobre la materia permite ver con claridad qué se puede y qué se debe hacer por parte del Estado.

Juan Carlos Guerrero Valle expresa en “El uso de la videoconferencia en el desahogo de procesos judiciales” que la emergencia sanitaria ocasionada por el virus SARS-COV2 (COVID-19), ha paralizado las actividades no esenciales, ocasionando, el cierre de la mayoría de los órganos jurisdiccionales, por lo cual surgió la pregunta: ¿Es posible tramitar y desahogar diversas fases del procedimiento judicial en forma virtual, en especial el desahogo de pruebas a través de videoconferencias? En México tenemos antecedentes de convenios e instrumentos internacionales, en los que se permite el uso de la Videoconferencia; incluso, desde el año 2008 los Tribunales y Juzgados Federales hacen uso de videoconferencias para el desahogo de algunas diligencias judiciales.

Así las cosas, este trabajo comenta algunos aspectos derivados del “*Convenio Iberoamericano Sobre el Uso de la Videoconferencia en la Cooperación Internacional Entre Sistemas de Justicia*”, del “*Convenio de la Conferencia de la Haya sobre obtención de pruebas*”, incluyendo su recién lanzada Guía de Buenas Prácticas sobre el Uso de Videoconferencias, para el referido Convenio, y el “Acuerdo del Consejo de la Judicatura Federal, que permitió la ejecución del Mecanismo de Reforzamiento a las Medidas de Contingencia Implementadas en los Centros de Justicia Penal Federal por el Fenómeno de Salud Pública Derivado del Virus Covid-19”; documentos todos estos que, además de ser obligatorios, nos permiten identificar que, internacional y nacionalmente, tenemos previsto el uso de la Videoconferencia, como un medio de desahogo de actividades judiciales, la cual, no atenta en contra del principio de inmediatez, ya que permite, que la conducción de la diligencia, sea llevada por el juez que conoce del fondo del asunto.

Josette Herrera Martínez, “Afectación en la toma de decisiones para el final de la vida a causa del COVID-19”, realiza una reflexión sobre los efectos, en la toma de decisiones, para el final de la vida, explicando las bondades que presenta la voluntad anticipada, y enfatizando los rasgos de importancia que se han de tener en su redacción, contemplando prácticas reales en su suscripción y sobretodo, previendo elementos fácticos para su correcta ejecución y cumplimiento, en aras de proteger la dignidad humana.

Carmen Patricia López-Olvera con su aportación en “Recomendaciones de tribunales de diversos países para la celebración de audiencias virtuales ante el COVID-19”, describe las principales recomendaciones de los tribunales de algunos países para la celebración de audiencias virtuales como alternativa a las audiencias presenciales de imposible realización en la actualidad debido a la pandemia. Entre la información que desarrolla la autora se encuentran: primero, los requisitos generales para la adecuada implementación de las audiencias virtuales; segundo, las sugerencias para las mejores prácticas de éstas; y, por último, los retos para su implementación en México.

Javier Martín Reyes con su contribución “COVID-19, tratos diferenciados y test de escrutinio estricto”, analiza uno de los dilemas jurídicos que implica la indispensable adopción de criterios para determinar qué pacientes con COVID-19 acceden (o no) a los recursos de medicina crítica. Específicamente, enfatiza que cualquier sistema de asignación será potencialmente discriminatorio, en la medida que necesariamente empleará una categoría sospechosa (las condiciones de salud), por lo que deberá cumplir con un juicio (o test) de escrutinio estricto; un tema que se ha tornado en eje de cambios, sucesivos, de la Guía de Bioética que ha promulgado el Consejo de Salubridad.

Ma. Rocío Morales Hernández con un título sugerente a la par que delicadísimo, “La otra pandemia. La violencia contra la mujer” nos expone cómo en estos momentos, se vive en el país un momento de angustia, por la pandemia por “coronavirus”. Desde que se anunció que una de las medidas que debían tomarse para enfrentarlo, era el confinamiento de las personas y familias en casa, se escuchó una voz de alarma entre las feministas. ¿Cuál era la causa de la alarma? ¿Por qué si esa era la forma de proteger a la población, había alerta? Esas preguntas son las que se tratan de contestar en este trabajo. Para ello, se parte del origen de la violencia contra la mujer: la cultura patriarcal que aceptamos como correcta, los roles de género y sus consecuencias. Se analiza también lo que México ha hecho para combatir esa realidad, y el gran problema que enfrenta: los feminicidios que siempre han existido, pero ahora son visibles y cada vez más frecuentes en nuestra nación.

Carlos María Pelayo Moller con “La difícil puesta en marcha de una suspensión de garantías para hacer frente al virus Sars-Cov-3 en México: el manejo de situaciones de excepcionalidad desde un marco jurídico incompleto y fragmentado”, expone que el artículo 29 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, relativo a la suspensión de garantías es, en principio, la figura jurídica por excelencia para hacer frente a emergencias. No obstante lo anterior, ante la emergencia sanitaria generada por el virus Sars-Cov-2 causante de COVID no se ha contemplado su implementación. Ello se debe a la existencia de un marco jurídico incompleto y fragmentado con el que se ha hecho frente a diferentes emergencias en el pasado, el cual podría llegar a ser contrario a lo dispuesto por la Constitución y tratados internacionales de derechos humanos.

Laura Velázquez Arroyo, “Análisis del acuerdo por el que se declara emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor”, aporta un análisis sobre la naturaleza jurídica del acuerdo por el que se declara como emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor, a la epidemia de enfermedad generada por el virus SARS-CoV2 (D.O.F. 30 de marzo). Asimismo, se expone de qué manera las disposiciones generales contenidas en el mismo se imponen como obligaciones jurídicas y por qué vía podría ser impugnado.

Para finalizar tenemos el texto de María Virginia Aguilar, “Crisis de restituciones internacionales a causa de la pandemia de COVID-19 en el mundo. El caso de México” que se relaciona con otra contribución arriba esbozada pero en donde plantea las bases de la Convención de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores y lo contextualiza en los últimos casos que ha podido atender subrayando la dificultad que implica el seguimiento convencional debido al coronavirus y el perjuicio que implica en el interés superior de la minoridad involucrada.

Bajo el sello de la serie “Opiniones técnicas sobre temas de relevancia nacional” seguirán apareciendo otros volúmenes, como una aportación a la reflexión y al debate y ello es gracias al entusiasmo de cada autor/a que solicita poder integrarse en esta serie y en estos números dedicados al COVID-19. Una suerte de sinergias que no sería posible sin el esfuerzo conjunto de la academia y de quienes

hacen posible que se nos lea y se nos siga; nada sería posible sin el equipo incondicional que forma cada número de esta serie, sus autores y quienes cuidan cada detalle del proceso. Por ello, una vez más, dejamos constancia de reconocimiento a la totalidad del personal del Instituto, encabezado por el director Pedro Salazar, por mantener el ritmo de trabajo incluso en condiciones tan adversas.

Nuria GONZÁLEZ MARTÍN

EDUCACIÓN SUPERIOR Y PANDEMIA: EL RIESGO DEL CORTOPLACISMO

Axel DIDRIKSSON T.¹

Cuanto más se lucha “por la propia vida”, tanto más evidente aparece la lucha contra los otros que lo obstaculizan a uno por todos lados. Allí están de pie como sillas, como balastradas, como puertas cerradas, pero con la diferencia que se abalanzan sobre uno. Empujan a uno para allá y para acá, a donde les plazca, o, mejor, hacia donde ellos mismos se ven empujados. No se perdona a las mujeres, los niños y la gente anciana, no se les distingue de los adultos...El pánico es la desintegración de la masa en la masa. El individuo quiere salir de su interior y escapar de una masa que está amenazada en cuanto todo.

Elías CANETTI (1960).

La transición del confinamiento hacia un nuevo escenario distinto, que abarcará sobre todo a los sistemas de salud, de las relaciones sociales y económicas y de la educación, en lo particular de la educación superior, tendrá que asumir los cambios que han emergido de la improvisación de las políticas y de las acciones de mercantilización y piratería de los grandes capitales, y la profundidad de la desigualdad tanto global como nacional.

La pandemia no es mexicana, es mundial, así como sus salidas. Los mensajes nacionalistas y prepotentes de que algunos saldrán mejor que otros de esta crisis, es demagogia pura, pero no verdad. Se pensaba que no había otra forma de vivir más que esta, pero esta se ha desmoronado, porque sí hay otra: una peor. Se ha apelado a la supervivencia del mismo modelo que ahora está en una profunda crisis de salud, educativa y ambiental que amenaza a todas y todos (con la

¹ Investigador titular de la UNAM, Instituto de Investigaciones sobre la Universidad y la Educación (IISUE). Coordinador de la Cátedra UNESCO “Universidad e Integración Regional”. Presidente para América Latina y el Caribe de la Global University Network for Innovation (GUNI). Premio Universidad Nacional 2019 en el área de Ciencias Sociales.

excepción de una minoría -lo que se le conoce como el “nuevo darwinismo social” que privilegia a los más ricos, como si fueran per se los más fuertes y los más aptos-, porque tienen todas las ventajas como grupo social para “reproducirse”), pero no por la construcción de una sociedad distinta.

El riesgo de una crisis prolongada y de una debacle ambiental y social, están siendo analizadas por distintos autores, organismos internacionales y no gubernamentales, por algunos gobiernos, pero sobre todo está en el imaginario de las sociedades, sobre todo, de las más golpeadas por la pandemia del COVID-19, y de las de mayor pobreza media y extrema, como es el caso de México. El desastre ha podido ser paliado por los actores políticos que advierten de las posibilidades del riesgo permanente, pero que no atinan a organizar lo que debería estar en el presente del futuro que se nos viene como una avalancha indescriptible. La inmediatez se ha vuelto a imponer por sobre lo que hay que reconstruir y volver a edificar.

En esta avalancha de un nano-virus que contamina todo lo que toca, las universidades han entrado en una nueva crisis, y esto no es nuevo, aunque se haya acelerado en los últimos dos meses.

La universidad como institución del futuro

Los dilemas sobre los que la educación superior, pero sobre todo las universidades públicas tienen que afrontar (que en el país ocupan el principal lugar de producción de aprendizajes y conocimientos), son cruciales. La condición en la que se encuentran ahora, no tiene por qué ser un factor absoluto para no poder responder y actuar de forma anticipada y articulada, porque lo que menos habría que esperar de ellas es que solo se atrevan a reproducir los esquemas agotados sobre los que trabajaban (habría que ver qué dicen las universidades de los estados que se encuentran en condiciones financieras de cuasi-inmovilidad), como si todo siguiera siendo igual, pero ahora con sus académicos y estudiantes confinados en sus casas (por supuesto, los que pueden...).

Hasta ahora, el tiempo de la respuesta de las universidades ha llegado, apenas, a pensar en la manera como hay que regresar a clases en el ciclo escolar

correspondiente, cuando esto ya ha sido rebasado en las definiciones internacionales y en los ejemplos de algunos países. Por ejemplo, la UNESCO, (Véase, Informe GEM-UNESCO. Blog de la Educación Mundial, 27 de abril, 2020), ha cuestionado la rigidez con la que se está tratando el tema del calendario escolar, cuando ya se tienen 3 o 4 meses de confinamiento y las clases se han centrado en esquemas a distancia en varias partes del mundo, como en México. A estos meses de “encerrona”, se les tendrá que agregar que, cumpliéndose el calendario escolar, los estudiantes en el país entrarán a su periodo vacacional, de otros dos meses.

Para la el grupo GEM (Grupo de Seguimiento de las Metas de los ODS en Educación) de la UNESCO, esta situación no es tan trivial como parece, dado que se tiene constancia de que durante estos periodos “sin clases” formales, el aprendizaje puede retroceder. Citan, por ejemplo, un estudio de la Northwest Evaluation Association que encontró que, en los estudiantes del tercer grado de educación básica, se perdía el 20% de los avances del año escolar en habilidades de lectura, y el 27% de sus habilidades en matemáticas; y que, para los del séptimo grado los estudiantes perdían, en promedio, el 36% en lectura y 50% en matemáticas, y que esto se agravaba en los estudiantes más pobres y más desfavorecidos. Con el COVID-19, esta condición puede llegar a agravarse de forma mayúscula, sin importar el hecho de que se cumpla el ciclo escolar “formal” o no, porque se imponen diferencias socioeconómicas entre los estudiantes de forma incontrovertible. Esto mismo, sin duda, ocurre también en otros niveles escolares, como en el medio superior y superior.

Se propone, en consecuencia, aprovechar el periodo vacacional para atender a los estudiantes con mayor rezago y marginalidad durante lo que dure esta crisis, y esto tiene mucho que ver con el papel de los sindicatos de los maestros y su disposición de asumir nuevas tareas durante la pandemia, tal y como lo están haciendo otros sectores de trabajadores del país.

A ello se debe agregar que tampoco se ha reflexionado, ni se han tomado medidas para evitar profundizar la desigualdad escolar y social, porque más del 50% del total de los estudiantes en el sistema educativo nacional no cuentan con las

herramientas, lugar de estudio, accesibilidad, conectividad de calidad o con ningún tipo de posibilidad para acceder y continuar con sus clases, fuera de sus escuelas.

Tampoco se han tomado medidas respecto de la crisis económica (que durará más que la pandemia) que se ha provocado por el confinamiento y la recesión mundial y nacional, que abarca a enormes sectores de la población, sobre todo los que viven en el mercado informal (que son más de los cuentan con un trabajo en activo), y que se ha considerado como una de mayor impacto que la del año 1929 (Fondo Monetario Internacional) o como la de 2008 (Banco Mundial).

Para la educación superior, el IESALC-UNESCO (Instituto para la Educación Superior en América Latina y el Caribe) que está impulsando un proyecto de reflexión regional, sobre el papel de universidades y de las instituciones de educación superior frente a la actual pandemia, sobre todo enfatizando las condiciones de vida y estudio de millones de estudiantes que han ingresado de manera abrupta a una dinámica no planificada de clases a distancia, que afecta su cotidianidad en el hogar y en sus familias, en sus gastos, pero sobre todo en el desarrollo de sus capacidades de aprendizaje y, en algunos casos, de su estancia en otras universidades y de su movilidad internacional.

El IESALC alerta respecto de aquellos que no cuentan con las condiciones de calidad y continuidad en sus estudios, y que pueden ser un sector que vea frustradas sus aspiraciones de escolaridad y deserten o entren en una situación de rezago, dado que los estudios a distancia requieren de contar con una alta tasa de conectividad de calidad, y aún el uso generalizado de teléfonos móviles es limitado para tales casos cuando no se cuenta con la capacidad y el espacio requeridos, y esto afecta, sobre todo a las poblaciones más pobres, rurales, indígenas o de existencia en precariedad urbana o semiurbana.

A futuro, para el IESALC de la UNESCO, el panorama que dejará la crisis sanitaria y educativa, incidirá de manera profunda en las instituciones de educación superior, dado que implicará prepararse para a un regreso a clases en una crisis económica, de recesión y con recortes en la inversión pública, al mismo tiempo que se requerirá preparar iniciativas inclusivas, de igualdad educativas y de no discriminación, lo cual, “implica atender las necesidades pedagógicas, económicas

y también emocionales de aquellos estudiantes con mayores dificultades para continuar su formación en modalidades no tradicionales (Ibidem. Newsletter Señal; s/p).

También enfatiza que en el periodo que se avecina de post-pandemia, la apertura de clases deberá de contar con nuevas medidas de seguridad, de sanidad y que generen seguridad (por ejemplo, distancia entre las bancas, reuniones de grupo, asesorías, etcétera) que deben organizarse pensando en un tiempo de larga duración y desde condiciones no previstas (por ahora no existentes) para asegurar “esquemas de continuidad formativa” (Idem) que deberán plasmarse en modelos distintos de enseñanza-aprendizaje.

Entonces, lo que ahora debería de estar en la perspectiva de los actores principales de las universidades, sin excluir a nadie, debería de tomar en cuenta algo de lo siguiente:

1. El conocimiento. Lo que en unos meses ha cambiado de manera sustancial es el conocimiento, cómo se produce, para qué sirve, su pertinencia ante lo que se vive, lo que se tiene como un avance promisorio, pero sobre todo lo que hay que remontar como superado y que hay que volver a construir desde las nuevas realidades, paradigmas, métodos, lenguajes y contenidos. La ciencia está copada por el mercado, y en donde están las más grandes inversiones escasamente están respondiendo a la nueva realidad de una pandemia (que se cree “pasajera”), porque la ciencia, la investigación y sus desarrollos tecnológicos se establecen por las demandas de obtener más ganancias, pero no para solucionar los problemas de las grandes mayorías, ni de los más pobres.

El enfoque que ha adoptado el CONACYT, de buscar reorientar el aparato científico-tecnológico, asumir las consecuencias de la construcción de un sistema de soberanía científica (sin que ello implique autarquía o alejamiento del conocimiento producido a nivel mundial, ni mucho menos), con pertinencia, incidencia y articulación de todos los actores posibles para alcanzar a revertir las magras condiciones de marginación, de pobreza, o de precariedad de millones de mexicanos, sobre todo de las comunidades

históricamente más afectadas, está en el camino correcto, pero falta sostener con recursos esta iniciativa de política de Estado en materia de ciencia y tecnología, y sumar los esfuerzos de los sistemas de salud, económicos, educativos y gubernamentales. En esta perspectiva, lo que menos se debe de reproducir y alentar es el exceso de información, porque la información aturde, y lo que vale la pena es el conocimiento, el saber para transformar².

En materia de la crisis actual del conocimiento, hay que re-empezar otra vez, porque no sabemos aun lo que no sabemos (Ulrich Beck. 2011), ni sobre los peligros que se vienen para la existencia de la humanidad, porque son peligros que la propia sociedad ha creado.

2. La gestión pública del sistema universitario. La burocracia ha sido rebasada. Las decisiones de las cúpulas de los órganos personales y colegiados de las universidades han tomado el camino más fácil, el más pragmático, pero no el más acertado ni el más arriesgado. En un reciente comunicado de la ANUIES (26 de abril) se sigue insistiendo en tres sentidos: a) mantener a la población académica y estudiantil en modalidades no escolarizadas; b) cumplir con el calendario escolar; y, c) atender a las poblaciones que se encuentran en condiciones de desventaja (aunque no se menciona cómo). Las universidades e IES parecerían estar ajenas a lo que sucede en el conjunto del sistema educativo, como si no fueran parte crucial de este, y no han reflexionado respecto de la articulación y coordinación que haría posible encontrar nuevas perspectivas de asumir la crisis con nuevos modelos de aprendizaje social, nuevas plataformas de desarrollos cognitivos, nuevas tareas para la construcción de la transmisión de saberes de los profesores e investigadores, una manera de llevar a cabo la gestión del

² Nota para las conferencias del Dr. López-Gattel: "En una sociedad del conocimiento el enemigo es el exceso. Tiene razón el poeta norteamericano, Donald Hall cuando dice *Information is the enemy of the intelligence*. La complejidad mal gestionada es la nueva forma de la ignorancia. Mejor dicho: el problema es la confusión, no la ignorancia [...] La idea de que más información nunca hace daño no es cierta. El exceso es dañino, distrae de lo importante, puede incluso bloquear la decisión. Por eso nos hace falta aniquilar la información [...] El saber más valioso es saber qué es lo que no se necesita saber. La plusvalía es hoy: menos información. Se buscan síntesis, visiones generales, núcleos del asunto". Daniel Innenarity (2011). *La democracia del conocimiento*. Paidós, Madrid, p. 32.

sistema en épocas de incertidumbre, sobre la base de una mayor flexibilidad y de un tiempo indefinido, marcado por la complejidad del fenómeno.

3. La Educación y la tecnología (los sistemas a distancia como salida tecnocrática). La SEP y las universidades decidieron apostarle a la educación a distancia y por televisión, a las evaluaciones en línea, al cierre de escuelas y a mantener un ciclo escolar semi-arreglado, sin pensar que se había legislado, apenas hace muy poco, en una reforma educativa que permite la transformación del sistema educativo con iniciativas de gran calado y visión, para mejorar la equidad socio-educativa; promover la innovación y realizar mejoras pedagógicas sustanciales; impulsar una nueva gestión de la política pública; movilizar a los millones de maestros, profesores e investigadores con los que cuenta el país, como una fuerza de tarea para impulsar la reforma educativa (como lo mandata el nuevo Tercero Constitucional); y, hacer valer la idea de empezar a construir “la nueva escuela mexicana”. Las crisis siempre son espacios que permiten generar oportunidades. Pero no, se decidió reproducir el sistema escolar *tardío* de clases en aula, pero ahora en línea y en televisión. El sistema educativo de México, el régimen académico, ahora y frente al nuevo escenario que se viene, no debe estar sostenido por clases, ni por esquemas meramente formales y rígidos, tampoco solo a distancia, sobre todo cuando se sabe que, en su gran mayoría, como se ha señalado antes, los estudiantes pobres no cuentan con las condiciones para mantenerse con tareas y clases de ese tipo. Los que tienen computadoras en sus casas, internet, teléfonos inteligentes, bibliotecas y facilidades para tener todo el tiempo para llevar a cabo sus tareas son una minoría en el país.

La SEP y las universidades, deben de organizar un nuevo sistema de aprendizaje social que proporcione materiales de estudio de todo tipo (casa por casa); entregar laptops de forma masiva (hay instrumentos de este tipo muy baratos que pueden conseguirse); que las compañías de telefonía móvil, comenzando por TELMEX, otorgue de forma gratuita capacidad y tiempo para usar los celulares de los estudiantes (ya se sabrá cómo controlar esto, por supuesto) como auxiliares;

diseñar y promover softwares accesibles para toda la población escolar y familiar, que promuevan una educación lúdica, entretenida, constructivista, con acceso a libros, revistas y bancos de datos y bibliotecas de todo tipo; abrir todos los canales de televisión con programas de contenido educativo y cultural; organizar una línea telefónica masiva de profesores como asesores, para consultas de los estudiantes de cualquier tipo y nivel; y, eliminar la idea de que quién no haya cubierto sus clases a distancia será reprobado cuando la pandemia esté controlada (¿?), y eliminar todo tipo de exámenes ahora y para después; insistir en mantener el ciclo escolar como si fuera lo más importante del mundo, debería de replantearse.... Eso y mucho más.

ALGUNOS DILEMAS JURÍDICOS EN LA “ERA DEL COVID”

Sergio GARCÍA RAMÍREZ¹

Hoy despertamos a una “nueva era”: los tiempos del COVID. Sea lo que fuere sobre la duración de la pandemia, ésta abrió la puerta hacia una nueva forma de ser y de vivir. Se dice que no seremos los mismos (los que sobrevivan, por supuesto) cuando se haya retirado la enfermedad y comience el retorno a otra manera de entender la “normalidad”.

Por lo pronto, esta pandemia y su alud de consecuencias inmediatas proponen a los juristas numerosos problemas que es preciso identificar y resolver (aunque sea sin derroche de doctrina) En muchos casos, aquéllos se plantean como verdaderos dilemas.

Ahora bien, no se trata de asuntos reducidos al ingenio y la deliberación de los hombres de leyes. Son temas para todos, Merecen reflexión general. Las soluciones que aportemos (o las omisiones en que caigamos) se volcarán sobre el conjunto social. Veamos algunos dilemas, entre muchos.

1. ¿Qué hay del Estado de Derecho y la salud de la República?

Enfrascados en la recepción de noticias abrumadoras sobre los peligros que se ciernen sobre nuestra salud, no tomamos nota de otras amenazas, no menos severas (y cumplibles), que acosan al Estado de Derecho y a lo que podemos llamar —con una expresión antigua que debemos poner al día— la “salud de la República”.

El Estado de Derecho implica claridad, respeto y garantía sobre los derechos de los ciudadanos —penosamente conquistados y preservados— y sobre los deberes de los gobernantes —en trance de abuso o extravío cuando soplan los vientos del autoritarismo. En el Estado de Derecho hay instituciones que son baluarte para el respeto de aquellos derechos y garantía del cumplimiento de esos deberes. Cada institución republicana actúa en espacios acotados. Todas comparten la enorme

¹ Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM. Profesor Emérito de la UNAM e Investigador Emérito del Sistema Nacional de Investigadores.

responsabilidad de preservar la libertad y la democracia. Y la sociedad, informada y deliberante, vigila a través de la opinión pública —y otros medios—, que son herramienta de la democracia.

Pero el virus incontenible y la administración de las calamidades no saben gran cosa del Estado de Derecho y de la “salud de la República”. Gradualmente se hace costumbre —al calor del capricho ocurrente— la reducción de los derechos, el olvido de los deberes y la usurpación de facultades de las instituciones que se retraen, a manos del poder que avanza. Me temo que podemos contraer otro virus letal si continúa esta erosión del derecho y la institucionalidad. Comenzó hace algún tiempo y hoy avanza con más diligencia que la pandemia.

Cuidado con la tentación —exitosa— de gobernar a través de discursos y decretos. Cuidado con el retraimiento de los órganos llamados a preservar el equilibrio de poderes, sometidos bajo el peso de extrañas lealtades. Cuidado con la presión creciente sobre los derechos de los ciudadanos y el manejo irreflexivo de los recursos públicos.

Ha tomado fuerza la idea, expresa o implícita, de que estamos frente a un dilema. Si no aligeramos los derechos, moderamos los deberes y detenemos el flujo de las instituciones —en favor de una sola, que gobierna—, nos llevará el vendaval de la pandemia. He ahí la alternativa, que el poder efectivo no se atreve a presentar en sus términos, pero ejerce en su conducta cotidiana. ¿Cuál será nuestra respuesta frente a este dilema? Puede ser la pérdida del Estado de Derecho, que es otra forma de perder la vida.

2. ¿Cómo resolveremos la tensión entre derechos que hasta hoy han estado a salvo de cuestionamientos, y que ahora sufren el amago de decisiones discrecionales de las que dependen la vida o la muerte?

Es obvio que me estoy refiriendo al inmenso problema que suscitó, sin necesidad verdadera, una inesperada guía sobre la atención que se debe brindar a varios enfermos de coronavirus en riesgo de muerte cuando no se cuenta con los elementos necesarios para salvar a todos, y se presenta la “necesidad” de elegir la “vida preferible”. Sabemos que a raíz de una reacción airada en muchos medios —entre

ellos, los que se elevaron en las filas universitarias— se “revisó” la guía de marras y se corrigieron algunos desaciertos.

Sin embargo, los autores de la guía —quienes fueran— sembraron una semilla que tendrá frutos. Esto así, porque el problema existe y no será fácil resolverlo en la intimidad de la conciencia de los médicos y en la mesa de los comités de ética de nuestros hospitales. ¿Habrá que decidir en esos foros sobre el derecho a vivir de una persona, que se afirma, frente al mismo derecho de otra, que declina? Discúlpese la aspereza de la pregunta. Es posible formularla en otros términos, pero el problema sigue presente y urgente, cualesquiera que sean las palabras para describirlo. He ahí el dilema que acecha tras el texto original y revisado de la guía de tratamiento.

Frente a ese dilema, debemos subrayar que ninguna vida vale más que otra. Todas tienen el mismo rango. Se amparan en la dignidad humana, que no hace diferencias ni permite concesiones. El punto se ha planteado en la reflexión de los penalistas a propósito del estado de necesidad, una excluyente de incriminación que permite optar por un bien mayor en detrimento de otro menor. Pero en la materia que nos ocupa no hay vida mayor y vida menor. Un ilustre profesor alemán, Claus Roxin —maestro de muchos penalistas mexicanos— afirma con énfasis: ninguna vida prevalece sobre otra; “no se puede sacrificar al débil mental para salvar al premio Nobel, ni al anciano achacoso para mantener la vida del joven vigoroso, ni al criminal antisocial para conservar una vida valiosa”.

Llevemos el problema a otro terreno, donde se debe instalar para afrontar las consecuencias correspondientes. El derecho a la salud y a la conservación de la vida —el más esencial de todos los derechos— tiene carácter universal. El Estado es el sujeto obligado a respetar y garantizar todos los derechos humanos. Si no satisface ese derecho, debe afrontar su responsabilidad por incompetencia (y acaso por culpa muy grave). También en este sentido puede convertirse en “Estado fallido”. Y el Estado —quiero decir: quienes lo encarnan o representan— no puede escudar la violación del derecho a la vida aduciendo que no previó lo que era previsible, o que no cuenta con recursos suficientes. ¿Cómo podría optar por los tornillos de una refinería por encima de los aparatos que le permitirían salvar vidas humanas?

3. Para enfrentar la pandemia con eficacia ¿es preciso suspender derechos y garantías, conforme al artículo 29 de la Constitución?

Esta pregunta alimenta otro dilema —entre cien— que escucho en la deliberación de mis colegas. Se ha dicho —escasamente, por fortuna— que la aplicación del artículo 29 liberaría las fuerzas y los esfuerzos del gobierno, liberación indispensable para afrontar la pandemia y reducir los obstáculos que obstruyen la actuación eficaz del poder público (federal, se entiende). En este caso, el dilema se resume como sigue: ¿debemos suspender esos derechos y esas garantías en vista de que la sociedad se halla “en grave peligro o conflicto” y de que tropezamos con un “obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación”, o debemos seguir al amparo de las normas y los medios ordinarios y de otros preceptos constitucionales?

Hay varias observaciones posibles. De entrada, preguntémonos si se hallan en pleno vigor, ni suspendidos ni atenuados, los derechos y las garantías que recoge la Constitución. Será difícil dar una respuesta afirmativa, tomando en cuenta la oleada de violencia que nos ahoga; el auge de disposiciones arbitrarias con tenue fachada jurídica; la absorción de poder en manos de una sola autoridad; los amagos constantes contra ciertas libertades, entre ellas la de expresión, y otras realidades que ensombrecen el imperio de los derechos y las libertades.

Dejando de lado lo anterior —gajes de una práctica viciada— habrá que recordar que el Consejo de Salubridad General, por una parte, y la Secretaría de Salud, por la otra, cuentan con atribuciones constitucionales (artículo 73, fracción XVI, 1ª. a 3ª) suficientes para enfrentar ejecutivamente el problema que nos agobia, muy diferente del que existiría si el mal que pone a “la sociedad en grave peligro” tuviera una fuente distinta de la enfermedad.

Por otra parte, una suspensión de derechos y garantías (sujeta a ciertas condiciones y restricciones constitucionales, que podrían resultar ilusorias en las condiciones actuales) puede tener alcances prácticos incalculables en función de nuestra abrupta realidad institucional y material. Vale imaginar lo que ocurriría si ciertas autoridades que hoy operan en la penumbra de la ilegalidad se sintieran con bríos para actuar bajo la “luz” de la constitucionalidad excepcional. Los hechos son

los hechos. Desbordan la especulación académica, que puede moverse en el terreno de la ilusión.

Es así que el tercer dilema mencionado se resuelve en contra de la aparatosa suspensión de derechos y garantías, con sus inimaginables —o al revés; muy imaginables— consecuencias. Será mejor que despleguemos los medios que provee la constitucionalidad ordinaria antes de sumergirnos en una aventura que puede arrastrar a la nación.

EL ROL DE LOS ABOGADOS FRENTE A LA PANDEMIA. MESURA Y RESPONSABILIDAD ANTE UN FUTURO INCIERTO

Juan Jesús GARZA ONOFRE¹

En México difícilmente es posible hablar del gremio de quienes practican la abogacía bajo estándares de homogeneidad. La dilatada desregulación de la profesión jurídica en el país ha llevado a una completa indeterminación para conocer las condiciones en las que esta se desenvuelve. Se sabe, más o menos, cuántas cédulas se expiden cada año para poder fungir como abogado, pero no se tiene la más mínima idea respecto a la calidad del trabajo de los involucrados, su formación, o siquiera su historial de casos, ya no se diga respecto a los estándares éticos, o demás especificaciones que trasciendan meramente las cuestiones técnicas que puedan orientar a cualquier personas que necesite de los servicios de alguien con licencia para ejercer el Derecho. Y, sin embargo, parecería que en el imaginario colectivo la idea de gremio (la noción sobre un colectivo profesional uniforme) subsiste y permanece constantemente en el debate público, generando al mismo tiempo aversión o simpatía —según dependa del caso en el que se les involucre—.

De tal forma que los abogados no pueden permanecer ajenos a la realidad en la que se insertan, tanto por fungir como los traductores primarios de los intereses de las personas que anhelan conseguir ciertas pretensiones jurídicas, así como también por sus intrincadas y estrechas relaciones con el funcionamiento integral del sistema de justicia. A pesar de que la amplia cantidad de profesionistas que existen propulse su inadvertencia, o más allá de que su papel suele quedar oscurecido frente a la preponderancia de otros operadores jurídicos tradicionalmente más visibles —como los jueces o los mismos legisladores—, en definitiva, los abogados irán fraguando prefiguraciones e identidades sobre sus actuaciones colectivas a partir de los casos individuales más emblemáticos que resalten en la agenda que dicta la cotidianidad.

Frente a un contexto de emergencia sanitaria por el COVID-19, ciertas profesiones cobran especial relevancia por la forma en que sus labores pueden

¹ Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

ayudar no solo a enfrentar lo desconocido sino, y sobre todo, por prevenir las consecuencias venideras.

En concordancia con el Gobierno, como el principal organizador y orquestador de la estrategia a seguir para poder atenuar lo ocurrido, es crucial echar mano de la cordura y tratar de dimensionar las responsabilidades que le corresponden a cada persona tanto en lo individual como en lo colectivo al formar parte de una agrupación determinada. Así, el rol de enfermeros, farmacéuticos, médicos —y, en general, de los profesionistas de la salud— resulta fundamental, por las propias características de su trabajo, al ser la primera línea a de defensa contra los efectos desatados por la pandemia. Aunado a un sinfín de gremios y actividades (como las relacionados con la seguridad, los servicios públicos, el sector financiero, la industria alimenticia, las telecomunicaciones, entre varios más), cuyas tareas pueden hacer que la vida en común funcione bajo lo estrictamente esencial, no cabe duda de que es tiempo para la prudencia, la medida y la introspección; intentando, así, reivindicar el sentido de vivir en una comunidad temporalmente aislada pero que, tarde que temprano, tendrá que reanudar y reinventar sus dinámicas.

Porque si se de verdad se es consciente de que el mundo entero se encuentra bajo circunstancias extraordinarias, claramente, es posible comprender que no se puede continuar con las rutinas ordinarias. Que, por un momento, habrá que reflexionar sobre las implicaciones que conlleva compartir un mismo espacio.

Así, surge la interrogación sobre cuál debe ser el rol de los abogado durante la presente situación emergente. De qué forma les corresponde actuar a las personas que tienen el monopolio para accionar la maquinaria del sistema judicial y así poder litigar de miras a satisfacer los requerimientos de terceros implicados.

Vale la pena mencionar que la formulación de dichas cuestiones no plantea una mera cuestión instrumental tendiente a solventar una problemática cortoplacista. Nada más errado. En el fondo, tales preguntas buscan indagar en la concepción que cada ejerciente tiene sobre el Derecho y las posibilidades del mismo, analizando la manera de cómo los abogados deben asumir su faceta como agentes coadyuvantes del sistema. Porque estos operadores jurídicos, simple y sencillamente, no pueden obviar que, bajo este inédita coyuntura, resulta complejo

desplegar una actitud que tienda al pleito y la confrontación, continuando militando en un modelo de profesionista aguerrido y temerario, que al momento de desafiar a sus oponentes, busque interpretar las reglas a conveniencia y así se pueda aprovechar de la confusión e incertidumbre del momento.

Aunque esto para nada quiera decir que se tenga que desnaturalizar el aspecto de la profesión que se encuentra condicionado a la resolución de controversias, es importante mencionar que otros aspectos menos destacados del trabajo de los abogados (como la generación de acuerdos, el escuchar lo que el cliente verdaderamente quiere y hacer explícitos sus costos y lo que está dispuesto a perder en aras de conseguir un acuerdo, el acompañamiento sincero, o el incesante asesoramiento de las necesidades de otros involucrados), resultan indispensables que se pongan en práctica a la luz de lo que es posible hacer y de sus consecuencias posteriores en un futuro bastante incierto.

Los bochornosos casos tanto de abogados en lo individual como de colectivos y organizaciones no gubernamentales que hacen un uso trivial del litigio estratégico, lucrando con los medios de control constitucional para sus propios fines, escondidos bajo el pretexto de un falso bien común, parecería que verdaderamente creen que sus quehaceres dinamitarán grandilocuentes cambios y apremiantes transformaciones. El afanoso protagonismo expuesto en muchos de los casos de diversos litigantes que ambicionan que tal o cual medida tomada a partir de la emergencia sanitaria sea detenida o propulsada con un amparo, a duras penas conseguirá un beneficio generalizado y sustentable para el porvenir.

Habrá que insistir en que después de la pandemia, fatigosamente, nuestro entorno volverá a ser el mismo; y, por tanto, muchas de las acciones de los abogados que en plena crisis no cesan su actividad litigiosa —así como sus insaciables ganas de reflectores y aplausos—, lo único que están causando es un detrimento de la imagen social de la profesión, develando su irresponsable manejo de las estructuras jurídicas a costa de las fisuras y grietas que deja una intempestiva catástrofe global. Y es que al pensar que la solución que no han ideado un grupo de expertos en la materia, ni mucho menos se ha podido encontrar en otras latitudes del mundo, proviene del litigio abogadil ante tribunales y, ¡peor aun!, que algo tan

limitado como una sentencia favorable pueda ser el medio idóneo para enfrentar esta enmarañada atmosfera, claramente, pone en evidencia una mentirosa, triste y limitada visión sobre la profesión. Evocando al mitológico Narciso que se desprecia y se niega a aceptar su realidad, viviendo entre ensoñaciones propias hechas a la medida, autoelogios y desmesura, este tipo de abogado cuyas alborotadas labores pleitistas no se detienen ni en la antesala del apocalipsis, no se percata de que el resultado último de su trabajo será contraproducente, pues no solo es que sus efímeras victorias se terminen por difuminar entre los azaroso y nuevos eventos que, día tras días, se manifiestan por la pandemia, sino que también contribuye a desajustar las posibilidades de lo que el Derecho realmente puede hacer por mejorar la vida de las personas.

No se malentienda. El litigio estratégico, la interposición de amparos en contra del propio sistema cuando este se ha pervertido y ha derivado en terribles injusticias, es una herramienta bastante valiosa y con innumerables potencialidades. No cabe la menor duda. Son loables los esfuerzos que, a lo largo de la historia contemporánea, han realizado muchos abogados para construir sociedades que puedan acceder a la justicia de mejor forma. Pero que quede claro, si el litigio estratégico no se estructura a partir de la racionalidad de los involucrados para remediar graves daños estructurales, este se torna fútil, ya que, funcional y valorativamente, ante la actual emergencia, es muy dudoso que su interposición, sirva más allá de los egocéntricos fines de sus accionantes.

Habrà que advertir que las condiciones de hoy en día, en gran medida, han propiciado que la abogacía tienda a convertirse cada vez más en un negocio guiado por el egoísmo y subordinado a turbios intereses, antes que desarrollarse como profesión de índole social.

Pero no todo eso así. La pluralidad de la abogacía, a la cual se hizo alusión, permite la posibilidad de encontrar un variado número de profesionistas comprometidos con lo que sucede en estos momentos. Desarrollando funciones un tanto atípicas en la profesión que proponen habilidades de entendimiento, escucha y diálogo para ser moldeadas dependiendo de la ocasión, con el fin de evitar agravar una situación desconocida o bien sortear el conflicto.

Así, existen profesionales del Derecho que en estos precisos instantes se han encargado de orientar a sus clientes a través de plataformas para responder dudas legales sobre la pandemia, generando redes solidarias de información jurídica para afectados, o también muchos otros que se encuentran instando a los legisladores para que hagan su trabajo correspondiente y puedan esbozar un marco normativo adecuado para lo que se viene. Porque, tal vez, ante una fractura social tan impredecible, la mejor manera de ayudar sea propiciando circunstancias para no aprovecharse de los quiebres que deja la misma.

Fortalecer el trabajo de los abogados como mediadores y conciliadores, a través de la ética del cuidado, podría plantearse como una especie de reorientación de la profesión, revelando la urgente necesidad por desplegar una metodología holística en el litigio, que entienda a los procesos jurídicos desde una óptica mucho más amplia que la mera confrontación.

Ante escenarios catastróficos que ponen en entredicho las estructuras económicas y políticas a las que hasta ahora respondía una remota normalidad, las nuevas condiciones del entorno exigen para el futuro la disposición por replantear roles sociales e imaginar nuevos horizontes que fomenten valores como la solidaridad, la disciplina, el respeto, la tolerancia..., fines que comulguen con la construcción de un entorno muchísimo más igualitario y en el que la perniciosa tendencia por incesablemente discrepar y provocar pleitos innecesarios no prime sobre la cordura y la racionalidad que debe enarbolar cualquier vínculo relacional.

Quizá no solo sea momento de repensar y modificar hábitos colectivos y costumbres general... Va siendo hora de enfocarse en conductas individuales y situacionales, de ver qué se puede hacer en lo individual por el gremio.

En ese sentido, tal vez, hoy más que nunca, el trabajo de los los abogados debe encaminarse hacia la mesura y la responsabilidad; y comprender que no por ganar casos y ser alguien exitoso o mediático en un campo disciplinar específico, esto viene a significar de forma inmediata que también esa misma persona sea un buen profesional. Habrá que recordar que no necesariamente un buen abogado es una buena persona.

SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL PARENTAL DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES Y COVID-19

Nuria GONZALEZ MARTÍN¹

Para iniciar, queremos poner de relieve, una vez más, que la infancia a nivel global sigue pendiente de la atención necesaria; que no son el futuro, que son el presente y hoy más que nunca, por muchas, diversas y lamentables situaciones por los efectos del COVID-19.

Las niñas, niños y adolescentes, éste sector poblacional vulnerable por antonomasia, pareciera que nunca cobran el protagonismo necesario para que se pueda atender y proteger sus derechos de una manera íntegra en su interés superior.

La emergencia sanitaria por COVID-19, no ha sido la excepción y ahí, de nuevo, tenemos —siguiendo a nuestro colega, amigo y “niñólogo” de cabecera, Jorge Cardona—, cómo los niños, niñas y adolescentes son, paradójicamente, los menos afectados por la enfermedad del coronavirus pero sí los más afectados por las medidas adoptadas para luchar contra la misma, básicamente el distanciamiento social con la confinación en sus casas. El interés superior del menor es una consideración primordial y por ello el respeto del conjunto de sus derechos y su desarrollo holístico se plantea ante las consecuencias tan graves que genera o generará en la infancia que vivió en tiempos del COVID-19, ¿cuál es, entonces, el límite que el derecho debe respetar?²

La sana distancia, el “quédate en casa” y en definitiva, el distanciamiento social, tiene consecuencias directas en la salud de nuestras niñas, niños y adolescentes desde el momento en que no tienen acceso al aire libre, al

¹ Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Investigadora del Sistema Nacional de Investigadores, Nivel III. Mediadora Certificada por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México. Asesora Externa *ad honorem* de la Secretaría de Relaciones Exteriores mexicana.

² Cardona, Jorge, *Drets de la infància et la adolescència i COVID 19*, La Facultat respon, Universitat de València, 2020. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=7MhpgoyR6t8> [Último acceso: 4 mayo 2020].

esparcimiento, a recibir de los rayos del sol la vitamina C, al juego en la calle, a reunirse con sus compañeros de clases y amigos; consecuencias en su educación ante una enseñanza en línea³; consecuencias sociales que se aceleran ante la recesión económica y desempleo de los progenitores; incremento de violencia — física o emocional— agudizada por tener que vivir bajo el mismo techo con el maltratador/a y/o abusador/a durante la “cuarentena” generada por la pandemia⁴.

Cuando planteamos el respeto del conjunto de los derechos del niño, también hablamos de colisión de intereses:- Ponderando diversos elementos —derecho a la salud/derecho al juego—; - Compaginando entre derechos públicos —derecho a la salud/derechos de los niños—; - Visibilizando niños y adolescentes en situaciones especiales de vulnerabilidad —pobreza/marginalidad/discapacidad y o enfermedad/minorías étnicas/hacinamiento—.

Temas complejos en el que comulgan el interés colectivo y el interés superior del menor, y en donde la defensa de los dos derechos en competencia se convierte en el reto⁵; un tema siempre presente en los debates y discursos académicos en torno a las infancias pero también un tema pendiente de aterrizar en los planes y acciones gubernamentales.

El rastro y las consecuencias que dejará el distanciamiento social, no se borrará pronto ni resultará fácil de resolver, en donde añadimos que las medidas escalonas para terminar con el confinamiento en casa, como por ejemplo sin acceso libre a los espacios de juego, limitada en algunos países a 1 hora diaria, a 1

³ Jasarevic, Tarik, COVID-19: la FICR, UNICEF y la OMS publican una guía para proteger a los niños y apoyar la seguridad en las operaciones escolares, Marzo 2020, Disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/detail/10-03-2020-covid-19-ifrc-unicef-and-who-issue-guidance-to-protect-children-and-support-safe-school-operations> [Último Acceso: 24 Abril 2020].

⁴ Al respecto, véase un documento que se hace eco de las múltiples violaciones a derechos humanos en tiempos de COVID-19 y que hace visible el impacto que pueda tener las víctimas de violencia en el hogar. Secretaría de Gobernación, *Observaciones sobre violaciones a derechos humanos durante la contingencia sanitaria por COVID-19. Documento elaborado por la Subsecretaría de derechos humanos, población y migración*, Ciudad de México, Abril 2020, 18 pp.

⁵ Cardona, Jorge, “Presentation of General Comment No. 14: Strengths and Limitations, Points of Consensus and Dissent Emerging in its Drafting”; Council of Europe, *The best interests of the child – A dialogue between theory and practice*, Council of Europe, 2016. Disponible en <https://rm.coe.int/1680657e56> (Último acceso: 4 mayo 2020), pp. *passim*; Cardona, Jorge, “El interés superior del niño a los 4 años de la aprobación de la Observación General 14 del Comité de Derechos del Niño” en Sanz Caballero, Susana (dir.), *El interés superior del niño en la jurisprudencia internacional, comparada y española*, 2017, pp. 99 y ss.

kilómetro de distancia de sus casas e incluso limitada en el número de niños que acompaña a cada adulto, no se proyectan pensando en que los niños deben ser primero y ni siquiera en la creación de lugares aptos, después de la crisis sanitaria, para ellos en su interés superior; que no son temas menores, que nunca lo han sido y que hoy necesitamos cuidar para que el adulto de mañana haya tenido la oportunidad de ser cuidado por sus familias y por el Estado, como un deber del mismo, igualmente.

Como decimos, no podemos evitar, dada la situación en la que vivimos, traer a colación, por supuesto, al tema en torno a la sustracción internacional parental de niñas, niños y adolescentes y por ello la solicitud de la restitución internacional de dichos menores. Los Estados firmantes de convenios internacionales en la materia tienen la obligación de garantizar la restitución de aquellos menores trasladados o retenidos de manera ilícita por parte de uno de sus progenitores, e incluso, a veces, por parte de un pariente cercano, aún en tiempos del COVID-19, atendiendo al interés superior de dicha infancia. Así se establece tanto en el Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores como en la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores de 1989, gestados en el foro de codificación universal y regional, respectivamente. Ambos firmados y ratificados por México y en donde el primero de ellos, el Convenio de La Haya de 1980, cobra interés dado que son 101 países los que forman parte del mismo⁶ y por tanto la interacción entre Estados parte firmantes vislumbra una mejor comunicación y, por ende, cooperación y confianza para resolver los casos de menores involucrados.

El Convenio de La Haya de 1980, por tanto, establece procedimientos para asegurar el retorno inmediato de los menores de 16 años al Estado de su última residencia habitual, trasladados o retenidos ilícitamente por uno de sus progenitores —progenitor sustractor—, en infracción a los derechos de guarda, custodia y/o visitas legítimamente atribuidos o reconocidos del otro progenitor —progenitor perjudicado—.

⁶ <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=24> (última consulta 29 de abril de 2020).

Se considera que estamos ante un traslado o retención ilícita, según el artículo 3 del Convenio de La Haya de 1980: 1. Cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y 2. Cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

En definitiva, la Convención de La Haya de 1980 tiene una regla general, el retorno inmediato, es decir, la restitución inmediata con el objeto de proteger a los menores en su interés superior, previendo solo excepciones limitadas para no restituir.

Por lo tanto, tenemos una regla o norma y excepciones, a veces no tan “excepcionales”:

1. Regla. Localizar y restituir inmediatamente al menor a su última residencia habitual y restaurar el *status quo* anterior a la sustracción tan pronto como sea posible para evitar los efectos dañinos del traslado o retención ilícita, en su interés superior⁷;
2. Excepción. No restituir si se da ciertas circunstancias:
 - Artículo 2 (2), la excepción de retorno del menor cuando quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente debido al paso del tiempo (el plazo establecido es de un año: tiempo transcurrido entre la sustracción y la solicitud de restitución en el país de origen –no el tiempo que transcurre hasta que la autoridad judicial o administrativa lo recibe-) ⁸;

⁷ El Interés Superior del Menor (ISM), en materia de sustracción internacional parental de menores se basa —con el cuidado debido que se debe tener porque estamos ante un concepto jurídico indeterminado que se define caso por caso— en la pronta restitución del menor a su residencia habitual. Un principio, el ISM, que deberá ponderarse de acuerdo con las excepciones previstas en los artículos 12 y 13 y 20 del Convenio de La Haya de 1980.

⁸ Se busca evitar dilaciones injustificadas que pueden resultar perjudiciales para los niños, niñas y adolescentes.

- Artículo 13 (1)(a), haya habido consentimiento o aceptación por parte del solicitante de restitución,
- Artículo 13 (1)(b), exposición del menor a un “grave riesgo”, es decir, peligro grave físico o psíquico o una situación intolerable⁹;
- Artículo 13 (2), la objeción del menor según su edad o grado de madurez¹⁰ y
- Artículo 20, violación de derechos humanos fundamentales.

Asimismo, del Convenio de La Haya de 1980 destacamos que tiene un contenido que determina la cooperación entre Autoridades Centrales, fundamental para colaborar y confiar entre dichas autoridades así como con las autoridades judiciales y en donde subrayamos, por su sentido colaborativo también, la mediación familiar internacional con la promoción del retorno voluntario y medidas adecuadas establecidas en sus artículos 7 y 10. Igualmente, determina claramente la competencia judicial internacional, es decir, cuál es el juez nacional competente internacionalmente, y así dispone que la competencia sobre la restitución corresponde al juez del lugar donde el menor ha sido traslado o retenido ilícitamente y la competencia sobre asuntos de fondo, como la guarda o custodia, corresponde al juez del lugar de su última residencia habitual antes del traslado o retención ilícita. No sobra decir, en este momento, que el nexo o punto de contacto o conexión para la determinación de la sustracción/restitución internacional, en el derecho internacional privado, es la residencia habitual; no importa las nacionalidades

⁹ Debido al uso, y quizás el abuso, de la alegación de “grave riesgo” (peligro grave físico o psíquico, o que de cualquier otra manera lo pusiera en una situación intolerable) contenida en este artículo 13(1)(b), la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, organismo universal en donde se gestó el Convenio de La Haya de 1980, promovió y, finalmente, se publicó en marzo de 2020, un instrumento de *Soft Law*, la *Nueva Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores -Parte VI- Artículo 13(1)(b)*, con un objetivo claro de orientar a autoridades administrativas —quienes funjan como autoridades centrales—, autoridades judiciales, abogados y asesores, padres de familia inmersos en restituciones internacionales de sus hijos menores, en definitiva, a todos los interlocutores, procurando promover a nivel global la aplicación apropiada, coherente y uniforme de la excepción de grave riesgo del artículo 13 (1)(b) en el marco del Convenio.

¹⁰ Esta oposición a la restitución por parte del menor depende de lo que se denomina autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes, en donde se encuentra el derecho de los niños a ser escuchados y la obligación del juez de hacerlo. La autoridad judicial podría, además, tomar en cuenta que la separación ha puesto en desventaja al progenitor perjudicado, el solicitante de restitución, que no ha tenido contacto con el niño debido a ese traslado o retención ilícita.

implicadas en el asunto concreto, aún con la tendencia de creer que al coincidir el foro de país donde se dirime la decisión de restituir o no, con la nacionalidad del progenitor sustractor, aquél le será más favorable.

Tampoco está demás dejar apuntado que cuando no haya regulación local vigente, se debe respetar el principio fundamental del derecho a la defensa y garantía de audiencia, es decir, el debido proceso; aplicándose siempre, como mínimo, los procesos que señala la Convención de La Haya de 1980.

En otro orden de ideas, es importante discernir entre el procedimiento administrativo y el procedimiento judicial.

En relación al procedimiento administrativo, el solicitante, o progenitor perjudicado, inicia el procedimiento completando un formulario tipo (art. 8 Convenio de La Haya de 1980) ante la Autoridad Central correspondiente, en este caso, y como regla general, ante la autoridad del país de la última residencia habitual del menor. No es necesario un procedimiento judicial previo.

En relación al procedimiento judicial¹¹ se debe distinguir:

- a) la solicitud;
- b) el auto admisorio de la solicitud: - en donde se hace una revisión de la legitimación del solicitante, es decir, que se encuentra en el ejercicio de la patria potestad o que detenta la guarda o custodia o tiene decretado en su favor algún régimen de visitas por el país requirente; - la presentación de la solicitud de restitución ante el Tribunal competente del país donde se encuentre el menor, tiene como efecto interrumpir la excepción prevista de un año como la fecha límite para la iniciación de los procedimientos de solicitud de restitución (artículo 12); - el juez dictará auto admitiendo a trámite la solicitud y girará oficios a las entidades correspondientes, en el caso de México oficio al Sistema DIF-Nacional, agencia ministerial, al sustractor, quien contará con un término de 8 días para deducir sus derechos —artículo

¹¹ En este capítulo que referimos a continuación, se ofrece, con más detalle, entre otras cuestiones, el proceso judicial en México, González Martín, Nuria, “Capítulo 8. Medios alternativos de resolución de disputas. A. La mediación en los procesos de restitución internacional de niños” en Tenorio Godínez, Lázaro; Rubaja, Nieve y Castro, Florencia (Coords.), *Cuestiones complejas en los procesos de restitución internacional den iños en latinoamérica*, México, Porrúa, 2017, pp. 461-517.

12— y puede ofrecer las pruebas pertinentes para justificar sus excepciones —artículos 12, 13 y 20—.

c) notificación; respetando las garantías constitucionales de audiencia y debido proceso;

d) contestación a la solicitud; en donde el progenitor sustractor sólo podrá hacer valer las excepciones referidas (artículos 12, 13 y 20);

e) audiencia. Se procurará, en todo momento, la restitución voluntaria del menor —solución amigable— (art. 7, inciso c) en relación con el art. 10);

f) resolución. Esta se dictará, de preferencia, en la audiencia —también siempre es conveniente que se encuentre presente el menor sujeto de la restitución—¹². Si procede la restitución se solicita que se faciliten los trámites administrativos necesarios para efectuar la restitución del menor sin peligro (Secretaría de Relaciones Exteriores, Instituto Nacional de Migración, etcétera).

Puntualizar que el Convenio de La Haya de 1980 contempla un término, un plazo —ideal y que se tendría que ir ajustando a la realidad cada vez más— que tienen las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes de seis semanas (45 días) a partir de la fecha de iniciación del procedimiento (art. 11). No olvidemos que el principal problema de funcionamiento práctico de la materia de sustracción internacional de niños, niñas y adolescentes¹³, además de la necesidad del conocimiento puntual de la normativa convencional, es la demora en el proceso (administrativo y judicial), con lo cual concebir y asumir un procedimiento puntual (un proceso interno) podría ser crucial para la consecución exitosa de la restitución

Como vemos, no es un tema sencillo, ninguna materia que esté relacionada con el derecho internacional privado realmente lo es, pero en este caso en el que

¹² En México, se estima procedente el juicio de amparo.

¹³ Para atender cuestiones de funcionamiento práctico de la normativa convencional que fue gestada en otra década, en otra época, en donde la realidad supera los supuestos para los que se crearon tratados internacionales, el órgano universal que representa la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, prevé y realiza, a través de instrumentos de los denominados *Soft Law*, Comisiones Especiales de la normativa concreta, generadora de recomendaciones y conclusiones, así como instrumentos como guías prácticas puntuales sobre un tema que necesita impactar en el modus operandi de los interlocutores que participan en supuestos de derecho internacional privado; en este caso la última comisión especial sobre el Convenio de La Haya de 1980 y 1996 fue la número siete, en octubre 2017, y la nueva guía práctica sobre el artículo 13(1)(b) de marzo de 2020.

estamos manejando cuestiones que involucran a una niñez desamparada, aún cuando creamos que como progeenitores —sustractores o perjudicados— nuestras acciones van por el bien de nuestros hijos —a veces vistos como parte de una propiedad—, el tiempo es un factor fundamental y el cuidado debido con un procedimiento puntual no queda por detrás.

Por esta razón, quisimos esbozar una especie de “ABC” o guía rápida sobre el tema de la sustracción o restitución internacional de menores con una doble intención, en primer lugar, poder explicar, con coherencia a qué caso no estamos refiriendo —no hablamos de secuestro, tipología diferente y encuadrada dentro del marco penal— y, en segundo lugar, poner de relieve que un buen manejo del proceso, en tiempo y forma, puede evitar un daño para el menor que es irreparable para toda su vida.

A estos niños, niñas y adolescentes el COVID-19 también les ha repercutido, si no con la enfermedad directamente, si con las circunstancias derivadas del mismo. Hablamos del cierre parcial de fronteras —derecho al libre tránsito, socavado— o los decretos que han instituido o establecido actividades no esenciales con servicios mínimos o ninguno y por ello la disminución de actividad de autoridades centrales —administrativas— y autoridades judiciales y, por ende, una imposibilidad de actuar de manera expedita y cuidadosa, entre otros, que dejará en un estado de indefensión a los menores que se encuentran en estas circunstancias, víctimas incluso de una violencia que se ha multiplicado por esta adversidad provocada por la pandemia.

Situaciones de una gran complejidad, no solo por la interacción de Estados diferentes, con normativa interna e internacional que confluyen entre sí, sino por la posibilidad de conllevar implicaciones psicológicas, de violencia, maltrato y abuso, alienación parental, entre muchos de los factores que van en detrimento palpable de la salud de la infancia víctima de estos actos. Abogamos para que los procedimientos internacionales para la restitución sigan vigentes aún en circunstancias, tan excepcionales, de pandemia global; si no con la celeridad absoluta y necesaria sí con las garantías como un deber del Estado.

Como ya expresamos, el interés superior del menor en un caso de restitución internacional iría encaminado, aún sabiendo que es un concepto jurídico indeterminado, en el derecho del niño de volver o retornar al lugar de su última residencia habitual, el lugar donde acude a su escuela y convive con sus familiares y amigos para que, en cooperación con las Autoridades Centrales, una autoridad judicial decida dónde va a vivir y que no sean los padres, quienes de manera unilateral tomen dicha decisión. Igualmente, en tiempos de COVID-19 visualizar el derecho del niño, niña y adolescente a mantener contacto y relación con sus padres, contacto transfronterizo y visitas, se torna fundamental, aún de manera virtual.

EL USO DE LA VIDEOCONFERENCIA EN EL DESAHOGO DE PROCESOS JUDICIALES

Juan Carlos GUERRERO VALLE¹

Con motivo de la pandemia y consecuente emergencia sanitaria generada a nivel mundial por el virus SARS-COV2 (COVID-19), los gobiernos en todo el orbe se han visto en la necesidad de imponer cuarentenas en mayor o menor grado de severidad dentro de su territorio nacional, con una característica en común; se paralizaron todas las actividades que no resultan esenciales para la subsistencia o funcionamiento de los estados nacionales, privilegiando, como es obvio, la atención médica y las funciones de abastecimiento y suministro de medicamentos y alimentos a su población.

Es en este escenario, en el que la mayoría de los órganos jurisdiccionales y los abogados postulantes nos hemos visto en la necesidad de paralizar parte de nuestra actividad profesional y permanecer recluidos en casa, en el mejor de los casos realizando teletrabajo o como mayoritariamente se le conoce *“home office”*.

En virtud de lo anterior, surgió válidamente la siguiente pregunta: ¿Es o sería posible tramitar y desahogar diversas fases del procedimiento judicial en forma virtual, en especial el desahogo de pruebas a través de videoconferencias?

Con miras a dejar en claro hasta qué punto estamos involucrados en este tema, a nivel nacional, nos encontramos con que tenemos antecedentes de convenios e instrumentos internacionales firmados por el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos, en los que se permite el uso específico de esta tecnología, sobre todo, si partimos de la premisa de que, es un Derecho Humano que todos los justiciables en México aspiren a la impartición de Justicia de manera pronta y expedita; derecho consagrado en el artículo 17 de la Constitución Política; sin perder de vista que desde el año 2008 los Tribunales y Juzgados federales hacen uso de videoconferencias para el desahogo de algunas diligencias judiciales.

¹ Miembro de Número de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, Socio del Despacho Rendón-Guerrero; jcgurrero@rendonguerrero.com www.rendonguerrero.com.

Para una mejor comprensión del presente trabajo, entenderemos a la videoconferencia como una herramienta de carácter procesal, la cual permite superar el factor de distancia y que una persona que es parte dentro de un Juicio, desarrolle un determinado acto procesal, con increíbles posibilidades en materia de dirección del proceso.

Expuesto lo anterior, el presente trabajo se desarrolla bajo la luz de los siguientes Tratados Internacionales, y acuerdos nacionales, en el orden en que son expuestos: (1) *“Convenio Iberoamericano Sobre el Uso de la Videoconferencia en la Cooperación Internacional Entre Sistemas de Justicia”*, (2) *“Convenio de la Conferencia de la Haya sobre obtención de pruebas”*, y la referencia al (3) *Acuerdo del Consejo de la Judicatura Federal, que permitió la ejecución del Mecanismo de Reforzamiento a las Medidas de Contingencia Implementadas en los Centros de Justicia Penal Federal por el Fenómeno de Salud Pública Derivado del Virus Covid-19*”, mismos que nos permiten identificar que, no obstante que a nivel internacional tenemos un Convenio sobre el uso de la videoconferencia, a nivel nacional, también tenemos Acuerdos Generales que derivan de la observancia de estos instrumentos internacional, por lo que, de forma fáctica y legal, parece que no tenemos impedimento alguno para la implementación inmediata de la videoconferencia en los procedimientos judiciales internos.

Convenio Iberoamericano sobre el Uso de la Videoconferencia en la Cooperación Internacional entre Sistemas de Justicia

Los días 3 y 4 de diciembre de 2010, se llevó a cabo en Mar del Plata, Argentina, la *XX Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y Gobierno*, de la *Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB)*.

Uno de los resultados de esta cumbre fue, la aprobación del *Convenio Iberoamericano sobre el uso de la Videoconferencia en la Cooperación Internacional entre Sistemas de Justicia*; este documento fue firmado el 3 de diciembre de 2010, en idioma español y portugués por los representantes de estado de 21 países, tales como Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador,

Guatemala, España, Panamá, Paraguay, Portugal, República Dominicana, Bolivia, Cuba, Ecuador, Honduras, México, Nicaragua, Perú, Uruguay y Venezuela.

México, firmo ad-referéndum, el 7 de julio de 2011, el *Convenio Iberoamericano sobre el Uso de la Videoconferencia en la Cooperación Internacional entre Sistemas de Justicia y su Protocolo Adicional relacionado con los Costos, Régimen Lingüístico y Remisión de Solicitudes*, siendo que, tanto el Convenio, como el Protocolo mencionados fueron aprobados por la Cámara de Senadores del H. Congreso de la Unión, el 14 de diciembre de 2011, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 23 de enero de 2012.

El instrumento de ratificación fue firmado por el Ejecutivo Federal el 14 de marzo de 2011 y fue depositado ante la Secretaría General de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos el 23 de noviembre de 2012.

Ahora bien, en relación con la entrada en vigor del referido Convenio, el artículo 11, párrafo 3, del Convenio establece:

3 – El presente Convenio entrará en vigor a los ciento veinte días a partir de la fecha en que haya sido depositado el quinto instrumento de ratificación o adhesión.

En base al anterior artículo, el convenio entró en vigor el 17 de julio de 2014, fecha en la cual, se cumplieron los ciento veinte días de haber sido depositado el quinto instrumento de ratificación, por parte de Ecuador, entrando en vigor, en la fecha señalada, para España, México, Panamá, República Dominicana, además del propio Ecuador.

El artículo 1° del Convenio establece que tiene como objeto *favorecer el uso de la videoconferencia entre las autoridades competentes de los Estados Iberoamericanos firmantes como un medio para fortalecer y agilizar la cooperación mutua en materia civil, comercial y penal.*

Por su parte, el artículo 2° del Convenio define a la videoconferencia como *“un sistema interactivo de comunicación que transmita, de forma simultánea y en tiempo real, imagen, sonido y datos a distancia de una o más personas que presten declaración, ubicadas en un lugar distinto de la autoridad competente, para un*

proceso, con el fin de permitir la toma de declaraciones en los términos del derecho aplicable de los Estados involucrados.”

Así mismo, este Convenio marca las directrices para llevar a cabo el desahogo de prueba mediante videoconferencia cuando el Estado requirente necesite examinar a una persona en el marco de un proceso judicial, en su calidad de parte, testigo o perito, o bien, en diligencias preliminares de investigación; además, el Convenio en su artículo 5°, establece que el examen mediante videoconferencia se realizará directamente por la autoridad competente de la parte requirente o bajo su dirección, en términos de su Derecho nacional.

El artículo 5° del Convenio referido, es del tenor literal siguiente:

Artículo 5°

Desarrollo de la videoconferencia

En lo concerniente al uso de la videoconferencia, se aplican las siguientes normas:

- a) el examen se realizará directamente por la autoridad competente de la Parte requirente o bajo su dirección, en los términos señalados en su derecho nacional;*
- b) la diligencia se realizará con la presencia de la autoridad competente del Estado requerido y, si fuera necesario, de una autoridad del Estado requirente, acompañadas, de ser el caso, por intérprete;
- c) la autoridad requerida identificará la persona a examinar;
- d) las autoridades intervinientes, en caso necesario, podrán aplicar medidas de protección a la persona a examinar;
- e) a petición de la Parte requirente o de la persona a examinar, la Parte requerida le proveerá, en caso necesario, de la asistencia de intérprete.
- f) La sala reservada para la realización de la diligencia por sistema de videoconferencia deberá garantizar la seguridad de los intervinientes, y preservar la publicidad de los actos cuando ésta deba ser asegurada.

Sin duda, la posibilidad de que la autoridad requirente sea quien interroge y/o lleve la dirección del examen de testigos, de las partes y peritos, es algo totalmente novedoso a nivel internacional, siendo que, no todos los países están en posibilidades, conforme a sus sistemas jurídicos, de aceptar esta extensión de

ayuda dentro de la cooperación internacional que prestan, debido a conflictos o interpretación relacionadas a su concepto de soberanía.

Convenio de 18 de marzo de 1970 sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial

En complemento con el Convenio anterior, tenemos el *Convenio de La Haya de 18 de marzo de 1970 sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en materia Civil o Comercial*, el cual entró en vigor internacionalmente el 7 de octubre de 1972 y para México entró en vigor el 25 de septiembre de 1989.

Actualmente son parte de este Convenio poco más de 63 países, y el mismo tiene gran importancia ya que, es una de las fuentes normativas más importantes que regulan la cooperación judicial internacional a nivel mundial. Cabe mencionar que en la esfera regional, la materia está contemplada y complementada por la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero y su Protocolo Adicional.

En los últimos años, se ha preguntado si México, permite el desahogo de pruebas mediante videoconferencia, en términos del artículo 9 de este convenio, y la opinión ha sido en el sentido de que, claro que se puede, pues no existe una incompatibilidad, ni imposibilidad para tal efecto, lo cual es así debido a que el Estado Mexicano, a la fecha, es parte firmante de un convenio específico sobre el uso de la videoconferencia el cual es totalmente vinculante para el país.

El artículo 9 del Convenio de la Haya de 1970, es del tenor literal siguiente:

Artículo 9

La autoridad judicial que proceda a la ejecución de una carta rogatoria, aplicará en cuanto a la forma las leyes de su propio país.

Sin embargo, se accederá a la solicitud de la autoridad requirente de que se aplique un procedimiento especial, excepto si este procedimiento es incompatible con la ley del Estado requerido o es imposible su aplicación debido a la práctica judicial del Estado requerido o por sus dificultades prácticas.

La carta rogatoria se ejecutará con carácter de urgencia.

Curiosamente, mientras terminábamos de escribir estas líneas, el Buró Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado

informó que ya se encuentra disponible la Guía de Buenas Prácticas sobre el Uso de Videoconferencias bajo el Convenio de La Haya de 1970 sobre Obtención de Pruebas en el Extranjero en materia Civil y Comercial, siendo que, como ya hemos comentado, la base del uso de la Videoconferencia se encuentra sustentado en el artículo 9 del Convenio, y la Guía de Buenas Prácticas, tiene como base un proyecto de Convenio de la Haya, similar al Iberoamericano comentado en líneas anteriores, que no llegó a una versión aprobada, por la problemática que implica, el determinar quién debe de dirigir el desahogo de una prueba, cuando se está en una Videoconferencia.

Aunado a lo anterior, tenemos que la oportunidad, la compatibilidad y posibilidad de implementar las videoconferencias en los procedimientos judiciales, quedó demostrado con las medidas que implementó el Consejo de la Judicatura Federal² recientemente, para permitir, el desahogo de diversas pruebas y diligencias, mediante videoconferencia, reforzando la idea de que, la utilización de este medio de desahogo dentro de los procesos penales, respeta el principio de inmediatez que debe de existir entre quien juzga y quien es juzgado, y el cual es recogido dentro de nuestro artículo 20 Constitucional.

El anterior acuerdo del Consejo de la Judicatura Federal, dejó claro y evidenciado que, en los procesos penales la Videoconferencia y el principio de inmediatez coexisten, lo que nos lleva a concluir que, con mayor razón este binomio deberá de entenderse admitido en materia civil, familiar, laboral y mercantil; la anterior conclusión tiene además un nuevo sustento, basado en el hecho de que, las materias procesal civil y familiar, recientemente pasaron a ser competencia de la Federación, junto con la materia mercantil, y tal y como pasó en la materia penal, la implementación de las reglas bajo las cuales deban de desahogarse pruebas, incluyendo el conocimiento de los instrumentos necesarios para poder llevar a cabo ese desahogo, se encontrará unificado en nuestro país, y en una lógica natural, esta

² *“Acuerdo de implementación de Mecanismo de Reforzamiento a las Medidas de Contingencia implementadas en los Centros de Justicia Penal Federal, por el Fenómeno de Salud Pública derivado del Virus COVID-19”, de fecha 2 de Abril del 2020.*

unificación deberá estar en concordancia con los tratados internacionales de los que México ya es parte.

Conclusiones

1. La emergencia sanitaria, nos deja como una gran lección, la necesidad de la implementación y búsqueda de nuevas formas de ejercer las actividades profesionales, en nuestro caso concreto, la abogacía, manteniendo en todo momento activos los engranajes del sistema judicial y la impartición de justicia.

2. Se debe entender la implementación y manejo de las nuevas tecnologías de la comunicación como una herramienta imprescindible en el manejo de actividades de manera remota, venciendo impedimentos como la distancia y la muchas veces innecesaria atención presencial, por lo tanto, una de estas herramientas a considerar, dentro de los procedimientos judiciales, es el desahogo a través de videoconferencias de diversos actos procesales.

3. En México, tenemos claros antecedentes del manejo de las videoconferencias en los procedimientos judiciales, aunado al compromiso vinculante asumido por el Estado Mexicano en el Convenio Iberoamericano Sobre el uso de la Videoconferencia en la Cooperación Internacional entre Sistemas de Justicia, el cual permite y sustenta el uso de la Videoconferencia, llevando su uso a una total disrupción del factor distancia y presencial, permitiendo que, sin que se pueda entender una invasión en las diversas jurisdicciones, el Juez que solicita su uso, que forzosamente es el rector del procedimiento y quien dictara la sentencia que en derecho proceda y que obviamente no se encuentra presente en el lugar, sea quien lleve a cabo la diligencia judicial sobre la que verse la videoconferencia; dentro de los casos más comunes tenemos el interrogatorio a un testigo o algún otro acto de trámite procesal dentro del desahogo de pruebas.

4. Además, conforme a lo pactado en el Convenio de la Haya sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial, se permite la aplicación de un procedimiento especial, como lo es la Videoconferencia, siempre y cuando sea compatible con la Ley del Estado Mexicano, lo cual acontece.

5. Cabe concluir que, como hemos visto, el Consejo de la Judicatura Federal, al menos en materia penal, con motivo de la emergencia sanitaria que atraviesa México y el mundo, terminó por adoptar Mecanismos mediante los cuales, de forma remota, mediante videoconferencias, terminaron desahogándose etapas procesales, dentro de los juicios pendientes y urgentes.

6. Lo planteado hasta ahora, nos permite tener claridad respecto a la viabilidad de la utilización de la videoconferencia y la permisibilidad para que el Juez que lleva la rectoría del proceso, sea a su vez quien lleve la dirección de la audiencia y el desahogo de la videoconferencia, sin que su actuar, se interprete como una invasión de competencias jurisdiccionales, respetando con esto el principio de inmediación, propio de los juicios orales, y que además, robustece el dictado de resoluciones, en los juicios tradicionales, en donde el principio de inmediación no es un tema rector.

AFECCIÓN EN LA TOMA DE DECISIONES PARA EL FINAL DE LA VIDA A CAUSA DEL COVID-19

Josette HERRERA MARTÍNEZ¹

La presencia del SARS-CoV2 (COVID-19) ha modificado el debate sobre la inminencia de la muerte y las decisiones que le rodean, pues nos presenta un nuevo panorama emergente de fallecimiento que resultaba poco previsible para las disposiciones en materia de voluntad anticipada.

La figura de la voluntad anticipada en México se implementa en el entonces Distrito Federal (hoy Ciudad de México) desde el año 2008, logrando abarcar un mapa actualizado de dieciocho Estados de la República Mexicana² (cada uno con sus respectivas denominaciones), como una forma de protección de la dignidad, la libertad y el respeto por la vida misma, todo ello englobado bajo la perspectiva de una muerte digna. Se refiere a un instrumento jurídico que permite a las personas capaces decidir sobre el cómo desean transcurrir el proceso natural de muerte, sin permitir bajo ninguna circunstancia una intencionalidad en la misma, únicamente para el supuesto que aquella se llegase a encontrar en un estadio de etapa terminal; esto supone que el otorgante reflexiona sobre sus deseos finales de vida, bajo la premisa que cuenta con la información suficiente y clara para decidir sobre la enfermedad que padece (consentimiento informado), y que dicha decisión será respetada por todas las personas que le rodean bajo cualquier circunstancia, en el entendido que estamos ante un documento legal que posee los elementos de existencia y validez que la ley correspondiente le requiere.

Conviene señalar las cláusulas que los documentos de voluntad anticipada de forma generalizada contienen, a saber: a) afirmativa o negativa a ser sometido a tratamientos, medios y/o procedimientos médicos que pretendan alargar la vida de

¹ Doctoranda en Derecho con la investigación de grado “Practicidad ejecutiva de la voluntad anticipada en México” en la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).

² Aguascalientes, Ciudad de México, Coahuila, Colima, Estado de México, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Nayarit, Oaxaca, San Luis Potosí, Tabasco, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán, Zacatecas.

forma artificial, cuando no es posible darle continuidad a ésta de forma natural, b) aceptación o rechazo a cuidados paliativos (aquellos que buscan mitigar el dolor y que abarcan desde fármacos hasta acciones espirituales que reconforten), c) aceptación o rechazo sobre la donación de órganos y/o tejidos y, d) manifestación sobre disposiciones mortuorias (ritos sobre disposición del cuerpo). Enfatizando que en cada una de ellas, es factible especificar e individualizar cualquier elemento que permita al otorgante plasmarle de una personalidad propia al documento.

Una de las consecuencias del virus SARS-CoV2 (COVID-19) es el despliegue de complicaciones fisiológicas de acuerdo al estado de salud del individuo enfermo, por lo que presenta un elemento de singularidad en el desarrollo de los mismos, siendo la más grave el riesgo de muerte; de forma tal que si una persona sufre estragos por dicha enfermedad que le imposibilitan para mantener su vida sin la necesidad de estar sometida a medios, procedimientos y/o tratamientos médicos, se encontrará ante una enfermedad en etapa terminal³.

Es precisamente en ese momento que adquiere relevancia la figura de la voluntad anticipada, pues anteriormente a la actual pandemia, el escenario de toma de decisiones para el final de la vida se limitaba a las cláusulas señaladas, a la designación de la persona responsable de dar cumplimiento a la voluntad (representante o ejecutor de la voluntad), a la delimitación del tipo de órganos y/o tejidos que potencialmente podrían ser donados, e inclusive a cláusulas más específicas referidas al señalamiento del número de veces que deseaba ser reanimado, al tiempo posible de estar conectado a aparatos artificiales que mantuvieran la vida o a condiciones del gasto sobre recursos económicos; sin siquiera contemplar que por motivos pandémicos se tuviera que deliberar sobre nuevos contextos de aplicación, así como sus consecuencias tanto jurídicas como éticas.

Entonces, la emergencia sanitaria ha generado distintos retos en la materia de salud y cumplimiento de disposiciones para el final de la vida; los servicios de salud se encuentran saturados, la cantidad de recursos materiales disminuye día con día,

³ De conformidad con el artículo 166 Bis 1 de la Ley General de Salud (LGS), se trata de un padecimiento reconocido, irreversible, progresivo e incurable que se encuentra en estado avanzado y cuyo pronóstico de vida para el paciente sea menor a seis meses.

y por el contrario, la necesidad de emitir los documentos de voluntad anticipada ante Notarios Públicos o ante las autoridades de salud, así como la acción de tomar decisiones relacionadas con la Bioética por parte del personal de salud, continúa en ascenso; y es imperante que analicemos sobre los efectos de suscribir una voluntad anticipada bajo las ideas enunciadas. Para profundizar disponemos dos opciones de suscripción.

A. La primera se refiere a todos aquellos documentos de voluntad anticipada que se hayan suscrito con anterioridad a la presencia de los efectos de la pandemia. En este supuesto, el contenido del documento no reflejará una reflexión sobre los elementos que ahora nos afligen, y para el caso que tuviera que ser aplicada y cumplida, la persona se enfrentará a una organización estatal que bajo condiciones de emergencia sanitaria le procurará la protección de sus derechos humanos, ello es así, que una voluntad anticipada que contenga disposiciones sobre el mantenimiento de la vida “a toda costa” podría suponer una posible afectación al bien común de otras personas que se encuentran bajo la misma condición, aun y cuando la orden legal es que la voluntad anticipada se cumpla, más aún si la Ley General de Salud (LGS) como ordenamiento superior jerárquico a las leyes especiales de voluntad anticipada, no autoriza que la “fuerza mayor” sea un obstáculo para trasgredir el derecho a la salud, por el contrario, aquellos que la violen se hacen acreedores a sanciones civiles, administrativas e incluso penales.

Presentaríamos entonces, la coyuntura que respetando el derecho humano de una persona se pueda violar el del otra, pero ¿sería deseable que un Estado gaste todos sus recursos humanos y materiales en materia de salud en una persona, mientras éstos se agotan y al mismo tiempo le imposibilitan, para garantizarles la protección jurídica de sus derechos a otras con la misma condición? esta problemática, jurídicamente nos exige una ponderación de derechos.

Desde nuestra perspectiva, la solución que proponemos es que el contenido de la voluntad anticipada se ha de ejecutar a cabalidad bajo la condición que no represente una imposibilidad física, material o jurídica para su cumplimiento, es decir, se respetará el derecho a la salud, la libertad, la vida y la dignidad haciendo uso de todos los medios que permitan que la voluntad del suscriptor se cumpla, aún

si ello supusiera un perjuicio para la propia familia, pero recalcando que dicho deseo no debe contravenir el interés público ni el bien común y ser factible de realización. Dicha afirmación pretende demostrar no sólo la gravedad de la toma de decisiones en emergencias sanitarias, sino resaltar que es imperante se reflexione sobre el contenido de la voluntad anticipada en este momento, encontrar un balance entre los deseos personales y la situación de salud, de recursos e incluso morales del ambiente que les impregna.

Además, en caso de extrema urgencia y bajo la característica esencial de los documentos de voluntad anticipada de revocabilidad, se reconoce que una persona que posea un documento puede suscribir uno nuevo para cambiar el sentido a su decisión o una novedosa providencia que contenga la preocupación aquí expuesta y que dejará sin efectos al precedente. Aún más, recordemos que los documentos pueden contener disposiciones mortuorias, lo que permitiría que si bien no se haya podido dar un cumplimiento médico exacto a los deseos, si se puedan ejecutar aquellos actos bajo el cumplimiento de las medidas sanitarias esenciales.

B. La segunda opción de suscripción se identifica en aquellos documentos de voluntad anticipada que se han comenzado a suscribir con motivo de la pandemia, sea por personas capaces que contemplan dentro de su mapa de riesgo un posible contagio, por personas capaces ya contagiadas que suscriben el documento en la unidad de salud correspondiente (formato de voluntad anticipada) o por personas incapaces (aquellos que no pueden por sí mismos tomar la decisión) bajo la legitimación legal de personas cercanas⁴.

En este caso, y a fin de que los documentos de voluntad anticipada presenten elementos prácticos en su ejecución y cumplimiento, así como lograr un equilibrio entre los intereses personales y los del Estado, recomendamos repasar los siguientes tópicos:

a) Solicitud activa por parte del enfermo para suscribir su voluntad anticipada al ingresar en la unidad de salud, sin que ello contribuya a la formación de obstáculos en el actuar sanitario. A la par, se requiere una mayor participación del Notariado

⁴ Por prelación: 1. Cónyuge, 2. Concubino, 3. Hijos mayores de edad, consanguíneos o adoptados, 4. Padres adoptantes, 5. Nietos mayores de edad y 6. Hermanos mayores de edad o emancipados.

Público en la difusión y la redacción de instrumentos notariales que delimiten con precisión y seguridad jurídica, el actuar de las autoridades de salud bajo las condiciones pandémicas.

b) Deseo sobre el mantenimiento de la vida de forma artificial bajo el caso de la disminución de recursos materiales y humanos, para la prolongación de la misma. Tomar en consideración desde la designación del lugar para atender la enfermedad, la cantidad de recursos económicos personales disponibles, la necesidad de requerir soporte externo artificial para simular la respiración y, las secuelas físicas y neurológicas provocadas por los diversos intentos de reanimación.

c) Utilidad de los cuidados paliativos durante el proceso de llegada a una muerte natural, identificar que éstos se expanden a los elementos que puedan reconfortar moralmente al enfermo terminal. En este supuesto proponemos que la utilización de los fármacos médicos radique en la capacidad de recursos del personal médico, que la atención espiritual se limite a medios telemáticos y se permita el contacto a distancia con los seres queridos del enfermo, ello con la intención de no vivir una muerte en soledad (salvo los deseos personales que así lo señalen).

Acentuamos las bondades de la atención médica domiciliaria⁵ donde se permite que atendiendo a indicaciones de la institución de salud y bajo las más estrictas condiciones de salubridad, el enfermo reciba todos los cuidados en su domicilio.

d) Respecto a la redacción de donación de órganos y/o tejidos, señalar en la cláusula prevista que únicamente se podrá efectuar si la causa de muerte lo permite y mientras esta práctica no ponga en riesgo a otras personas. Enunciamos que a la fecha no existe evidencia empírica de estudios que avalen la donación cadavérica.

e) Sobre las disposiciones mortuorias o de disposición del cuerpo. Recalcar que en atención a las indicaciones de las autoridades de salud únicamente se podrán realizar ritos mortuorios con una cantidad reducida de asistentes y que excluyan a grupos vulnerables. Si bien ello no impide que se puedan prever actos especiales que de modo remoto o posteriormente al levantamiento de medidas de contención de la emergencia sanitaria, permitan reconfortar el duelo de sus allegados.

⁵ Únicamente aplicable para los Estados de Aguascalientes, Ciudad de México, Colima, Estado de México, Guerrero, Hidalgo, Michoacán, Nayarit, San Luis Potosí, Yucatán y Zacatecas.

A modo de colofón, la figura de la voluntad anticipada nace con la intención de proteger la dignidad de la persona que se encuentra en etapa terminal y que desea que se respeten sus pretensiones para el final de la vida, sin embargo, ello implica una introversión del momento personal de la muerte en búsqueda de una tranquilidad respecto a la partida del mundo tangible, a la par, también exige una deliberación sobre la posibilidad de escenarios en que ésta se puede presentar y la factibilidad en el cumplimiento de las disposiciones exigidas. Es por ello que ante la situación emergente que vivimos, los documentos de voluntad anticipada se constituyen como una herramienta más que le hace frente al duelo por muerte a causa del SARS-CoV2 (COVID-19), pero que más que en otros tiempos exhortan de la sociedad un papel activo no sólo en su cumplimiento sino en su suscripción, y desde el otro extremo, también una mesurada adecuación a la realidad para que la decisión para el final de la vida no constituya *per se* un obstáculo de salud.

RECOMENDACIONES DE TRIBUNALES DE DIVERSOS PAÍSES PARA LA CELEBRACIÓN DE AUDIENCIAS VIRTUALES ANTE EL COVID-19

Carmen Patricia LÓPEZ-OLVERA¹

1. Introducción

La llegada del COVID-19 ha obligado a los tribunales de diversos países a realizar modificaciones en la manera en que se puede impartir justicia a pesar de la pandemia. Uno de los cambios más importantes ha consistido en la celebración de audiencias virtuales en diversas áreas del derecho como alternativa a las audiencias presenciales de imposible realización en la actualidad.

Cambios como este implican un proceso de adaptación y aprendizaje tanto por parte de los operadores jurídicos como de los justiciables, con una curva de exigencia diferente en función de la familiarización previa con las alternativas tecnológicas en las distintas instituciones de impartición de justicia a nivel global.²

Con el objetivo de acortar la brecha entre los distintos países y como una muestra de solidaridad, el profesor Richard Susskind, Presidente de la *Society for Computers and Law*, ha desarrollado una plataforma denominada *Remote Courts Worldwide*,³ con el fin de dar a conocer las experiencias sobre las medidas implementadas en los tribunales ante el COVID-19, incluyendo información sobre de las audiencias virtuales. En la actualidad cuenta con información procedente de 36 países: Argentina, Alemania, Australia, Brasil, Canadá, Chile, China, Colombia, Escocia, Emiratos Árabes Unidos, Inglaterra, Hungría, India, Irlanda, Irlanda del Norte, Israel, Italia, Japón, Kenia, Lesoto, Malasia, Países Bajos, Nueva Zelanda,

¹ Investigadora de Tiempo Completo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. E-mail: plo_815@hotmail.com.

² Previo a la situación que se vive actualmente ya habían implementado mecanismos para la celebración de cierto tipo de audiencias virtuales, ejemplo de ello es el caso de México. El art. 51 del Código Nacional de Procedimientos Penales de 2014 prevé la utilización de medios electrónicos y la realización de videoconferencias en tiempo real para para la recepción y transmisión de medios de prueba y la realización de actos procesales, siempre y cuando se garantice previamente la identidad de los sujetos que intervengan en dicho acto.

³ Richard Susskind señala que el servicio es un esfuerzo conjunto, organizado por la *Society for Computers and Law*, financiado por el Panel de Entrega LawTech del Reino Unido y respaldado por el Servicio de Tribunales y Tribunales de Su Majestad. También se basa en la comunidad que se estableció en el Primer Foro Internacional sobre Tribunales en línea, celebrado en Londres en diciembre de 2018. *Remote Courts Worldwide*, <https://remotecourts.org/>

Nigeria, Noruega, Perú, Polonia, Puerto Rico, Qatar, Rumania, Rusia, Singapur, Sudáfrica, Suiza, Uganda y Ucrania.

2. Objetivo de esta investigación

Como era de esperar, el hecho de que la referida plataforma no hubiera sido el resultado de un solo proyecto coherente, la información que proporciona por cada uno de los países presenta una gran diversidad de contenidos en forma heterogénea, es decir, no todos presentan estadísticas, o señalan las plataformas que utilizan para la celebración de las audiencias virtuales, etc.

El objetivo de esta investigación consiste en proporcionar información organizada sobre las experiencias de algunos países, específicamente en materia de audiencias virtuales, a fin de fortalecer la implementación de estas en México.

3. Metodología

En este trabajo se ha empleado una metodología de investigación documental de los contenidos compartidos a través de la plataforma *Remote Courts Worldwide* <<https://remotecourts.org/commentary.htm>> principalmente páginas *web* de los tribunales y noticias en los idiomas español e inglés.

Uno de los problemas que se han encontrado para la realización de la presente investigación, seguramente debido a la diversidad de proyectos internacionales es la falta de homogeneidad terminológica, por lo cual he decidido seguir la convención de utilizar los términos que han sido empleados en los materiales compartidos en la plataforma, sin dejar de señalar la suposición de que el uso de la expresión “caso” puede contabilizar número de consultas (como sucede con China y la India) y no expedientes o audiencias atendidas.

La estructura del trabajo es la siguiente: en una primera parte se proporcionan estadísticas sobre las audiencias virtuales en algunos países; en la segunda parte, se señalan los requisitos generales para una adecuada implementación de este tipo de audiencias; en la tercera parte se señalan cuáles son las principales plataformas para videoconferencias utilizadas que hacen posible las audiencias virtuales; en una cuarta parte, las recomendaciones para las mejores prácticas en la celebración de

estas; finalmente, algunos retos que tiene México para su implementación durante la pandemia del COVID-19.

4. Estadísticas

Solo tres países de los contenidos en la plataforma *Remote Courts Worldwide* reportan estadísticas, son los siguientes:

- A. Brasil. Desarrollo la *Plataforma Emergencial de Videoconferência para Atos Processuais* para la atención por videoconferencia de “altos procesos” o casos urgentes durante la pandemia. Reporta 4,568 usuarios registrados y la celebración de 12,146 reuniones con una duración promedio de 27 minutos cada una, entre el 1 y el 28 de abril del presente año cuenta.⁴
- B. China. La *Supreme People's Court* (SPC) reporta que se han atendido 550,000 casos en línea, de los cuales: 200,000 corresponden a mediaciones, 110,000 a sesiones virtuales de distinta índole, entre el día 3 de febrero y 20 de marzo de 2020.⁵
- C. India. Previamente a la llegada del COVID-19, como parte de su *National eGovernance Plan* (NeGP), las *High Courts of India* ya contaban con el *Ecourts Services*, destinado a la prestación de servicios judiciales en línea. Reporta 75,640 casos atendidos, con listados aproximados de 2,690 atenciones por día y por último, los pendientes son aproximadamente 4,690,000, sin especificar la fecha en las cuales se alcanzó estas cifras.⁶

5. Requisitos generales para una adecuada implementación de las audiencias virtuales

A. Acceso a internet de calidad, que evite fenómenos como congelamiento de la imagen, ruido en el audio, suspensión de la transmisión, etc. los cuales pueden

⁴ Véase, Plataforma Emergencial de Videoconferência para Atos Processuais, Conselho Nacional de Justicia, 28 de abril de 2020, <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=a89ef492-f81e-4679-a58f-f7caa7452d82&sheet=740707b2-b87f-4ac0-a185-b430f855e682&lang=pt-BR&opt=cursel&select=clearall>

⁵ *Supreme People's Court*, 31 de marzo de 2020, http://english.court.gov.cn/2020-03/31/content_37534820.htm Me permito hacer destacar el hecho de que la suma de los 200,000 casos de mediaciones y los 110,000 de sesiones virtuales suman 310,000 sesiones, sin que en página web se hayan encontrado datos sobre las sesiones restantes, 240,000.

⁶ *Ecourts Service, High Courts of India*, 28 de abril de 2020, https://ecourts.gov.in/ecourts_home/

interferir con la fluidez y naturalidad que caracterizan a este tipo de actos procesales.

En congruencia con estas ideas, Japón ha establecido como limitación a las audiencias virtuales las deficiencias en la conexión a internet que causan problemas en la transmisión de las imágenes de los intervinientes, de tal suerte que no puedan percibirse con claridad sus expresiones faciales.⁷

Un elemento de suma importancia, de acceso a la de justicia a través este tipo de audiencias, tiene que ver con los casos en los cuales alguno de los intervinientes no cuenta con las posibilidades técnicas necesarias para participar.⁸

B. Plataforma de gestión judicial. Corresponde a los desarrollos en informática jurídica de gestión que hacen posible el seguimiento digital de los procesos judiciales.⁹ De manera ideal se integra con desarrollos de informática jurídica documental que permiten el flujo de documentos entre las partes. En relación con las audiencias virtuales su función es facilitar la preparación de estas, mediante acciones tales como el establecimiento de horarios para su celebración.

C. Autenticación a las partes. Como condición para la celebración de la audiencia virtual propiamente dicha es indispensable que el sistema utilizado permita llevar a cabo la autenticación de las partes, lo que implica la implementación de mecanismos alternativos a los que tiene lugar en las audiencias presenciales como es el caso de la solicitud de identificación oficial o el llenado de un formato con los datos personales, los cuales se tornan sumamente difíciles en un entorno virtual. Para tales fines algunos países han sugerido que la autenticación se realice mediante la intervención de un Notario Público que de fe de la identidad de los sujetos interesados, sin embargo, debe resaltarse que esta medida no es operativa en las condiciones actuales de la pandemia. Tomando en

⁷ Yates-Roberts, Elly, *Japan expedites court proceedings with Microsoft Teams*, The Record, 4 de febrero de 2020, <https://www.technologyrecord.com/Article/japan-expedites-court-proceedings-with-microsoft-teams-101547>

⁸ Un aspecto que no ha sido tocado en la plataforma tiene que ver con los casos en los cuales el nivel de desarrollo informático de un país no alcanza a dar una cobertura de internet a toda su población en detrimento del principio de igualdad de acceso a la justicia.

⁹ Un ejemplo del uso de las tecnologías en los procesos judiciales son los actuales sistemas para la ubicación en tiempo y lugar de los notificadores utilizado por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, el uso de expedientes judiciales de manera digitalizada y la recepción y registro de oficios y promociones a través del Sistema de Control de Gestión Judicial (SCGJ).

cuenta esta limitación, lo que se ha sugerido es que la plataforma permita contrastar el rostro del interviniente con la fotografía de su identificación oficial y que esta se envíe escaneada a través de un chat. Con respecto a esta alternativa debe subrayarse la necesidad de prestar atención especial a la publicidad de estos documentos que solamente deberían ser enviados a quien se desempeñe como el o la auxiliar de sala o audiencia

D. Guías electrónicas para llevar a cabo audiencias virtuales. Con el fin de capacitar a los usuarios de las plataformas destinadas a la realización de audiencias virtuales, diversos países, entre ellos son que se encuentran E.E. U.U.,¹⁰ Inglaterra¹¹ e India¹² han elaborado distintas guías electrónicas. Desafortunadamente no todas ellas parecen cumplir adecuadamente su finalidad pedagógica como es el caso de la guía elaborada por Inglaterra que consta de más de cincuenta y cinco páginas de texto, difícilmente comprensible para el ciudadano medio. Como medida alternativa es de recomendar la elaboración de tutoriales en los que se ponga especial atención en la accesibilidad a la generalidad de la población.

E. Disponibilidad y apertura por parte de los operadores jurídicos para la celebración de audiencias en esta modalidad.

6. Plataformas para videoconferencias que hacen posible las audiencias virtuales

Estas se pueden distinguir en dos grandes grupos: aquellas que han sido implementadas de manera institucional como es el caso de VIDYO *platform* en la India y *e-litigation* en China, y aquellas de uso comercial utilizadas por diversos tribunales para celebrar audiencias virtuales.

Debido a la contingencia en la que nos encontramos y la premura que puede significar la realización de audiencias virtuales en nuestro país, señalo a

¹⁰ Electronic Hearings with Zoom, Texas Judicial Branch, <http://txcourts.gov/programs-services/electronic-hearings-with-zoom/>

¹¹ The Remote Access Family Court, Courts and Tribunals Judiciary, <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2020/04/The-Remote-Access-Family-Court-Version-4-Final-16.04.20.pdf>

¹² Standard Operating Procedure for Ld. Advocate/Party-inperson for Mentioning, e-Filing and Video Conferencing Hearing, Supreme Court of India, https://main.sci.gov.in/pdf/LU/15042020_134922.pdf

continuación las plataformas más utilizadas a nivel internacional, presentadas en orden decreciente:¹³

A. *Microsoft Teams*: Australia, Inglaterra, Irlanda, Japón, Nueva Zelanda y Escocia.

B. *Skype for Business*: Canadá, Inglaterra, Irlanda y Países Bajos.

C. *Zoom*: Chile, Inglaterra, Irlanda y E.E. U.U.

D. *Webex*: Brasil e Irlanda.

E. *Google Hangouts Meet*: Perú

Con la finalidad de dar cumplimiento al principio de publicidad y de conformidad con las políticas de gobierno abierto, algunos tribunales utilizan un canal propio de YouTube, para poner a disposición del público en general las audiencias virtuales realizadas.

Cabe mencionar que algunas plataformas comerciales, tales como *Skype for Business* y *Zoom*, requieren el pago de una licencia para poder utilizar de manera ilimitada sus servicios. Por lo tanto, los tribunales deben calcular el número de licencias necesarias para llevar a cabo sus audiencias y el monto que pueden invertir para tal fin.

7. Recomendaciones para las mejores prácticas en la celebración de audiencias virtuales

A. Banco de buenas prácticas para la celebración de las audiencias virtuales. A partir de su Oficina de Gestión Estratégica y Calidad, y como parte de las estrategias del poder judicial de Argentina ante la pandemia, implementaron un sistema a través de un *Google forms* con la finalidad de recabar ideas, acciones y experiencias de los poderes judiciales tanto nacionales como internacionales que hayan mostrado ser eficientes para enfrentar los inconvenientes generados por el COVID-19. A pesar de que la información recabada trata sobre experiencias judiciales en general, una parte de ellas relevante para este trabajo son las relativas a la celebración de

¹³ Los tribunales de algunos países utilizan más de una plataforma.

audiencias virtuales. La información recabada a través de esta estrategia se comparte a través de carpeta de una carpeta drive de acceso abierto.¹⁴

B. Comunicación de los intervinientes durante el desarrollo de la audiencia. En previsión de problemas técnicos que pudieran presentarse, como podría ser el caso de fallas en internet, en Inglaterra y en algunos estados de E.E. U.U. se ha recurrido a la creación de un grupo de *Whatsapp* que permitan avisar de estos problemas inmediatamente al resto de intervinientes en la audiencia.

C. Desahogo virtual de medios de prueba. Con el fin de dar acceso democrático a las comunicaciones entre las partes y el juez, es decir, eliminando los mensajes privados durante el desahogo de medios probatorios algunos países han implementado el uso del chat dentro de las audiencias virtuales, esto permite, por ejemplo, compartir documentos, imágenes de dictámenes periciales, videograbaciones con valor probatorio, etc. A través de esta estrategia se busca preservar la equidad procesal y evitar la suspicacia por actos de corrupción.

D. Sugerencias técnicas. De manera enunciativa y no exhaustiva, es recomendable que el juez cuente con al menos una persona que lo apoye en cuestiones tanto administrativas como virtuales durante la audiencia; que las partes usen un fondo sólido en color neutro eliminando imágenes u objetos de la línea de visión de la cámara, y en caso de que la plataforma lo permite desenfocar el fondo o utilizar un fondo virtual apropiado; mantener toda la formalidad y decoro que caracteriza las audiencias presenciales; hablar y mirar directamente a la cámara web y no a la pantalla; colocar la cámara a la altura de los ojos o ligeramente por encima de estos; prestar atención a una iluminación adecuada; respetar los turnos en el uso de la palabra por los intervinientes, haciendo una pausa en caso de que haya retraso en el audio; mantener el audio de los intervinientes en silencio cuando estos no participan; solo enviar el enlace y contraseña de la audiencia a los intervinientes; y, disponer los documentos o videos listos a exhibir durante la

¹⁴ Véase los siguientes enlaces:

<https://docs.google.com/forms/d/e/1FAIpQLScInjDN4LMSNSJYtlbj0fJsEfwjkXwPwQcpjkWpQN9Pg2l3dQ/viewform> y https://drive.google.com/drive/folders/1Qrxc9xQJL7OXObUtr7rajLCZZD56_Yau.

audiencia en una carpeta en Dropbox o Drive para que puedan ser usados cuando sea necesario.¹⁵

8. Algunos retos para la implementación de las audiencias virtuales en México durante la pandemia del COVID-19

Como toda investigación de derecho comparado, el hecho de conocer las experiencias de otros sistemas jurídicos implica reflexionar sobre la necesidad de adaptarlas al sistema jurídico nacional. En el caso de México los cambios recientes que han tenido lugar en nuestro derecho procesal prestan especial importancia, aunque en grados diferentes a dos principios: el de publicidad y el de inmediación.

A. Audiencias virtuales y principio de publicidad. Para nuestro sistema jurídico resulta especialmente aleccionadora la experiencia '*open justice*', de la *Federal Court of Australia*, que publica diariamente la lista de las audiencias a las que podrán acceder vía remota los ciudadanos que deseen hacerlo. Los interesados tienen que brindar su *e-mail* al tribunal a efecto de que les sea enviado el enlace correspondiente, además de comprometerse con una serie de conductas como son: mantenerse en silencio (silenciar su micrófono), visualmente oculto y no grabar las audiencias.¹⁶ De manera complementaria me permitiría sugerir el establecimiento de un formato con datos de identificación y firma del ciudadano que debería ser enviado al tribunal al momento de realizar su solicitud.

Aunque con menos rigor y control, como se ha indicado previamente, durante esta pandemia podría llevarse a cabo la transmisión de las audiencias a través de un canal YouTube institucional.

B. Audiencias virtuales y principio de inmediación. Un problema hermenéutico que plantea nuestra legislación con respecto al principio de inmediación consiste en la determinación de si la participación virtual en una audiencia es o no denotada por

¹⁵ Estas han sido extraídas principalmente de las experiencias correspondientes a E.E. U.U. e Inglaterra. Véase, *Electronic hearings with Zoom op. cit.* y *Remote Hearings: Some Practical Tips*, Blackstone Chambers, <https://coronavirus.blackstonechambers.com/remote-hearings-some-practical-tips/>.

¹⁶ *National Practitioners/Litigants Guide to Virtual Hearings and Microsoft Teams*, Federal Court of Australia, https://www.fedcourt.gov.au/__data/assets/pdf_file/0019/62416/National-Practitioners-and-Litigants-Guide.pdf.

lo establecido en el derecho positivo. Al respecto el Código Nacional de Procedimientos Penales en su Art. 9 establece que:

Toda audiencia se desarrollará íntegramente en presencia del Órgano jurisdiccional, así como de las partes que deban de intervenir en la misma, con las excepciones previstas en este Código. En ningún caso, el Órgano jurisdiccional podrá delegar en persona alguna la admisión, el desahogo o la valoración de las pruebas, ni la emisión y explicación de la sentencia respectiva.¹⁷

El problema que plantea la norma transcrita se centra en la expresión “en presencia de”, al respecto, me permito señalar que el término presencia no refiere a presencia física explícitamente sino a la percepción del juzgador de lo que acontece durante la audiencia, lo cual es satisfecho en el caso de las audiencias virtuales. Soporto esta interpretación con base en el principio de exclusión solamente de lo que se encuentra expresamente prohibido. Por otra parte, se sostiene también con base en una interpretación teleológica constitucional que apela al principio de que la justicia debe ser pronta y expedita, siendo que en las circunstancias actuales las audiencias virtuales son el único medio para hacer efectivo tal principio.

Con respecto al problema de la adecuada valoración de la prueba, existe una jurisprudencia que señala lo siguiente:

PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN COMO HERRAMIENTA METODOLÓGICA PARA LA FORMACIÓN DE LA PRUEBA. EXIGE EL CONTACTO DIRECTO Y PERSONAL DEL JUEZ CON LOS SUJETOS Y EL OBJETO DEL PROCESO DURANTE LA AUDIENCIA DE JUICIO. Del proceso legislativo que culminó con la instauración del Nuevo Sistema de Justicia Penal, se advierte que para el Poder Reformador de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en vigor, el principio de inmediación presupone que todos los elementos de prueba vertidos en un proceso y que servirán para decidir sobre la responsabilidad penal de una persona, deben ser presenciados sin mediaciones o intermediarios por el juez en una audiencia. Los alcances de dicho propósito implican reconocer que es en la etapa de juicio donde la inmediación cobra plena aplicación, porque en

¹⁷ Artículo 9, Código Nacional de Procedimientos Penales de 2014, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP_220120.pdf.

esta vertiente configura una herramienta metodológica para la formación de la prueba, la cual exige el contacto directo y personal que el juez debe tener con los sujetos y el objeto del proceso durante la realización de la audiencia de juicio, porque de esa manera se coloca al juez en las mejores condiciones posibles para percibir —sin intermediarios— toda la información que surja de las pruebas personales, es decir, no sólo la de contenido verbal, sino que la inmediación también lo ubica en óptimas condiciones para constatar una serie de elementos que acompañan a las palabras del declarante, habilitados para transmitir y recepcionar de mejor manera el mensaje que se quiere entregar, como el manejo del tono, volumen o cadencia de la voz, pausas, titubeos, disposición del cuerpo, dirección de la mirada, muecas o sonrojo, que la doctrina denomina componentes paralingüísticos.¹⁸

Con respecto a esta jurisprudencia, el objeto central de consideración hermenéutica tiene que ver con la expresión relativa a la exigencia del contacto “directo” y “personal” del juez durante el proceso.

Al respecto debe indicarse que los términos “directo” y “personal”, pueden ser denotados con dos sentidos distintos, uno de los cuales presupone la presencia física del juez en el mismo entorno que las partes durante el desarrollo de la audiencia. La otra interpretación implicaría la no sustitución del juez por otra persona que no fuera él en la conducción de la audiencia. Atendiendo a un criterio de interpretación con base en el método de la *ratio legis*, se pone de manifiesto que la reforma, especialmente en materia penal, fue motivado por la dispraxis consistente en la sustitución de los jueces por otros funcionarios judiciales, de tal suerte que el hecho de que el juez siga la audiencia de manera virtual satisface la finalidad de la reforma en el sentido de que sea él y no otra persona quien conduzca ese acto procesal.

El mismo sentido hermenéutico es soportado con base en el principio que establece que de dos interpretaciones alternativas, una de las cuales permite resolver más sociales que la otra debe prevalecer la primera.

¹⁸ Jurisprudencia: 1a./J. 54/2019 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Primera Sala, Libro 68, Julio de 2019, Tomo I, pág. 184.

9. Conclusiones

Al inicio de este trabajo se planteó como objetivo dar cuenta de las experiencias de algunos de estos países a fin de retomar ideas que ayuden a fortalecer la implementación de las audiencias virtuales en México. Como se ha visto, existen innumerables recomendaciones, tanto para la infraestructura necesaria por parte de los tribunales e intervinientes, como *tips* generales para mejorar la calidad de las audiencias. Esto demuestra la solidaridad de las comunidades judiciales.

La plataforma *Remote Courts Worldwide*, sin duda es una herramienta útil para compartir las experiencias de los tribunales frente a la situación por el COVID-19, sin embargo, la información que se comparte por país no se encuentra sistematizada. Argentina dio un ejemplo de lo que podría hacerse para mejorar este aspecto al implementar un cuestionario a través de *Google Forms*, donde personal judicial puede compartir sus datos, ideas, acciones y experiencias para los tribunales virtuales.

Si bien existen retos en la implementación de las audiencias virtuales, como los principios de publicidad e inmediación, como se ha descrito en el apartado n. 8, existen alternativas para asegurar que estos se cumplan.

Para el éxito de las audiencias virtuales, no queda más que afirmar que lo que realmente se requiere es de la voluntad y apertura por parte de los operadores jurídicos.

Y como establece el viejo adagio mexicano: “No hay mal que por bien no venga...”.

COVID-19, TRATOS DIFERENCIADOS Y TEST DE ESCRUTINIO ESTRICTO

Javier MARTÍN REYES¹

La pandemia generada por el COVID-19 impondrá retos mayúsculos al Derecho, en general, y a las cortes y jueces, en particular. Ejemplo de ello son los criterios que necesariamente deberán emplear miles de profesionales de la salud para determinar qué pacientes con COVID-19 acceden (o no) a las muy escasas camas de terapia intensiva. La respuesta a esta cuestión no es por supuesto, sencilla. Esta decisión involucra dilemas científicos, éticos y jurídicos que resultan imposible siquiera de sintetizar en este espacio. Pero sabemos algo con certeza: si las autoridades sanitarias se fijan como objetivo el salvar el mayor número de vidas, estaremos frente a una medida potencialmente discriminatoria.

¿Por qué es posible afirmar lo anterior? En buena medida, porque si se busca salvar el mayor número de vidas, entonces las autoridades sanitarias del país deberán priorizar la asignación de camas de terapia intensiva a aquellos pacientes que cuenten con una mayor probabilidad de sobrevivir. Y esta probabilidad, a su vez, dependerá de varios factores asociados con la salud del paciente. En términos constitucionales, el uso de estas variables es problemático, en la medida en que ellas forman parte de una categoría sospechosa: las “condiciones de salud”.

En efecto, el artículo 1º de la Constitución es tajante al señalar que “[q]ueda prohibida toda discriminación motivada por [...] las condiciones de salud”. De acuerdo con la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), no toda distinción basada en una categoría sospechosa se encuentre prohibida. Pero su empleo si su supone, de entrada, que la medida goza de una “presunción de inconstitucionalidad”,² la cual es sólo superable si se cumple con los parámetros de un test (o juicio) de escrutinio estricto.

¹ Profesor asociado en la División de Estudios Jurídicos y Coordinador de la Licenciatura en Derecho del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE). Doctorante en Derecho en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (IIJ-UNAM).

² Véase la 1a./J. 87/2015 (10a.), de rubro “CONSTITUCIONALIDAD DE DISTINCIONES LEGISLATIVAS QUE SE APOYAN EN UNA CATEGORÍA SOSPECHOSA. FORMA EN QUE DEBE APLICARSE EL TEST DE ESCRUTINIO

En las siguientes líneas utilizo el ejemplo de un tema que ha generado una enorme polémica en el actual contexto de emergencia: la propuesta de un modelo de asignación de recursos de medicina crítica que publicó el Consejo de Salubridad General. El documento —publicado originalmente bajo el nombre de *Guía Bioética de Asignación de Recursos en Medicina Crítica* (en adelante, la Guía Bioética)— ha sufrido varios cambios con el paso del tiempo.³ Pero algo ha permanecido en todas las propuestas: el sistema de puntos para determinar a cuáles pacientes se debe priorizar.

Al analizar este sistema, mi propósito es ilustrar las (tensas) relaciones que existen entre las necesidades médicas derivadas de la pandemia, por un lado, y los estándares de adjudicación constitucional que ha establecido la SCJN, por el otro, pues creo que en los siguientes meses veremos no pocos litigios que mostrarán la estrecha (pero conflictiva) relación entre ciencia y derecho. Frente a un escenario así, creo que conviene apuntar desde ya algunos de los problemas que enfrentará la judicatura, así como sugerir algunas posibles soluciones.

La propuesta de asignación de recursos de medicina crítica de la Guía Bioética⁴

No resulta del todo sorprendente que las propuestas de la Guía Bioética tengan problemas de constitucionalidad en el sistema jurídico mexicano. Esto es así, pues

ESTRICTO” (*Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 25, t. I, diciembre de 2015, pág. 109, registro 2010595).

³ Al momento de terminar este texto (26 de abril de 2020), se cuenta con al menos tres versiones diferentes de la Guía Bioética. La primera de ellas fue publicada en la cuenta de Twitter del Consejo de Salubridad la tarde del sábado 11 de abril de 2020 y está disponible aquí: https://bit.ly/CSG_GuiaOriginal. La segunda fue publicada con posterioridad, el 15 de abril, y es consultable en esta dirección: https://bit.ly/CSG_GuiaV2. Finalmente, la última versión disponible está fechada el 20 de abril, y se puede descargar en esta liga: https://bit.ly/CSG_GuiaV3.

⁴ Este apartado y los subsecuentes reproducen los planteamientos jurídicos que elaboré para dos textos que trabajé con un grupo interdisciplinario de especialistas en medicina interna, bioética, salud pública y políticas públicas: Soto Mota; Adrián; Castañeda Prado, Andrés; Gutiérrez Mejía, Juan; Fernández Ruiz, Luis F., y Martín Reyes, Javier, “Un dilema inevitable del Covid-19: ¿Cómo salvar más vidas cuando se acaben las camas?”, Nexos, 11 de abril de 2020, disponible en: http://works.bepress.com/javier_martin/75/; así como Martín Reyes, Javier; Soto Mota; Adrián; Castañeda Prado, Andrés; Gutiérrez Mejía, Juan, y Fernández Ruiz, Luis F., “México necesita una política clara de acceso a terapia intensiva”, *Revista Etcétera*, 16 de abril de 2020, disponible en: http://works.bepress.com/javier_martin/76/. Agradezco, de nueva cuenta, a Sofía Aguiar Reynoso y Sara Contreras Medrano por su labor como asistentes de investigación, especialmente en la comparación de las diferentes versiones de la guía con los dos trabajos científicos que se citan más adelante.

las propuestas sustantivas de la guía son una traducción de lo previamente planteado en dos artículos⁵ (uno publicado en 2009 y otro en 2020; este último publicado por la Universidad de Pittsburgh) que fueron escritos sin tomar en consideración el contexto normativo y fáctico de México. Entre las cosas que la guía reproduce del estudio de Pittsburgh se encuentran la creación de equipos de triaje (o *triage*), las responsabilidades de quienes integran estos equipos, la comunicación de las decisiones de triaje a pacientes y familiares, el sistema de apelación de estas decisiones y, lo que es aún más importante para efectos de este texto, los criterios para asignar los recursos de medicina crítica (camas, ventiladores, etc.).

La Guía Bioética, además, dice que la asignación de estos recursos debe perseguir dos finalidades: salvar la mayor cantidad de *vidas* (es decir, de personas) y salvar la mayor cantidad de *años-vida* (esto es, de años que vivirán las personas). Para determinar qué personas tienen mayor probabilidad de sobrevivir, se propone usar una escala SOFA (*Sequential Organ Failure Assessment*), mientras que el pronóstico del número de años por vivir depende exclusivamente de si el paciente tiene enfermedades previas. Los pacientes pueden obtener hasta 4 puntos en cada una de esas finalidades, dependiendo de cuál sea su estado de salud. Todo esto se traduce en una escala de 8 puntos.

Un problema de constitucionalidad de la Guía Bioética: discriminación por condiciones de salud

El modelo de triaje de la Guía Bioética no pasa el test de escrutinio estricto y es, por tanto, una medida discriminatoria. Como se ha dicho, el modelo de triaje propuesto por la Guía Bioética utiliza criterios de priorización a partir de una categoría sospechosa: las condiciones de salud. En consecuencia, se trata de una medida que, para no ser discriminatoria e inconstitucional, debe superar un test de escrutinio estricto, según ha establecido la jurisprudencia obligatoria de la SCJN.

⁵ White, Douglas B. et al., "Who Should Receive Life Support During a Public Health Emergency? Using Ethical Principles to Improve Allocation Decisions", *Annals of Internal Medicine*, vol. 150, núm. 2, pp.132-138; White, Douglas B. et al., "Allocation of Scarce Critical Care Resources During a Public Health Emergency", Escuela de Medicina de la Universidad de Pittsburgh, 15 de abril de 2020, disponible en: https://bit.ly/Estudio_Pittsburgh.

Para ello, se debe demostrar que la medida: i) persigue una finalidad imperiosa desde el punto de vista constitucional, ii) está estrechamente vinculada con la finalidad y iii) es la medida menos restrictiva posible para conseguir efectivamente la finalidad.⁶

El modelo de triaje propuesto por la Guía Bioética incumple con dos de estos requisitos. En principio, el modelo dice perseguir dos finalidades que sin duda podrían considerarse como imperiosas en el contexto de la pandemia del COVID-19: i) salvar la mayor cantidad de vidas y ii) salvar la mayor cantidad de años-vida. No obstante, lo cierto es que ni es una medida estrechamente vinculada a esas finalidades, ni constituye la medida menos restrictiva para conseguir efectivamente dichas finalidades.

Por una parte, no existe una vinculación estrecha entre el triaje propuesta y las finalidades perseguidas. Tal y como se ha mostrado en otros estudios, “hay evidencia del bajo rendimiento de la escala de SOFA en situaciones de pandemia y de que la incertidumbre pronostica respecto a la sobrevida es la norma”.⁷ Los puntajes SOFA, además, no consideran las particularidades biológicas ni la evidencia específica de pacientes con COVID-19, por lo que son un predictor poco adecuado para realizar una prognosis de supervivencia de las personas infectadas por esta enfermedad. Por ello, se trata de una medida que no tiene una vinculación estrecha con la primera finalidad (salvar la mayor cantidad de vidas).

Adicionalmente, la vinculación entre el modelo de triaje y la segunda finalidad (salvar la mayor cantidad de años-vida) es todavía menor. El puntaje para asignar en este rubro depende de dos factores por demás ambiguos y subjetivos: i) la presencia de “[c]omorbilidades serias que impacta [sic] sustancialmente la supervivencia a largo plazo” y ii) la presencia de “[c]ondiciones que limitan severamente las expectativas de vida (alta probabilidad de muerte dentro de un año)”. Estos conceptos ni se definen la Guía Bioética, ni cuentan con un consenso tal en la comunidad médica que permita reducir su vaguedad o ambigüedad a

⁶ Véase la jurisprudencia de la SCJN P./J. 10/2016 (10a.), de rubro “CATEGORÍA SOSPECHOSA. SU ESCRUTINIO” (*Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 34, t. I, pág. 8, septiembre de 2016, registro 2012589).

⁷ Martín Reyes et al., *op. cit.*

niveles aceptables. Por ello, se trata de parámetros cuya determinación queda enteramente a la apreciación subjetiva de las autoridades sanitarias, con lo que se les confiere una enorme discrecionalidad. La falta de claridad de estos dos factores hace que sean predictores extremadamente inadecuados para realizar una prognosis de supervivencia a largo plazo.

En segundo lugar, la medida no cumple con el requisito de necesidad. Ello, pues sí existe otra medida que es más efectiva para salvar el mayor número de vidas y que, al mismo tiempo, es menos gravosa en términos de igualdad (no discriminación). Como hemos mostrado en otro trabajo, es posible estimar un modelo que evalúa las probabilidades de supervivencia con base en siete criterios objetivos y transparentes.⁸

Específicamente, se hemos propuesto un modelo que, a partir de la evidencia científica disponible sobre los pacientes con COVID-19, determina la probabilidad de supervivencia a partir de siete variables objetivas i) edad, ii) saturación de oxígeno (SpO₂), iii) diagnóstico previo de hipertensión arterial sistémica, iv) elevación de enzimas cardíacas, v) conteo total de leucocitos, vi) conteo de linfocitos y vii) elevación de la creatinina sérica.

Ello permite determinar, de manera objetiva y con un nivel de precisión mucho mayor, las probabilidades de supervivencia ante la COVID-19 para maximizar los beneficios posibles y salvar el mayor número posible de vidas. Asimismo, el modelo alternativo a la Guía Bioética evita al máximo el uso de clasificaciones basadas en enfermedades y precondiciones (personas que viven con VIH, diabetes, etc.) que podrían resultar mucho más estigmatizantes desde un punto de vista jurídico y que, además, serían menos efectivas desde un punto de vista técnico (pues son menos adecuadas para determinar la probabilidad de éxito).

A manera de conclusión

Durante las siguientes semanas, miles de profesionales de la salud tomarán decisiones de vida o muerte. No es exageración. Sabemos que el sistema de salud se saturará, y que no quedará más remedio que tomar decisiones sobre quiénes

⁸ Soto Mota et al. *op. cit.*

pueden acceder (y quienes no) a recursos tan preciados como las camas de terapia intensiva. Por ello, resulta fundamental que las autoridades sanitarias — especialmente el Consejo de Salubridad General— establezcan criterios claros, transparentes y objetivos que sean sostenibles tanto médica como jurídicamente. Como se ha mostrado en este texto, el reto no es menor, pues la lógica de la ciencia no siempre responde a las exigencias del derecho.

Pero, como creo que también se ha ilustrado, en esta delicadísima cuestión de cómo asignar los recursos de medicina crítica, parece que es posible hacer compatibles las necesidades médicas con las jurídicas. Ojalá que así lo entiendan las autoridades. Así como estamos seguros de que el sistema se saturará, es igualmente probable que se presenten no pocos litigios relacionadas con esta asignación. Así, cuando los casos lleguen a sede judicial, bien haríamos en contar con parámetros que sean compatibles con la lógica de los derechos humanos y del principio de no discriminación.

LA OTRA PANDEMIA: LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

Ma. Rocío MORALES HERNÁNDEZ¹

El 24 de marzo del 2020, hubo alarma en todo el país. Con motivo de la pandemia por el coronavirus (COVID 19) el Gobierno federal tomó distintas medidas, entre otras: suspensión de actividades en lugares públicos, en las escuelas, e incluso las laborales que no fueran esenciales. De manera adicional, se recomendaba a la población no salir de sus casas, solo ahí estarían seguros.

Paradójicamente, hubo muchas mujeres a las que el aviso les causó miedo, e incluso terror. Ese miedo era distinto al proveniente del peligro de contagio de un virus que puede llegar a provocar la muerte. Era un miedo que durante siglos, muchas mujeres han compartido y que ha permanecido callado, tolerado, aceptado. Era precisamente: el miedo a tener que permanecer en casa, el lugar donde otros decían estarían seguras.

La historia de la mujer va acompañada de la violencia que ha sufrido desde siempre. Esa violencia tiene su origen en la forma patriarcal como está organizada nuestra Sociedad, lo que hemos aceptado como natural y reproducido de una generación a otra.

Es natural que las mujeres se queden en casa, al cuidado de los hijos y la familia. Es natural que el hombre salga a la vida pública, estudie, se prepare, trabaje. A él le corresponde llevar el sustento a la casa, para lo cual tiene que socializar, salir con amigos, convivir. ¡Hasta la ley lo decía!²

¹ Abogada egresada de la Escuela Libre de Derecho, con especialidad y maestría en Ciencias Penales por la Universidad Anahuac. Maestría en Democracia y Derechos Humanos, con especialidad en género, por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO). Doctorado en Derecho Penal por la Universidad Tepantlatto Actualmente se desempeña como juez del Sistema Procesal Penal Acusatorio de la Ciudad de México.

² En ese sentido, los artículos 168 a 171 del Código Civil Federal y para el Distrito Federal, vigentes hasta 31 de diciembre de 1974, que establecían:

Artículo 168. Estará a cargo de la mujer la dirección y cuidado de los trabajos del hogar.

Artículo 169. La mujer podrá desempeñar un empleo, ejercer una profesión, una industria, oficio o comercio, cuando ello no perjudique a la misión que le impone el artículo anterior.

Artículo 170. El marido podrá oponerse a que la mujer se dedique a las actividades a que se refiere el artículo anterior, siempre que subvenga a todas las necesidades del hogar y funde la oposición en causas graves y justificadas.

Lo descrito no es natural, se trata de roles de género, aprendidos a lo largo del tiempo, que se transmiten de una generación a otra. El género y el sexo no son sinónimos. El sexo depende de las características físicas y biológicas de las personas, en tanto que el género es una creación social.

Desde la cuna, se nos enseña cómo debemos comportarnos, según nuestro sexo. Es así como se viste a las niñas de rosa, se les regalan muñecas, juegos de té. A los varones, se les pone ropa azul, sus juguetes son réplicas de carros, todo lo que implique acción es para ellos. A la larga, se logra lo propuesto: que cada uno acepte que debe tener ciertas actitudes y comportamientos predeterminados. Es así como vamos replicando los prejuicios, estigmas y estereotipos que a nosotros nos enseñaron.

Eso es el género, el adjudicar a hombres y mujeres actitudes determinadas, que se consideran “naturales”. El segundo punto, es que también se crea una expectativa en los demás. Inconscientemente, esperamos que las mujeres y hombres actúen conforme a esos prejuicios, dentro de los que se incluye: el sometimiento de la mujer frente al hombre.

La mujer se queda en casa, a cargo de la familia, y por supuesto: debe atender al varón, sea el padre, hermano, esposo o hijo. Ella es la que debe tener lista la comida para que cuando él llegue, no tenga molestias. También, debe poner cuidado en que todo esté como a él le gusta: la ropa planchada, la casa recogida, todo a punto para el jefe de familia.

La exigencia a la mujer no se limita al cuidado de la casa y los hijos. También debe tener durante toda su vida una conducta decorosa y comedida, estar dispuesta a las relaciones sexuales cuando su marido lo disponga. Por supuesto: debe ser casta y honesta, de preferencia, virgen hasta el matrimonio. Una vez casada, es inconcebible que tenga amigos varones, solo puede relacionarse con mujeres, siempre y cuando esas mujeres sean aprobadas por el hombre que está a su lado.

En caso de que la mujer no actúe como se espera de ella, el varón, sea padre, hermano, esposo o hijo, puede y debe corregirla, para ello, conforme a la tradición:

Artículo 171. En caso de que la mujer insista en usar de los derechos que le concede el artículo 169, no obstante de que el marido se lo rehuse, apoyado en lo dispuesto por el artículo anterior, el juez respectivo resolverá lo que sea procedente.

se permite hacer uso de la violencia. Por muchos, sigue aceptado que el hombre haga uso de la fuerza para someter a la mujer y lograr que las cosas sean como ellos piensan que deben ser.

El lugar donde la mujer sufre una mayor violencia, es el hogar, principalmente porque estaba destinada a la vida privada. Esa violencia se da de diversas formas, entre otras: insultos, malos tratos, humillaciones, amenazas, amagos, aislamiento, golpes y puede llegar al asesinato.

Desde finales del siglo XIX, la mujer se organizó y ha luchado por el reconocimiento y ejercicio de los derechos inherentes a su calidad como ser humano. La lucha no ha sido fácil, y actualmente no se ha alcanzado la meta.

En México, se han tomado medidas para tratar que la mujer no sea objeto de violencia y pueda tener y lograr un plan de vida propio. Entre otras acciones, en 1997, se hicieron reformas a la legislación civil y penal federal (entonces también para el Distrito Federal) para establecer que: la violencia dentro de la familia, no es una forma de vida “normal”. Que las cosas deben cambiar y la ropa sucia, ya no se debe lavar en casa.

En esos entonces, me desarrollaba como juez de paz penal y tenía competencia para conocer del recién creado: delito de violencia familiar. Me tocó ver llegar a muchas personas que eran presentadas por la forma como habían tratado a su esposa, concubina o incluso: madre, que me exigían que “no me metiera”, que se trataba de un “problema familiar” y debía ser resuelto dentro de la familia.

Desafortunadamente, los cambios legislativos no vinieron acompañados de campañas publicitarias, ni de políticas públicas que lograran que las personas modificaran su forma de pensar. La conducta aparecía descrita en el Código Penal, pero todos, y muchas todas, seguían pensando que ese era el orden de las cosas y lo que debía prevalecer.

Además, la redacción del tipo penal fue neutra. Esto es: cualquiera podía ser la víctima. Por fuerza, si se consideraba natural una serie de actitudes y estas no se daban como se nos había enseñado, muchos “ellos” se quejaban de que su ropa estaba sucia, la sopa fría, o la esposa había salido de casa sin su permiso.

Consideraban que en esos casos, la mujer ejercía violencia en su contra y debía ser castigada. La tipificación de la violencia familiar no logró el fin que pretendía: proteger a la mujer.

Dentro de los cambios legislativos llevados a cabo en 1997, se incluyó uno que rompía prejuicios: se dijo que la violación entre cónyuges o concubinos, era un delito. Hasta entonces, prevalecía un criterio jurisprudencial, en el que se establecía que si el señor hacía uso de la violencia y obligaba a su esposa o concubina a tener relaciones sexuales, se trataba simplemente de un ejercicio excesivo de un derecho que tenía. Por supuesto, esa tesis se basaba en el criterio dominante de que la mujer es un objeto, propiedad del varón que está a su lado.

La ley no lo permitía, insisto: era un criterio que prevaleció hasta fines del siglo pasado, que fue cuando se adicionó, bajo el número 265 bis, un artículo al Código Penal Federal y para el Distrito Federal, para establecer que en esas hipótesis, el delito sería perseguible “por querrela”. Con esta frase, se hacía claro que esa conducta no estaba permitida, y merecía una sanción.

No obstante esto, la violencia contra la mujer persistió. Pero la presión interna y externa continuó, logrando que el 1 de febrero de 2007, se publicara la Ley General de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia.

La ley de referencia es muy completa, está dirigida al órgano administrativo, y pretende crear un cambio en la Sociedad. Se determina que es lo que cada ente del estado tiene que hacer en lo particular para lograrlo. Por ejemplo: requiere que los anuncios que se difundan por medios masivos, no reproduzcan prejuicios que denigren a la mujer y perpetúen los roles de género. También, se establecen acciones tendientes a que el Estado actúe para cambiar la cultura patriarcal que existe en México.

Se trata de una ley que protege de manera exclusiva a la mujer, que fue replicada en prácticamente todas las entidades del país. Se incluía, la posibilidad de que la mujer solicitara a la autoridad judicial que ordenara medidas para su protección, cuando corriera riesgo. Esas medidas, conocidas como: órdenes de protección, podían ser penales o civiles.

Las órdenes de protección penales, incluían la desocupación de la casa por parte del agresor y la restricción de que se acercara, comunicara o molestara a la mujer, así como: la entrega de los objetos personales a la víctima. Ya antes, al tipificar la violencia familiar se habían incluido, bajo distintos nombres, medidas de protección, que por lo menos en el entonces Distrito Federal, nunca funcionaron.

La ley general de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia tenía un cometido específico: combatir la violencia que sufre la mujer, y a diferencia de épocas pasadas, había voluntad política para hacerlo. Se capacitó a quienes debían pedir y ordenar la protección que ellas necesitaban. El resultado fue que empezaron a emitirse las medidas pertinentes, y con ello: a romperse la sensación de impunidad en relación a la violencia contra la mujer.

La impunidad ha hecho mucho daño a nuestra Sociedad, suelo definirla como la sensación de que no pasa nada. Se golpea a la esposa, una, y otra y otra vez y...no pasa nada. Cuando se empezaron a conceder las órdenes de protección se exigía al hombre que se saliera de la casa, aunque fuera suya, que entregara a la esposa sus cosas, que dejara de molestar. Fue un gran avance, incluso ahora, que los tribunales están parcialmente paralizados por el coronavirus, se giran esas “órdenes de protección”.

La forma que la ley establece, es muy sencilla: ir con el ministerio público o el juez, y solicitarlas. Lamentablemente, en la hoy Ciudad de México, se complicó el trámite: la Procuraduría se ha asumido a sí misma, como la única que puede solicitarla y antes de hacerlo, realiza estudios psicológicos.

Esos estudios retardan la emisión de las órdenes de protección. Sumamos a eso que no todos los jueces tienen “perspectiva de género”. Recordemos que a todos y a todas nos educaron igual, dentro de una sociedad patriarcal, con los usos y costumbres de ésta. Hubo capacitación para los y las operadoras de justicia, pero asimilamos y entendemos de diversas formas. Hay muchos jueces, y juezas, en quienes no logró permear el peligro que corre la mujer, incluso respecto a su vida.

No es el objeto de este trabajo hacer un análisis profundo sobre las “órdenes de protección”, pero baste señalar que quienes juzgan no siempre entienden su naturaleza jurídica, y menos la necesidad de que se emitan de manera inmediata

ante la existencia del riesgo de: la integridad física psíquica y la vida de la mujer. Hay juzgadores, de ambos sexos, que hasta exigen pruebas para demostrar el hecho, o confunden el riesgo existente, con el de la legítima defensa.

La lucha de la mujer para que se les respete, garantice el acceso y disfrute de sus derechos no cesó con los logros obtenidos, ni tampoco terminó la violencia de la que es objeto. Esa violencia sigue siendo parte de nuestra Sociedad, la vivimos todos y todas, cada uno de diversa forma. Lo que en un inicio se limitó al hogar, se reprodujo cuando la mujer salió a la vida pública. En el trabajo, la escuela, el transporte, la mujer tiene que tolerar burlas, denostaciones, tocamientos. Lo peor: en muchas ocasiones la violencia termina con el asesinato.

Fue por ello que, mediante decreto publicado en la Gaceta Oficial del entonces Distrito Federal, el 26 de julio de 2011, se tipifica la conducta de feminicidio. Ese mismo año se hizo en Colima y después la Federación y prácticamente todas la entidades lo replicaron.

Hay muchos que privan de la vida a una mujer, por el simple hecho de serlo. Que se sienten autorizados para ello, partiendo de los roles de género, la expectativa que estos causan y el que se considera a la mujer un objeto, que pertenece al hombre.

Por supuesto que desde que se incluyó en los Código Penales de Colima y la hoy Ciudad de México la descripción típica de feminicidio, se han levantado las voces afirmando que no era necesario. Opinión con la que no coincido.

El derecho penal, es el fin último del Estado, solo debe intervenir cuando las demás ramas han fallado. En México, se intentó combatir la violencia contra la mujer, a través del derecho administrativo, por ello la Ley general de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia. Se hizo a través del derecho familiar, cuando se incluyó como causal de divorcio, en el entonces Código Civil Federal y para el Distrito Federal. También se hicieron políticas públicas, especialmente después de que en 2009, México perdió en la Corte Interamericana de Derechos Humanos el caso González y otro, también conocido como: Campo Algodonero³. Nada fue suficiente,

³ El caso “Campo Algodonero” se refiere a lo que popularmente conocemos como “Las muertas de Juárez”. En la sentencia, se condenó al Estado mexicano, entre otras cosas: a realizar actos para lograr cambiar en la población la idea de que la mujer valía menos que el hombre.

siguieron los asesinatos de mujeres, realizados de manera cruel y denigrante, quitándoles su calidad humana y tratándolas como cosas.

La tipificación de la conducta era necesaria, pero a pesar de su existencia, de que la pena que impone es alta, no se han logrado disminuir los feminicidios. Conforme a las estadísticas estos continúan.⁴

En marzo del 2020, las mujeres se organizaron para hacer el día 8 una marcha y el 9, un paro de actividades. A esto se le llamo: un día sin mujeres. Los dos cometidos se lograron, se llamó la atención sobre la situación de la mujer en México, hubo apoyo, pero también críticas.

Muchas personas, de ambos sexos, descalificaron el movimiento. Manejaban estadísticas relativas a que son más los hombres asesinados, clamaban que las cosas estaban bien, y debían dejarse así.

Es cierto que hay más muertes violentas de hombres que de mujeres, también es cierto que esto tiene relación con el género. Se asocia en la sociedad patriarcal, la hombría con el consumo del alcohol, las propias estadísticas marcan que un gran número de homicidios, ocurren cuando las personas están bajo el influjo de esa bebida. La conclusión es lógica, si son los hombres los que ahora mayormente, y antes de manera casi exclusiva, consumen alcohol, eran ellos los que morían y siguen muriendo por eventos derivados de riñas y problemas causados por esto. De la misma forma, al ser ellos los que salían a la vida pública, corrían un mayor riesgo que se concretaba en muertes violentas.

La moraleja es simple: 1) los roles de género afectan a hombres y mujeres, 2) la violencia no es correcta. Es por ello que la cultura patriarcal y la violencia deben erradicarse.

Un punto que escapa del conocimiento de muchos, es la brutalidad, saña y crueldad con la que se da muerte a la mujer. En diversos estudios, algunos incluidos a título de peritaje en el caso de Campo Algodonero, se destacó esa situación.

⁴ Conforme a las estadísticas del INEGI, referidas en el comunicado de prensa número 592/19, a propósito del día internacional de la eliminación de la violencia contra la mujer, en el trienio del 2016 al 2018, murieron por causas violentas 73,738 mujeres en nuestro país. Las estadísticas resaltan que en 2018 aumentó la muerte por causas violentas, revirtiéndose la tendencia de los últimos 28 años, en que eran mayor las provocadas por accidentes automovilísticos.

Desde Jack el Destripador, hasta el día de hoy, abundan las historias en las que se priva de la libertad a una mujer, se le viola, inflige sufrimiento extremo, para después matarla de forma primitiva y finalmente, arrojar su cuerpo. Esto último, en muchos casos: literalmente a la basura.

Hace poco, en este mismo 2020, nos horrorizó la historia de una niña que fue sustraída de la escuela para regalarla a un hombre que quería “una novia joven, que le durara mucho tiempo”. El final es bien conocido por todos, se encontró el cuerpo de la pequeña en un lote baldío en la delegación Tlahuac. Este caso hace clara la “cosificación de la mujer”, que se le considera un objeto del que se puede disponer, usar y desechar.

Esa crueldad también se advierte cuando la mujer no hace lo que se espera de ella y no tiene el comportamiento deseado. Hemos escuchado muchas veces, incluso en boca de quienes investigan y juzgan, criminalizar a la víctima porque vestía de una forma que estiman no era apropiada, estaba sola a altas horas de la noche en la calle, bebía, o iba a bares y centros de diversión. Peor, si se dedica a la prostitución o alguna profesión estigmatizada.

Ese pensamiento deriva nuevamente de los roles de género, en los que se espera de la mujer una actitud determinada. Si no lo hace, es merecedora de un castigo, cualquiera puede dárselo y no hay por qué investigar. Eso fue lo que pasó en el caso de Campo Algodonero, en el que la autoridad cuestionaba a la familia sobre la ropa que vestía quien había desaparecido, su actitud, y justificaban la ausencia con frases como que de seguro, andaba “de volada”.

Desafortunadamente, la mecánica de las tres muertes analizadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso González y otras contra México, se repiten todavía de manera cotidiana en nuestro país. Hay un gran número de feminicidios dentro del hogar, porque tradicionalmente la mujer estaba relegada a éste ambiente.

En ese contexto, es fácil entender porque las mujeres sintieron miedo ante el anuncio de que debían quedarse en casa, junto a aquel que ejerce violencia en su contra. El temor era fundado, pues conforme a las notas periodísticas, durante el tiempo de la llamada “cuarentena” en nuestro país aumentaron 60% las llamadas

por violencia de género y las peticiones de asilo un 30% (El País: 2020). De la solicitud de permanecer en casa, al 13 de abril del 2020, 367 mujeres fueron asesinadas, frente a 100 que murieron por coronavirus (The Washington Post: 2020).

México no es el único país en el que existe violencia contra la mujer, esto sucede en todo el mundo. No importa la edad, religión, la raza o nacionalidad. Tampoco el nivel cultural, económico o social. La violencia alcanza a todas las mujeres, con independencia de sus características, por eso ha sido considerada por la ONU como una pandemia. Esa es precisamente: la otra pandemia, que desde hace mucho, existe en nuestra nación.

LA DIFÍCIL PUESTA EN MARCHA DE UNA SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS PARA HACER FRENTE AL VIRUS SARS-COV-2 EN MÉXICO: EL MANEJO DE SITUACIONES DE EXCEPCIONALIDAD DESDE UN MARCO JURÍDICO INCOMPLETO Y FRAGMENTADO

Carlos María PELAYO MOLLER¹

1. El contexto internacional y nacional en torno al Virus Sars- Cov-2 causante de Covid

El virus Sars-Cov-2 causante de Covid vino a cambiar por siempre muchos aspectos de nuestra sociedad globalizada. Como todos sabemos la cepa del virus surgió en China a finales de 2019 y su propagación ha sido rápida e imparable, al grado de que el virus ya esta en casi todos los países del mundo.

Por una parte, se estima que virus es benévolo con la gran mayoría de los infectados, agresivo con algunas personas pero mortal para un porcentaje menor de enfermos. Los sistemas de salud en el mundo colapsan al no poder brindar atención médica al mismo tiempo a todas las personas que lo requieren. Esto lo hemos visto en países con sistemas de salud ejemplares como lo son los de Italia y España.

El virus ha sido difícil contenerlo y mitigarlo porque no lo conocemos completamente. El personal médico esta aprendiendo a marchas forzadas a lidiar con este mal y cada día surge información al respecto.² La posibilidad de contar con

¹ Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Doctor en Derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, LL.M. en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Notre Dame (EE.UU.) y Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Sinaloa. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (Nivel 1).

² Existe una enorme cantidad de artículos publicados sobre el tratamiento de Covid tanto en el área médica como en todas las ramas del conocimiento. Esta publicación es un ejemplo de ello. Estos son algunos artículos referenciales sobre este tema sobre cuestiones médicas y epidemiológicas. Cfr. Bhatraju, Pavan K. et. al. Covid-19 in Critically Ill Patients in the Seattle Region - Case Series, en *The New England Journal of Medicine*, 20 de marzo de 2020. Graselli, Giacomo, et. al. Baseline Characteristics and Outcomes of 1591 Patients Infected with Ears-CoV-2 Admitted to ICUs of the Lombardy Region, Italy. *JAMA*. 6 de abril de 2020. Richardson S, Hirsch JS, Narasimhan M, et al. Presenting Characteristics, Comorbidities, and Outcomes Among 5700 Patients Hospitalized With COVID-19 in the New York City Area. *JAMA*. 22 de abril de 2020. Sobre medidas epidemiológicas: Pisano, Gary; Sadum, Raffaella, y Zanini, Michele. Lessons from Italy's Response to Coronavirus, en *Harvard Business Review*, 3 de marzo de 2020.

una vacuna o un tratamiento eficaz y comprobado para bajar drásticamente los efectos de la enfermedad es aun remota.

La economía mundial se encuentra estancada y los efectos de la recesión que vendrá serán devastadores. La parálisis mundial ha sido vista por algunas naciones como una oportunidad para iniciar una guerra de precios de petróleo y seguramente este será uno de los tantos campos de disputa internacional que se abrirán. Todo ello ha hecho que se empiece a especular que esta época de la historia de la humanidad será conocida como “el gran encierro” (*the great lockdown*), como un símil de la “gran depresión” del Siglo XX.

En México, en el momento que se escriben estas líneas existe una epidemia nacional en fase 3 decretada apenas el 21 de abril de 2020; los enfermos se cuentan ya por miles y los muertos por cientos. Los hospitales del país se empiezan a saturar en diversas ciudades y lo peor apenas empieza. El momento institucional de los sistemas de salud no es el mejor.

En suma, si bien la humanidad ha tenido pandemias de proporciones apocalípticas en la antigüedad, una crisis de esta magnitud no se había presentado en al menos un siglo desde el brote de la denominada gripa española en 1918. A su vez, históricamente sería difícil encontrar otro momento en donde toda la población del orbe se encuentre haciendo frente a una misma enfermedad con profundas implicaciones económicas, políticas y sociales en medio del mismo sentimiento de incertidumbre.

2. La fragmentación del marco constitucional y legal para afrontar situaciones de emergencia en México

En México, la figura para hacer frente a emergencias se encuentra prevista en Artículo 29 Constitucional que habla sobre la suspensión de garantías.³ Dicho

³ El Artículo 29 Constitucional señala textualmente que: “En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona. Si la restricción o suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido,

precepto dispone diferentes salvaguardas a las instituciones, la democracia y sobre todo a los derechos de las personas, a saber:

- La restricción o suspensión de derechos funciona a iniciativa del Presidente de la República con aval del Congreso de la Unión, por lo cual se prevé un control político;
- Permite hacer frente, rápida y fácilmente a la emergencia;
- Expresamente menciona que ciertos derechos no pueden ser suspendidos;
- La suspensión debe seguir los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación;
- Es una suspensión temporal;
- Se cuenta con un control constitucional concentrado en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y
- Adicionalmente, en el derecho internacional de los derechos humanos existen controles y estándares que son aplicables cuando se hace uso de esta figura jurídica.⁴

éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará de inmediato al Congreso para que las acuerde.

En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

La restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías debe estar fundada y motivada en los términos establecidos por esta Constitución y ser proporcional al peligro a que se hace frente, observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación.

Cuando se ponga fin a la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías, bien sea por cumplirse el plazo o porque así lo decrete el Congreso, todas las medidas legales y administrativas adoptadas durante su vigencia quedarán sin efecto de forma inmediata. El Ejecutivo no podrá hacer observaciones al decreto mediante el cual el Congreso revoque la restricción o suspensión.

Los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción o suspensión, serán revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez.”

⁴ Véanse por ejemplo el Artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 4º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La trascendental reforma constitucional de 10 de junio de 2011 dispuso que en el plazo de un año se debía expedir una Ley Reglamentaria a este precepto constitucional, lo cual desafortunadamente hasta la fecha no ha ocurrido. Este es un fuerte obstáculo para que esta disposición pueda entrar en funcionamiento; sin embargo, no es el único ni el más determinante.

El mayor obstáculo es la reticencia tanto de la clase política como de los profesionales del derecho en México a que esta figura constitucional sea utilizada por el temor a que el régimen político deje de ser democrático y el Ejecutivo tenga en su poder facultades excesivas. Tal vez por ello la última vez que se implementó esta figura constitucional fue durante la Segunda Guerra Mundial.

Lo paradójico es que en la práctica se han implementado soluciones que a la postre han terminado por ser más autoritarias. En ocasiones este tipo de medidas tienen un pobre control por parte del Congreso de la Unión o el Poder Judicial.

A lo largo de las últimas décadas se ha ido adoptado un marco legal y administrativo de excepción que funciona dentro de la normalidad de nuestro sistema jurídico. Este marco jurídico de una u otra manera ha desplazado a la figura constitucional de suspensión de garantías. De esta forma encontramos medidas administrativas como el Plan DN-III E, la incursión de las fuerzas armadas en tareas de seguridad pública y las facultades de Poder Ejecutivo Federal para hacer frente a emergencias sanitarias según lo dispone la Ley General de Salud.⁵

Este marco jurídico tiene como características principales ser:

- *Sub-constitucional*. Es decir, aun cuando pueda tener alguna fundamentación constitucional la parte sustancial de las medidas no se encuentran ahí.
- *Esencialmente incompleto*. Este marco jurídico se va adoptado y moldeando conforme a necesidades coyunturales. El ejemplo más claro de esto es el proceso de creación de la Guardia Nacional.

⁵ Un análisis sobre esta temática se encuentra en siguiente artículo del autor de estas reflexiones: Pelayo Moller, Carlos María. La suspensión de garantías en la Constitución de 1917 ayer y hoy: lecciones del pasado y del presente para el futuro inmediato” en Pelayo Moller, Carlos María y Guerrero Galván, Luis René. *100 años de la Constitución mexicana: de las garantías individuales a los derechos humanos*, UNAM, 2016, p. 461- 497.

- *Fragmentado*. El marco jurídico de emergencia en México no sigue una lógica de un sistema, sino de piezas o fichas jurídicas que entran en juego según va resultando o no necesario.
- *Sin controles específicos*. Los controles de carácter político o judicial no entran en acción de manera oficiosa cuando las normas se encuentran en funcionamiento.
- *Permanente*. Las reglas para hacer frente a las emergencias se encuentran vigentes en todo momento y no poseen una temporalidad restringida. De alguna forma se asume que la excepcionalidad no es pasajera, sino permanente.

3. Los decretos de emergencia publicados en México por diversas autoridades

En las últimas semanas diversos órganos de gobierno han expedido decretos con el fin de hacer frente a la epidemia en marcha a partir de las posibilidades que otorgan algunas disposiciones constitucionales. Los decretos abarcan una gran cantidad de materias, y muchos de ellos han sido polémicos por sus implicaciones institucionales, pero sobretodo por sus consecuencias políticas.⁶ Incluso aquellos decretos que sin ser expresamente diseñados para combatir la pandemia han sido justificados por esas razones. Esto ha provocado que el ambiente político ya de por si complicado se polarice más.

Para efectos de este breve escrito no se hará alusión a todos esos decretos que podrían caer en la descripción ya mencionada sino solo se limitará a considerar los decretos de la Secretaría de Salud por medio de los cuales se adoptaron diversas medidas para combatir la pandemia provocada por el virus Sars-Cov-2 a partir de lo dispuesto principalmente en la Ley General de Salud.

De esta forma, la Secretaría de Salud ha emitido diferentes decretos en donde se han llegado a restringir el ejercicio de ciertos derechos como lo son las

⁶ Consúltese por ejemplo esta interesante pieza jurídica digna de discusión: Secretaría de Gobernación. Decreto por el que se establecen las medidas de austeridad que deberán observar las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal bajo los criterios que en el mismo se indican. Diario Oficial de la Federación, 23 de abril de 2020.

actividades de los sectores público, social y privado, así como eventos masivos.⁷ Igualmente se ha ordenado la suspensión de actividades no esenciales, y la restricción en el número de personas que se pueden reunir o congregarse, así como un exhorto a mantener un resguardo domiciliario.⁸

Paralelamente a lo ya mencionado a nivel federal, a nivel estatal y municipal, se han expedido también decretos que llegan a reproducir, especificar o incluso endurecer las medidas ya previstas por los decretos de la Secretaría de Salud y otras dependencias⁹. Si bien en general existirían facultades concurrentes para que a nivel local se tomen medidas sanitarias¹⁰ no es del todo claro cuáles son sus límites. Esto también responde a una práctica común: algunos estados y municipios ante emergencias se han sumado a las iniciativas del gobierno federal, como es el caso del Plan DN III-E, e incluso en ocasiones han impulsado medidas de policía con el fin de combatir el crimen organizado a la par o incluso a partir de ordenes emanadas del gobierno federal. Sin embargo, este caso es diferente ya que muchos de estos decretos se enmarcan en un enfrentamiento político abierto entre entidades federativas y el Gobierno Federal.

⁷ Véase Secretaría de Salud. Acuerdo por el que se establecen las medidas preventivas que se deberán implementar para la mitigación y control de los riesgos para la salud que implica la enfermedad por el virus SARS-CoV2 (COVID-19). Diario Oficial de la Federación, 24 de marzo de 2020.

⁸ Acuerdo por el que se establecen acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria generada por el virus SARS-CoV2. Diario Oficial de la Federación, 31 de marzo de 2020. Véase también, Acuerdo por el que se modifica el similar por el que se establecen acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria generada por el virus SARS-CoV2, publicado el 31 de marzo de 2020. Diario Oficial de la Federación. 21 de abril de 2020.

⁹ Un Acuerdo Municipal que reproduce casi al pie de la letra los decretos de la Secretaría de Salud es el del municipio de Mazatlán, Sinaloa. Un Acuerdo que difiere en algunos puntos con lo dispuesto por la Secretaría de Salud sería el de Jalisco. Por el contrario, un Acuerdo que endurece fuertemente las medidas sanitarias y es divergente con lo que señaló la Secretaría de Salud es el Acuerdo tomado por el Gobierno de Michoacán.

Véase: Municipio de Mazatlán. Acuerdo por el que se establecen acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria generada por el virus SARS-CoV2. 22 de abril de 2020. Gobierno de Jalisco. Acuerdo del ciudadano gobernador constitucional de Estado Libre y Soberano de Jalisco, mediante el cual se emiten diversas medidas de seguridad sanitaria para el aislamiento social de carácter general y obligatorio, con motivo de la pandemia de Covid-19. El Estado de Jalisco. Periódico Oficial. 19 de abril de 2020. Gobierno de Michoacán. Decreto por el que se declara el aislamiento obligatorio ante la pandemia del virus SARS-COV2 (COVID-19). Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Michoacán de Ocampo. 20 de abril de 2020.

¹⁰ Sobre este tema véase Serna de la Garza, José María. Facultades de las entidades federativas para dictar medidas de seguridad sanitaria ante epidemias como el COVID-19 en González Martín, Nuria. *Emergencia Sanitaria por Covid-19. Federalismo*. México, UNAM, 2020, p. 15 a 19.

En cuanto a la respuesta de las autoridades federales, estatales y municipales en este tenor se debe destacar que:

- El emitir decretos de esta naturaleza con el fin de restringir derechos ante una situación de emergencia sanitaria no es algo nuevo ya que lo mismo se había hecho en 2009 ante la influenza AH1N1,
- Los decretos resultan más convenientes para los intereses de los diferentes ejecutivos ya que no son susceptibles de un control político o judicial inmediato, con efectos erga omnes.
- Políticamente dan una imagen de fuerza, autoridad y responsabilidad sin caer en el extremo de ser consideradas como medidas represivas o desproporcionadas, y
- El análisis de su constitucionalidad es esencialmente algo que se tendría que dirimir en el fondo de lo que se resuelva en un juicio de amparo, lo cual le da un buen margen de vigencia sin recibir una sentencia en contra.

4. La eventual valoración y ponderación en torno a los decretos de emergencia a partir de lo dispuesto por los derechos y obligaciones de fuente nacional e internacional

A partir de lo que ha dispuesto la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y la práctica común en el derecho internacional de los derechos humanos una buena forma de analizar estos decretos es llevando a cabo un *test de proporcionalidad* de las medidas restrictivas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha identificado en reiteradas ocasiones que las restricciones a los derechos son válidas cuando se encuentran previstas por la ley, responden a un objetivo legítimo, cuando son necesarias y proporcionales en una sociedad democrática con el fin de satisfacer un interés público imperativo.

Sin duda, es necesario que se tomen diferentes tipos de medidas con el fin de proteger a la población ante la amenaza que representa este nuevo virus, por lo que seguramente las restricciones ordenadas podrían satisfacer los parámetros de legitimidad, necesidad y proporcionalidad estricta. Sin embargo, en el caso de

México, el elemento de legalidad resulta problemático en su análisis debido a la naturaleza de las medidas y su fundamento constitucional y legal.

En este panorama los decretos de la Secretaría de Salud son los que parecen tener un asidero legal más sólido, esto debido a que la Ley General de Salud y el Artículo 73 fracción XVI bases 2ª y 3ª, interpretándolas armónicamente, podrían sustentar estas previsiones de manera razonable. Sin embargo, resulta inquietante que en el trasfondo estas y otras medidas realmente impliquen una suspensión de derechos y garantías dentro del marco de una emergencia, la cual tendría que considerarse específicamente una atribución que corresponde poner en marcha al Ejecutivo Federal a partir del Artículo 29 Constitucional. En este sentido, una interpretación sistemática debería articular en diferentes momentos el funcionamiento de ambos mecanismos. Esa articulación debería haberse clarificado a partir de la ley reglamentaria del Artículo 29 constitucional.

En lo que respecta a los decretos estatales y municipales, aun cuando sustantivamente sean similares a los decretos federales, la falta de una clara fundamentación constitucional hace que su legalidad sea difícilmente sostenible. Sin embargo, resulta inquietante y contradictorio que en un momento determinado sean estos decretos los que puedan estar en mejor condición de cumplir con los objetivos y metas que los decretos federales no han logrado debido a su lenguaje ambiguo y difícil aplicación. Igualmente, la necesidad de tomar medidas más estrictas en comunidades específicas tendría que contar con la intervención de todos los niveles de gobierno.

Los decretos mencionados no contemplan mecanismos de control por parte del Congreso de la Unión, de los congresos estatales o por parte del Poder Judicial Federal o local. La falta de diseño de un marco institucional de emergencia nos ha llevado a una enorme contradicción y una encrucijada legal y política que era perfectamente prevenible.

5. Reflexiones finales y propuesta

Desafortunadamente, el manejo de situaciones de excepcionalidad desde un marco jurídico incompleto y fragmentado a lo largo de las últimas décadas en México nos

ha llevado a la existencia de un desorden jurídico e institucional caracterizado por un entorno de polarización política.

Un primer paso para remediar esta crisis constitucional tendría que ser el que se legislara el marco jurídico aplicable al artículo 29 constitucional por parte del Congreso de la Unión por medio de la designación de las competencias para poder hacer frente a la emergencia y para cumplir con las obligaciones internacionales de protección a los derechos humanos. Esta puesta al día tendría eventualmente que terminar con la derogación de aquellos decretos cuya constitucionalidad y legalidad no estuviera razonablemente sustentada.

Desde el punto de vista jurídico no es demasiado compleja. Sin embargo, desde el punto de vista político la construcción de esos indispensables acuerdos por parte de todas las fuerzas políticas del país parece una tarea casi imposible, pero por demás necesaria para la preservación de la vida e integridad de las personas y de nuestro régimen democrático.

ANÁLISIS DEL ACUERDO POR EL QUE SE DECLARA COMO EMERGENCIA SANITARIA POR CAUSA DE FUERZA MAYOR

Laura VELÁZQUEZ ARROYO¹

Naturaleza jurídica e implicaciones normativas

Después de la emisión del “Acuerdo por el que se declara como emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor, a la epidemia de enfermedad generada por el virus SARS-CoV2” (D.O.F. 30 de marzo) se han suscitado discusiones alrededor de tres situaciones importantes: su fuerza normativa, si debió decir “contingencia sanitaria” en lugar de “emergencia sanitaria” y cuál es la función de “causa de fuerza mayor”. Nosotros analizaremos solamente la primera.

La cuestión de la fuerza normativa del Acuerdo implica plantearnos varias preguntas: primero, ¿por qué un acuerdo y no otro acto de autoridad?, ¿qué otro acto de autoridad hubiese podido ser emitido? En segundo lugar, ¿cómo está construido jurídicamente y de qué manera produce sus efectos?

Sobre las primeras preguntas, lo más esperado era que el Presidente hubiese emitido un decreto, en el que declarara la emergencia sanitaria, fundando su actuar, por supuesto, en el artículo 89 fracción I, y, en específico sobre la salud, 4, párrafo IV de la Constitución, como lo hizo con el Decreto por el que se sanciona el Acuerdo emitido por la Secretaría de Salud el 24 de marzo.²

Aunque es importante aclarar que existe una problemática relacionada con la determinación de qué es un decreto, debido a que la Constitución, la doctrina y la jurisprudencia no precisan con claridad, ni llegan a una respuesta orgánica sobre la naturaleza jurídica del decreto,³ es decir, si es un acto administrativo⁴ y un

¹ Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Profesora de la Facultad de Derecho de la UNAM.

² “Decreto por el que se sanciona el Acuerdo por el que se establecen las medidas preventivas que se deberán implementar para la mitigación y control de los riesgos para la salud que implica la enfermedad por el virus SARS-CoV2 (COVID-19)” D.O.F. de 24 de marzo.

³ Sobre este tema se ha seguido a López Olvera, Miguel Alejandro, *Tratado de la Facultad Reglamentaria*, México, Porrúa, pp. 268 ss.

⁴ En este sentido, se debe entender como “resolución o disposición de un órgano del Estado sobre un asunto o negocio de su competencia, que crea situaciones jurídicas concretas que se refieren a un caso particular relativo a determinado tiempo, lugar, instituciones o individuos, y que requiere de

reglamento administrativo.⁵ Finalmente, la Suprema Corte de Justicia reconoce que el Poder Ejecutivo puede emitir decretos que formalmente son actos administrativos, pero que materialmente son legislativos, y por ello podrán ser impugnados por vía del amparo contra leyes.⁶

Por su parte, los acuerdos son resoluciones unilaterales (generalmente imponen deberes y obligaciones), decisiones de carácter ejecutivo (que se deben cumplir, no se puede retardar su ejecución, sus resoluciones podrán ejecutarse por la misma autoridad),⁷ unipersonal, pluripersonal o un acto de naturaleza reglamentaria.⁸ En otras palabras, es una resolución adoptada por un órgano administrativo, consistente en una orden dictada por el superior al inferior jerárquico, conforme a una decisión tomada individual o colegiadamente.⁹ Sin embargo, también pueden ser emitidas por el Poder legislativo a través de la Cámara de Diputados o el Senado de la República y el mismo Poder Judicial.

Es importante señalar, con el fin de contextualizar, que antes del Acuerdo habían sido emitidos dos decretos que instruían la coordinación de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal¹⁰ y, además, que el Acuerdo fue emitido en un momento en el que el Plan Nacional para la Preparación y Respuesta ante la intensificación de la Influenza Estacional o ante una Pandemia

cierta formalidad (publicidad), a efecto de que sea conocida por las personas a las que va dirigido”, cfr. Aguilar y Cuevas, Magdalena, “Decreto”, en Fernández Ruiz (Coord.) *Diccionario de Derecho Administrativo*, México, UNAM-Porrúa, 2003, p. 79. En el mismo sentido véase: López Olvera, Miguel Alejandro, *op. cit.*, p. 270.

⁵ Cfr. Dromi, Roberto, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Ciudad argentina, 2001, p. 222.

⁶ Semanario Judicial de la Federación, México, SCJN, Octava época, tomo XII, noviembre de 1993, p. 333.

⁷ Cfr. Gabino, *Derecho Administrativo*, México, Porrúa, 2000, p. 287.

⁸ Cfr. Serra Rojas, Andrés, *Derecho Administrativo*, México, Porrúa, 2003, p. 217. Los paréntesis son nuestros.

⁹ Acuerdo administrativo puede tener diversos significados como: la decisión de un servidor público, acto ejecutivo emitido por un cuerpo colegiado de funcionarios, resolución de un superior jerárquico respecto a un asunto presentado por su inferior, instrumento para la creación de órganos administrativos, su modificación o extinción, venta o transferencia.

¹⁰ 24/03/2020: DECRETO por el que se sanciona el Acuerdo por el que se establecen las medidas preventivas que se deberán implementar para la mitigación y control de los riesgos para la salud que implica la enfermedad por el virus SARS-CoV2 (COVID-19); y el 27/03/2020: Decreto por el que se declaran acciones extraordinarias en las regiones afectadas de todo el territorio nacional en materia de salubridad general para combatir la enfermedad grave de atención prioritaria generada por el virus SARS-CoV2 (COVID-19).

de Influenza¹¹ determina que las líneas de acción son de coordinación de las autoridades por la presencia de casos de influenza pandémica confirmados en México.

El acto administrativo objeto de nuestro análisis es un acuerdo emitido por el Consejo de Salubridad General, facultado por el artículo 4 párrafo cuarto, de la Constitución, vinculado, a su vez, con el artículo 73, fracción XVI, bases 1ª y 3ª, en los que se establecen dos facultades constitucionales del Consejo de Salubridad General en materia, valga la redundancia, de salubridad general a nivel nacional:

1. En primer lugar, coloca al Consejo directa e inmediatamente debajo del Presidente de la República, sin intervención de ninguna Secretaría de Estado. Podemos decir que es una facultad que lo coloca como una autoridad hacia afuera de la administración pública, autorizándolo a emitir disposiciones generales obligatorias en todo el país.
2. La facultad ejecutiva consiste en el posicionamiento como una autoridad hacia adentro de la administración pública, que permite que sus disposiciones sean dirigidas a las autoridades administrativas del país, quienes están obligadas a obedecerlas.

Ahora bien, dicho Acuerdo¹² solamente contiene dos artículos. El primero, que declara a la epidemia de enfermedad generada por el virus SARS-CoV2 (COVID-19) como emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor. El segundo, refiere que la Secretaría de Salud es quien determinará todas las acciones que resulten necesarias para atender dicha emergencia.

Este es un acuerdo cuyo contenido es, claramente, una disposición de carácter general, como lo señala el artículo 73, fracción XVI base 1ª, cuya observancia es obligatoria para todo el país, y de acuerdo con la base 3ª, también va dirigido a todas las autoridades administrativas. En conclusión, es un acuerdo administrativo

¹¹ Plan Nacional para la Preparación y Respuesta ante la Intensificación de la Influenza Estacional o ante una Pandemia de Influenza, http://www.cenaprece.salud.gob.mx/programas/interior/emergencias/descargas/pdf/Plan_Nacional_Influenza.pdf de 2013 y la versión más reciente 03 de agosto de 2018: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/356290/Plan_Nacional_Influenza.pdf, p. 26.

¹² 4o., párrafo cuarto, 73, fracción XVI, bases 1a. y 3a. CPEUM; 3o., fracción XV, 4o., fracción II, 17, fracción IX, 134, fracción II y XIV, 140 y 141 LGS, 1 y 9, fracción XVII del Reglamento Interior del Consejo de Salubridad General.

con carácter normativo, por lo que es necesario determinar cuál va a ser su alcance jurídico, siendo formalmente un acuerdo y materialmente una norma.

Podemos considerar dos posibilidades de interpretación:

1. La forma más simplista de interpretar dicho acto administrativo es su carácter de acuerdo general, que es obligatorio en todo el país (función normativa). Pero, es aquí donde se puede dar pie a determinar cuáles son las condiciones imperativas del acuerdo, lo que ha llevado a muchos a considerar que dicho acuerdo es deficiente, pues no impone una obligación jurídica propiamente dicha, puesto que no establece sanción alguna en caso de incumplimiento.
2. La forma más completa de interpretarlo es considerando de forma integral las cuestiones antes mencionadas. Nos referimos al hecho de que independientemente de que tenga la forma de un acuerdo, podría producir efectos normativos, pues el artículo 73 fracción XVI es una excepción a las facultades regulatorias limitativas del Poder Ejecutivo, contenidas en el art. 89 fracción I, ya que es la propia Constitución que autoriza directamente al Consejo de Salubridad General a expedir disposiciones generales, *i.e.*, normas sin necesidad de que el Congreso intervenga en la delegación de dicha facultad, es decir, el principio formal de la legalidad sufre una excepción.¹³ Al ser una facultad delegada directamente al Consejo de Salubridad General por la Constitución, el Consejo, al no tener facultades para emitir decretos, sólo podría emitir las disposiciones en cuestión a través de acuerdos generales. Asimismo, todo se ve más claro al tomar la base 1ª y 3ª de manera conjunta.

En otras palabras, las disposiciones generales emitidas por el Consejo de Salubridad General en forma de acuerdo y que por mandato constitucional son normas obligatorias en todo el país (función normativa), y deberán ser obedecidas

¹³ Cfr. Serra Rojas, Andrés, *Derecho Administrativo*, México, Porrúa, 1998, p. 176; De la Garza, Sergio Francisco, *Derecho Financiero Mexicano*, México, Porrúa, 2008, p. 43; Fraga, Gabino, *op. cit.*, p. 104; Delgadillo Gutiérrez, Luis Humberto y Manuel Lucero Espinoza, *Compendio de derecho administrativo*, México, Porrúa, 2012, pp. 74 y 80.

por todas las dependencias de la administración pública del país (función ejecutiva),¹⁴ son directamente dirigidas a todos, pero se les aplica de manera ejecutiva a las dependencias de la administración pública, pues son ellas las encargadas de hacer frente a la situación de emergencia por causa de pandemia.

En este sentido, son ellas las que, al obedecer las disposiciones generales emitidas por el Consejo, pueden utilizar los elementos coactivos que les otorgan las leyes administrativas en el ámbito de sus competencias; es ahí donde se pueden observar las condiciones imperativas del acuerdo, es decir, de las disposiciones generales que emite el Consejo derivan obligaciones jurídicas propiamente dichas, aplicándose las sanciones existentes en las leyes administrativas, en caso de incumplimiento.

A través de esta lectura, el acuerdo, según la base 3ª, obliga a la Procuraduría Federal del Consumidor (Profeco), la Comisión Bancaria, y las Secretarías de Economía y del Trabajo, por ejemplo, a que cumplan con lo ordenado por el acuerdo con los medios y mecanismos que las leyes respectivas ya les han otorgado, siendo así que estas autoridades están facultadas y obligadas a clausurar o multar a los establecimientos que, a su juicio, incumplan con lo ordenado en el acuerdo, dentro de sus ámbitos de competencia.

Por otra parte, no está por demás decir que el Consejo tiene límites. No puede emitir cualquier tipo de disposición, debe circunscribirse a la materia a la cual la propia Constitución lo restringe, es decir, a salubridad general de la República.¹⁵ Además, por si fuera poco, no queda exento de la exigencia de racionalidad jurídica-constitucional mínima de fundar y motivar sus actos, lo que se cumple en los considerandos de dicho acuerdo y también en los señalamientos del Plan Nacional.

En lo que respecta a la forma en que se puede atacar dicho acuerdo, si surgen o se actualizan situaciones que al vincular al particular al cumplimiento de la ley impugnada puedan dar lugar a que se considere afectado su interés jurídico,

¹⁴ En este sentido véase también el Reglamento Interior del Consejo de Salubridad General: Artículo 1. El Consejo de Salubridad General es un órgano colegiado que depende directamente del Presidente de la República y tiene el carácter de autoridad sanitaria, con funciones normativas, consultivas y ejecutivas. Las disposiciones que emita serán de carácter general y obligatorias en el país.

¹⁵ Artículos 4 y 73 fracción XVI Constitucional.

causándole perjuicios, procede la impugnación a través del juicio de garantías, aplicando para su procedencia las mismas reglas del amparo contra leyes, como lo señala la Jurisprudencia.¹⁶

¹⁶ Semanario Judicial de la Federación, México, SCJN, Novena época, tesis 2ª/ J. 70/2000, tomo XII, agosto de 2000, p. 234.

CRISIS DE RESTITUCIONES INTERNACIONALES A CAUSA DE LA PANDEMIA DE COVID-19 EN EL MUNDO. EL CASO DE MÉXICO

Maria VIRGINIA AGUILAR¹

En diciembre de 2019 se supo del primer brote de “coronavirus”, el cual surgió en la Ciudad de Wuhan en China. Inicialmente se veían lejanos los impactos que causaría en la salud pública como para pensar en hacer cambios a la vida diaria.

La evidencia de muertes, el cierre de fronteras, al inicio en el país oriental y posteriormente en otros países de la Unión Europea y la posibilidad de pasar por un panorama igual o parecido en México, pusieron a nuestro país en una situación complicada en aspectos sociales y económicos.

Los aspectos legales no han sido la excepción y una de las ramas del derecho que puede verse fuertemente afectada es la del Derecho Familiar Internacional, especialmente los aspectos relacionados con la restitución internacional de menores. En mi práctica profesional he tenido la oportunidad de contribuir a que 25 niños regresaran a su lugar de residencia habitual.

Uno puede preguntarse: ¿qué tiene esto de extraordinario? Lo extraordinario es que esos niños tuvieron un padre y una madre con los que vivían en un lugar del mundo y, cuando los padres por alguna razón rompieron su relación, como consecuencia de esto, ese niño fue primero trasladado y después retenido por uno de sus progenitores. La retención debe darse fuera del lugar donde el menor tiene su centro de vida, donde se presume que sus padres cuidaban de él, juntos o separados, pero conjuntamente. El sitio en el cual tenía un crecimiento integral, con una cultura, historia, idioma y relaciones sociales comunes, de las que podría haber seguido disfrutando de no haber sido interrumpido por la decisión de uno de sus

¹ Licenciada en Derecho por la UNAM. Profesora de Derecho Internacional Privado y Tratados Internacionales en la Facultad de Ciencias Políticas de la UNAM. Miembro de número y Ex Presidenta de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado en los periodos 2013-2014. Miembro del grupo de Asesores Externos de la SRE desde 2010 en materia de familia. Abogada litigante de Aguilar International en materia de familia internacional. Redactora de varios artículos en diversas revistas y de un libro de texto en Derecho Familia.

padres. El padre que sustrae, generalmente, lo hace sin el consentimiento del otro, de ahí la ilicitud.

A este concepto se le conoce como “sustracción o retención internacional de menores” y el ordenamiento legal que existe para evitar estas actitudes es la Convención de la Haya sobre los aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Este documento internacional fue promulgado el 25 de octubre de 1980, en adelante CH1980, y, aunque existe otro instrumento sobre Restitución Internacional de Menores², me concentraré en analizar la primera, pues la CH1980 tiene un alcance mayor debido a que ha sido firmada por un poco más de 100 países.

El objeto o fin de la CH1980 es regresar “inmediatamente” al niño, menor de 16 años, que fue trasladado ilícitamente o retenido en otro lugar por uno de sus padres, al lugar de su última residencia habitual y respetar el derecho de custodia o visitas que uno de los padres ejercía legal y activamente.

El primer aspecto, que es la regla general, consiste en conservar el *status quo* en el que vivía el niño antes de la sustracción, y con ello evitar una afectación emocional.

El segundo aspecto comprende la oportunidad que tienen los padres de cuidar y participar en el crecimiento integral del menor y decidir sobre su lugar de residencia.³ En este caso, el padre o madre que ejerce actividades de crianza es quien tiene el derecho de custodia. Aclarado esto, la ilicitud se da cuando el otro padre sustrae al menor de su lugar de residencia, sin el consentimiento del padre que detenta la custodia.

Por la importancia de estos conceptos, es que la CH1980 prevé que las restituciones de menores se realicen de la forma más rápida, para así devolver al menor sustraído o retenido a su forma de vida. El instrumento convencional establece que, en seis semanas, contadas a partir de la iniciación de los procedimientos administrativos o judiciales para ese regreso⁴, el menor debe ser devuelto a su estado de residencia habitual. Lo anterior con el objetivo de evitar

² Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores. Montevideo, Uruguay, Julio 15, 1989.

³ Arts. 3 y 5 de la CH1980.

⁴ Artículo 11 CH1980.

efectos perjudiciales en la vida del menor que puedan tener incidencia en su futuro⁵, como cuando deja de vivir en su casa, deja de ver al padre o madre y familiares, sus juguetes, apegos y escuela.

Pero, la forma de recuperar el pasado inmediato del niño no es fácil y de ahí surge lo extraordinario y urgente del procedimiento de restitución. El impacto global de la pandemia del COVID-19, ha tenido un efecto irremediable en los niños que fueron sustraídos o retenidos, pues los procedimientos abiertos están en pausa y algunas solicitudes de restitución no se han podido ni presentar. En estos casos, es inevitable que los tiempos y plazos se extiendan.

El procedimiento se inicia con una solicitud entre los Estados parte donde uno de ellos, el Estado requirente, se encuentra el padre solicitante y en el otro, el Estado requerido, se encuentra el padre sustractor y el niño sustraído o retenido. Debido a la pandemia, este primer paso ha quedado detenido, toda vez que las autoridades centrales⁶ de estos Estados, al tener obligación de permanecer inmobilizadas, están cerradas o trabajando únicamente con guardias y eso retrasa la presentación de solicitudes de restitución, que es el primer momento en estos procesos.

Las autoridades centrales son por lo regular una autoridad administrativa, la cual dentro de sus facultades requiere que, ya sea por sí misma o por medio de intermediarios, se proceda a localizar al menor trasladado o retenido. La localización del menor se logra mediante una policía internacional (Interpol), por medio de detectives o, por medio de la policía local que pueda hacer esta búsqueda. Además, con el fin de evitar dañar al menor, se deben tomar medidas provisionales, mismas que por lo regular las debe dictar un juez, quien debe ordenar el regreso por medio de un procedimiento urgente⁷; ya sea mediante una solución amigable, o iniciando un procedimiento judicial o administrativo. En estos casos debe brindarse a las partes asesoría jurídica para procurar el regreso rápido del menor.

En México, la fase administrativa, en un procedimiento ideal, lleva al menos 2 meses, entre el momento en que el padre solicitante junta los documentos

⁵ Preámbulo y artículos 2 y 3.

⁶ Artículos 6 y 7.

⁷ Artículo 2 CH1980.

necesarios para demostrar que efectivamente su hijo(a) tenía su residencia habitual con él, llena la solicitud y hace la investigación por medio de su autoridad central para enviar datos a la autoridad requerida.

Cabe mencionar que la solicitud de restitución puede presentarse dentro de los 6 meses siguientes y hasta antes de un año de la sustracción del menor⁸ (tiempo durante el cual, por lo regular, el padre sustractor entretiene y engaña al otro haciéndole creer que si va a regresar)

Después, pasan aproximadamente otros 2 meses para que se inicie la fase judicial, en la que se debe localizar, asegurar al niño y otorgar un debido proceso en una audiencia, para que el padre sustractor defienda su postura y ofrezca pruebas pre constituidas. Entre las principales defensas se encuentra oponer las causas de excepción a la restitución y hay que explicarlas de forma que el Juez reconozca que proceden; posteriormente el juez las evalúa taxativamente y, así, puede negar o no la restitución del menor, casi de inmediato. Todo esto se encuentra también en el documento convencional⁹, por lo que se considera autoaplicativo.

En el momento en que se escribe este artículo, tanto en China como en Europa, las actividades diarias se están deteniendo como medida para evitar el contagio.

En los casos activos, en uno se solicitó la localización de un menor que tenía su residencia habitual en Estados Unidos, cuya madre lo había tenido escondido por 4 meses, ya estaba abierta la fase judicial, de tal forma que ya se había dictado el auto inicial en el que se ordenó la localización por medio de Interpol y el aseguramiento del menor, para que así fuera entregado de inmediato a la juez que conoció del asunto.

En México existen jueces de red, con competencia en estos casos¹⁰, la juez correctamente ordenó que una vez localizado, se le notificara al sustractor el inicio del procedimiento de restitución y que se presentara a una audiencia a defender su

⁸ Artículo 12 CH1980.

⁹ Artículos 12 último párrafo, 13 y 20 CH1980.

¹⁰ En cada uno de los 32 Estados de la República mexicana hay uno o dos jueces que son especializados para casos de restitución, en la Ciudad de México hay 5, del juez 6 al 10.

posición y así, pudiera demostrar las causas de excepción y las consecuencias en caso de negarse la restitución.

El problema surgió cuando llegó el personal del juzgado y la policía a buscar al menor, pues la madre saltó de una azotea a otra *con el niño* y lo cambió de lugar nuevamente (en México). Al decretarse suspensión de actividades en todos los recintos judiciales a partir del 19 de marzo de 2020, se va a tener que ordenar nuevamente la localización del menor, pero debido al el amparo, será imposible iniciar la búsqueda porque la suspensión detiene todo el procedimiento.

En otro asunto, ya había terminado la fase judicial, en cuya sentencia se ordenó la restitución de una niña que sería devuelta a Noruega. Después de dos apelaciones, dos amparos, una revisión ante la Suprema Corte de Justicia y el deseo de continuar con otra revisión por parte de la madre sustractora, antes de la ejecución de la sentencia ya habían pasado casi 4 años. Después del decreto de suspensión de labores, pasaran otros seis meses y quizás en ese tiempo nuevamente cambiaron de lugar a la pequeña, que previamente había cambiado 3 veces de casa y 2 de escuela.

Hay otro caso, de tres niños mexicanos esperando sentencia en San Paulo, Brasil desde hace 3 años y medio, que fue el tiempo en que se llevó a cabo la audiencia para ser regresados a México. En Brasil también están detenidas las actividades judiciales debido a la pandemia.

Otro caso, este de un niño cuya madre lo trajo de Francia al Estado de Guerrero, porque había muerto su abuelo (padre de la madre), eso sucedió cuando el niño tenía 2 años, tenía boletos para regresar en un mes. La madre decidió no regresar al menor y su padre inició el proceso de restitución; sin embargo, se tardaron dos años en la localización, después de un primer amparo y una revisión, ha habido dos amparos más y hace dos meses se inició una acción constitucional ante la Suprema Corte de Justicia, alegando una mala aplicación del tratado y de las causas de excepción. El niño actualmente tiene 5 años y deberá esperar quizás 6 meses más, únicamente para saber si la Suprema Corte atrae el caso, y posiblemente otro año más para que se decida, todo esto consecuencia del COVID-19.

Si partimos de la base que, cuando México firmó la CH1980, se comprometió internacionalmente a dar cumplimiento a su objeto o fin, que consiste en regresar *inmediatamente* a un niño al *status quo* del que fue sustraído en el tiempo establecido, podemos reconocer que no estamos cumpliendo con esta obligación internacional, pero que este incumplimiento es debido a la pandemia que ahora sufrimos, la cual obligó a cerrar lugares como los juzgados, como decimos, desde el 19 de marzo, y hasta que se decida. Ya se han emitido diversos decretos donde se ha extendido el tiempo de suspensión de actividades jurisdiccionales primero hasta abril, después hasta el 5 de mayo y ahora hasta el 31 de mayo, para evitar los efectos del coronavirus¹¹.

Esta situación tarde o temprano terminará, pero las consecuencias relacionadas con los casos de restitución internacional afectarán el cumplimiento del objeto o fin de la CH1980, no sólo en México sino en todo el mundo.

Por último, donde quiera que se encuentren detenidos los procedimientos de restitución de menores, éstos corren el riesgo de continuar afectando su pensamiento y vivencia. Quizás en algunos casos, el traslado a la residencia habitual no pueda llevarse a cabo y con ello se convalide ilicitudes por parte de los padres sustractores.

¹¹ Decretos diversos y acuerdos correspondientes a los diversos consejos de judicatura, el último publicado el 28 de abril de 2020. Acuerdo SS-12-2020 emitido por el Pleno General de la Sala Superior.